

40º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS

ST20 – Os juristas na sociedade: conflitos políticos e sentidos do direito

Título

Políticas Sociais nos Tribunais Intermediários: TRFs em evidência

Autores:

Lígia Mori Madeira

Leonardo Geliski

Introdução¹

Instituições judiciais independentes têm a capacidade de promover e manter o bem-estar humano, estabilizar os regimes democráticos e proteger os direitos humanos como uma condição necessária para uma revolução nos direitos (RÍOS-FIGUEROA; STATON, 2009). Em regra, incluem-se em uma dimensão institucional relacionada com a prevenção de arbitrariedades dos governos, em uma dimensão individual ligada à correção de práticas discriminatórias na aplicação da lei e em uma dimensão social relacionada com a estabilidade social (RÍOS-FIGUEROA; STATON, 2011). Estudos mostram um grande papel para os judiciários e demais instituições na consolidação dos regimes democráticos.

Ao longo da última década o Brasil tomou esforços no sentido de construir políticas sociais enquanto mecanismos de proteção social², redutoras de desigualdades e produtoras de acesso a bens e serviços e, portanto, instrumentos de melhoria das condições de vida da população. Não obstante, sendo um país de grandes dimensões, marcado pela desigualdade não apenas socioeconômica, mas também territoriais, somadas à existência de problemas específicos de determinados grupos sociais, como mulheres, jovens, negros, idosos e populações tradicionais, resta um quadro de permanentes violações³. Se há em curso várias

¹ O presente trabalho “Políticas Sociais nos Tribunais Intermediários: TRFs em evidência” é uma análise preliminar dos dados sobre judicialização de políticas sociais na Justiça Federal Brasileira do período de 2003 a 2014, a partir do exame das decisões judiciais de segundo grau dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs). Este *paper* incorporou a ampliação do banco de dados da pesquisa (alterou os achados e as proporções de representatividade dos casos), readequação e renomeação dos tópicos do trabalho e as sugestões dos debates de outros eventos no qual já fora apresentado, tais como: o congresso da *Brazilian Studies Association - BRASA XIII*, o *XXXIV International Congress of the Latin American Studies Association* e o X Encontro do Associação Brasileira de Ciência Política – ABCP.

² A Constituição Federal de 1988 restabeleceu a democracia e consagrou as bases de um complexo sistema de proteção social ancorado na universalidade, seguridade e cidadania (FAGNANI, 2011). Desde então, e apesar da amplitude, a política social brasileira “ainda é marcada por políticas específicas de baixa coordenação entre elas e grandes desafios em termos de abrangência (universalidade e integralidade) e qualidade dos bens e serviços oferecidos” (CASTRO, 2012, p. 1018). Pode-se dividir as políticas sociais tendo em conta os objetivos de proteção e promoção social. No primeiro grupo encontram-se as políticas vinculadas à seguridade social; já no segundo estão as políticas voltadas a garantia de oportunidades mais amplas e equânimes de acesso aos recursos e benefícios conquistados pela sociedade em seu percurso histórico. Além dessas políticas tradicionais, desenvolvem-se as políticas de corte transversal, destacando-se as de igualdade de gênero e racial e as de etapas do ciclo de vida.

³ O Brasil tem implementado políticas públicas com foco na proteção social e nos direitos humanos. Tais políticas têm sido formuladas a partir da participação social, através de conferências realizadas periodicamente. Entretanto, há persistência de violações nos seguintes eixos: Violações de direitos humanos durante a ditadura militar e necessidade de responsabilização dos agentes públicos; Violações de direitos de defensores de direitos humanos; Violações de direitos de povos tradicionais: indígenas e remanescentes de quilombos; Violações do direito à moradia; Violações dos direitos das mulheres; Violações na área da segurança pública.

análises a respeito desse contexto, resta conhecer melhor a atuação do Judiciário brasileiro⁴ e dos demais atores do sistema de justiça nesse novo cenário.

Recentemente a atuação do sistema de justiça brasileiro vem sendo objeto de várias análises, seja de um ponto de vista institucional, a respeito da montagem desse sistema, seja pela via da territorialização, demonstrando cenários dispares se levarmos em conta as diferentes regiões do país, especialmente quando estão em jogo causas e aspectos em que o legado cultural tem muita força, como por exemplo a aplicação da legislação contra a violência doméstica e as causas envolvendo crianças e adolescentes (SILVA, 2013). No entanto, ainda há uma grande escassez de trabalho que se dediquem a investigar o papel do Poder judiciário, especialmente das cortes inferiores, na relação com as políticas públicas⁵ (TAYLOR, 2007; ALSTON, 2006) e o papel dos novos atores como o Ministério Público e a Defensoria Pública nesse processo de implementação e fiscalização de políticas públicas.

Estudos sobre a judicialização de dois setores específicos das políticas sociais vêm sendo melhor cobertos. Encabeçando essas investigações está a área da saúde (FERRAZ, 2011a; 2011b; e VIEIRA, 2008; MARQUES, 2008), seguida pela educação, com um menor número de casos nos tribunais e também menos investigada do ponto de vista da ciência política (OLIVEIRA E MARCHETTI, 2013; FREITAS, 2014). Em menor escala estão os estudos voltados a judicialização na assistência social (IVO e SILVA, 2011; BICCA, 2011; SANTOS, 2009).

A presente pesquisa tem como objeto as políticas sociais e seu tratamento nos Tribunais Regionais Federais (TRFs), corte intermediária da estrutura do sistema de justiça federal, por entendermos serem hoje lócus privilegiado de debates envolvendo os atores governamentais, especialmente a União⁶. Buscamos conhecer os padrões de atuação e relacionamento entre instituições e atores do sistema de justiça – Judiciário, Ministério

⁴ Os autores do campo dos estudos judiciais comparados no Brasil estão constantemente apontando a exaustão dos estudos sobre os tribunais superiores, especialmente sobre o STF e a ainda carência de estudos sobre os tribunais regionais, ou de nível intermediário.

⁵ Em 2007 Taylor sustentava que apesar do sabido impacto do Poder Judiciário sobre as políticas públicas e a contestação crescente da visão clássica dos tribunais como instâncias estritamente legais, o papel do Judiciário na arena das políticas públicas permanecia nebuloso tanto no Brasil quanto no resto da América Latina (Taylor, 2007, p. 229). Em um cenário mais recente vemos estudos centrados sobre um judiciário conhecido como fiscalizador da aplicação de políticas públicas, ou seja, atuante na fase de execução no ciclo, no entanto seus outros papéis ainda precisam ser melhor conhecidos, como o de formulador e antes disso, de formador de agenda de políticas públicas.

⁶ Vide o papel da União no modelo de federalismo coordenado brasileiro.

Público e Defensoria Pública – e relacionamento entre as partes nos processos, envolvendo o triângulo entre Estado, provedores e beneficiários.

Nosso argumento é de que a entrada da Defensoria Pública como ator voltado a garantia de acesso à justiça às camadas mais baixas da população resultou em uma mudança no perfil de quem consegue, via tribunais, a realização de seus direitos, especialmente na área da saúde.

A justificativa para os estudos nessa temática reside em consolidar um campo de estudos ainda pouco explorado (PEERENBOOM, 2013), que busca relacionar desenvolvimento e políticas públicas e sociais com o papel desempenhado pelas instituições e atores do sistema de justiça, especialmente no que se refere ao envolvimento judicial no processo de *policy-making*.

Tal agenda tem recebido apoio político e acadêmico e tem sido, em grande parte, suportada pelos organismos internacionais desde o início dos processos de redemocratização na América Latina, que apontam um importante papel das cortes na garantia de direitos econômicos e sociais nos países em desenvolvimento.

Em termos metodológicos, a pesquisa parte da análise das unidades subnacional do sistema de justiça federal (SNYDER, 2001), isto é, a atuação dos TRFs, visando a compreensão da judicialização de políticas sociais dentro da estrutura federativa brasileira. Os dados das cortes subnacionais permitem ampliar a capacidade de compreensão deste fenômeno para além do Supremo Tribunal Federal, permitindo destacar as diferenças e/ou semelhanças entre os estados.

A instrumentalização deste estudo iniciou com a montagem do banco de dados “Poder Judiciário Federal Brasileiro e a judicialização das políticas sociais”, com decisões judiciais a respeito de políticas sociais no Brasil, tendo como foco os cinco Tribunais Regionais Federais do país. Utilizamos o período de doze anos (2003-2014) como recorte temporal. O material está sendo analisado a partir de análise de conteúdo exploratória, seguindo-se de análise temática, a partir de categorias centrais, com o auxílio dos softwares *WordStat* e *Nvivo*⁷.

Deste modo, o presente trabalho se dividirá em três partes: (1) Contextualização teórica: da judicialização da política à judicialização das políticas sociais no Brasil;

⁷ A utilização dos dois softwares deveu-se a familiaridade com o uso do Nvivo para codificação e seleção de trechos, permitindo uma análise minuciosa do material, ao mesmo tempo em que o ferramental estatístico do WordStat tornou possível a exploração geral previa do material.

(2) Reflexões sobre metodologia: as evidências dos Tribunais Regionais Federais; (3) O Poder Judiciário Federal e a sua rede de atores: as políticas sociais nos Tribunais Regionais Federais.

Este *paper* apresenta os resultados da primeira fase da pesquisa. Ressaltamos que os achados produzidos são parciais. Em uma segunda fase, posterior às análises sobre as decisões judiciais coletadas, pretendemos realizar entrevistas com atores-chave da judicialização das políticas sociais no sistema de justiça brasileiro, mapeados através da análise documental da primeira fase. Também pretendemos realizar uma análise comparada por tribunal, haja vista as diversidades encontradas nas diferentes regiões brasileiras.

1. Contextualização teórica: da judicialização da política à judicialização das políticas sociais no Brasil

A judicialização da política é entendida como o processo de transferência de conflitos da esfera política ao âmbito judicial (BASABE-SERRANO, 2012, p. 350). Pode-se distinguir dois processos imbricados, mas com dimensões distintas: a judicialização é um fenômeno que potencializa a participação dos membros do poder judiciário no *policy-making* (dimensão procedimental), enquanto o ativismo judicial caracteriza a intenção dos operadores da lei em participar no *policy-making* (dimensão substantiva) (CARVALHO, 2009, p. 316).

Do ponto de vista conceitual, o primeiro enfoque da judicialização da política foi dado pela obra de Tate e Vallinder (1995) caracterizando (1) um novo "ativismo judicial", isto é, uma nova disposição dos tribunais em expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais; e (2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes aos do processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações. Nessa concepção clássica tal processo acomete as sociedades que tenham desenvolvido as seguintes características: democracia, separação de poderes, uma política de direitos, sistemas com grupos de interesse e uso judicial por parte da oposição política, partidos fracos ou coalizões frágeis nas instituições majoritárias, infraestrutura pública inadequada, até mesmo dos judiciários, e delegação às cortes da autoridade de *decision-making* em determinadas áreas (TATE e VALLINDER, 1995, p. 33). Apesar da convenção quanto a esse marco, o debate a respeito do papel

político das cortes é anterior e bastante consolidado (HIRSCHL, 2009; GISBURG, 2003; SHAPIRO e SWEET, 2002; EPP, 2008).

Em uma vertente considerada neo-institucional, John Ferejohn identifica três maneiras pelas quais as cortes têm assumido importantes papéis frente às legislaturas. Em primeiro lugar, os tribunais têm sido cada vez mais capazes e dispostos a limitar e regular o exercício do poder parlamentar, impondo limites materiais sobre o poder das instituições legislativas. Em segundo lugar, os tribunais têm se tornado cada vez mais lugares onde a política substantiva é feita. Em terceiro lugar, os juízes têm sido cada vez mais dispostos a regular a conduta da própria atividade política - seja praticada dentro ou ao redor legislaturas, agências ou o eleitorado - através da construção e aplicação de normas de comportamento aceitável para os grupos de interesse, partidos políticos, eleitos e funcionários nomeados (FEREJOHN, 2002, p. 41). A judicialização não se restringe ao aumento do poder e do papel das cortes no processo de *policy-making*, mas também em seu uso por grupos e atores políticos, o que acaba por resultar “na transformação de questões políticas em questões jurídicas” (FEREJOHN, 2002, p.42). Duas seriam as causas gerais da judicialização: o aumento da fragmentação do poder dentro do sistema político, limitando sua capacidade de legislar ou de ser o espaço onde as políticas são efetivamente formuladas; e o aumento na confiança das cortes como o espaço legítimo da proteção dos direitos, resultando em uma diminuição da oposição à expansão judicial (FEREJOHN, 2002, p. 56).

Os estudos buscando compreender as relações entre o judiciário e a política no Brasil no Brasil iniciam apenas no do final da década de 1990 (VIANNA et all, 1999; CARVALHO, 2004, 2009; ENGELMANN e CUNHA, 2013; MACIEL e KOERNER, 2002; TAYLOR, 2007), podendo-se verificar uma trajetória ascendente no ativismo judicial (VIANNA, SALLES e BURGOS, 2007), havendo numericamente uma preponderância de análises sobre tribunais superiores. É possível, ademais, sustentar diferentes focos temáticos: de pioneiros estudos centrados no papel do STF no julgamento de ADINs interpostas por atores políticos, a estudos recentes sobre a explosão de ações individuais em tribunais intermediários demandando políticas sociais. Diferenciam-se também perspectivas liberais-formalistas de perspectivas voltadas à compreensão da extensão da cidadania através do direito (AVRITZER e MARONA, 2014).

Do ponto de vista específico das políticas sociais, este novo cenário coincide com a luta pela garantia de direitos, seja através do processo de constitucionalização, seja a

partir de reformas institucionais que reforçam o papel das cortes como espaços de resolução e realização de direitos sociais. A esse movimento de acesso às cortes na busca por expandir a provisão social de políticas públicas os autores têm conceituado como “courting social justice” (BRINKS e FORBATH, 2011 e 2013; BRINKS e GAURI, 2008, 2012). Em muitos países as cortes compensam os déficits de *responsiveness* e *accountability* por parte do Estado, e apesar de não serem uma panaceia, podem promover um debate engajando outros atores. Em contextos de centralidade das políticas sociais, garantindo direitos constitucionalizados, as cortes assumem dois tipos de posição: permanecem atuando mediante um estilo formalista de jurisprudência, ou adotam um estilo mais pragmático, *policyoriented*. As cortes passam a ser um espaço decisivo de mobilização, abrindo espaço nas estruturas autoritárias de poder, mas principalmente, cumprindo um papel nas lacunas da administração estatal.

O debate a respeito da judicialização por direitos sociais e econômicos tem se preocupado também com os ganhos com a litigância. Enquanto algumas análises mais críticas apontam a preservação das desigualdades tradicionalmente encontradas nos países latino-americanos, que subsistem no sistema judicial com seu seletivo acesso à justiça (FERRAZ, 2011a e 2011b), outras apontam efeitos simbólicos e mudanças estruturais que podem beneficiar a população em geral, para além dos atores devidamente representados nas cortes (BRINKS e FORBATH, 2011, p. 1951).

No Brasil o cenário constitucional após o retorno à democracia indica mudanças na atuação do Judiciário, que passou a forjar uma jurisprudência dos direitos sociais constitucionais sobre a base da Constituição de 1988. Os tribunais do país se tornaram atores centrais na tomada de decisões em torno de bens básicos, como a saúde e a educação (BRINKS e FORBATH, 2013).

Verifica-se um crescimento exponencial na litigância em saúde e o aumento bastante menos expressivo da litigância em educação, geralmente através de demandas individuais, cujo objetivo são serviços médicos e medicamentos, concentrando-se em estados com melhores condições socioeconômicas, verificando-se uma forte correlação entre afluência global, níveis de educação e litigiosidade. Há maior litigância entre populações mais ricas e mais escolarizadas e a mera existência de um quadro legal ou de serviços básicos inadequados não parece ser suficiente para gerar uma revolução por direitos sociais (HOFFMANN e BENTES, 2008).

Argumentos contrários à judicialização das políticas sociais no Brasil apontam a reprodução de complicadores que vão desde a produção de efeitos colaterais, especialmente em saúde, como o processo de “furar a fila” garantido pela concessão de liminares; passando pela questão da distribuição de benefícios de litigância entre as classes sociais (HOFFMANN E BENTES, 2008). Argumentos quanto à violação do princípio da separação de poderes ou mesmo a defesa do princípio da reserva do possível, que implica que orçamentos públicos não possam ser alterados pela ingerência judicial, também são comumente encontrados entre os adeptos da vertente crítica da judicialização.

A realidade brasileira de litigância em saúde revela que as cortes, lideradas pelo STF, tem sido extremamente assertiva, frequentemente emitindo determinações contra o estado para prover benefícios em saúde para indivíduos que não estavam originalmente contemplados pela política pública de saúde. A análise da trajetória do posicionamento das cortes indica que até metade dos anos 1990 a visão dominante do Judiciário era de que o reconhecimento dos direitos sociais pela Constituição era programático, restando à legislação o estabelecimento de programas de ação. A mudança radical deu-se como resultado da pandemia de Aids e o movimento dos tribunais inferiores na concessão de tratamentos avançados que posteriormente expandiram-se para outras áreas da saúde, incluindo procedimentos cirúrgicos, medicamentos para diabetes, Parkinson, Alzheimer, hepatite C, esclerose múltipla e outras (FERRAZ, 2009, p. 6).

Em relação especificamente à judicialização da assistência social no Brasil, esta não apresenta numerosos casos, concentrando-se em demandas sobre o Benefício de Prestação Continuada (BPC) que questionam a constitucionalidade dos critérios de acesso ao benefício em relação aos dois grupos sociais específicos: idosos e pessoas com deficiência. Nesses casos os tribunais têm feito a leitura da prevalência dos princípios constitucionais, de direito à sobrevivência, à cidadania e à democracia, em uma perspectiva de acesso universal aos direitos, bem como da responsabilidade do Estado em garanti-los (IVO e SILVA, 2011; BICCA, 2011; SANTOS, 2009).

Distinguem-se quatro modelos de litigância em direitos no Brasil: (a) o primeiro modelo e o das ações por acesso a medicamentos e tratamentos postulada individualmente tanto pelas classes médias quanto por indigentes, que costumam ser favoráveis e trazer problemas de *compliance* que costumam ser superados apenas pelas classes médias e seus advogados; (b) o segundo e o das ações públicas promovidas pelo Ministério Público demandando remédios estruturais e frequentemente rejeitadas pelas cortes por interferir

em competências do Executivo; (c) o terceiro é a litigância organizada em setores específicos (como o das Ongs que postulam medicação para a Aids) que demandam também ações individuais com alto nível de *compliance*; (d) o último modelo é o que emergiu primeiramente através do MP e atualmente também através da Defensoria Pública e as cortes, buscando evitar procedimentos judiciais formais e negociando soluções diretamente com autoridades públicas e outros atores judiciais envolvidos. Este modelo introduziria efeitos *erga omnes*, garantindo efeitos diretos e impacto imediato na formação da política (HOFFMANN E BENTES, 2008, p. 143).

2. Reflexões sobre metodologia: as evidências dos Tribunais Regionais Federais

A adoção da judicialização de políticas sociais como objeto de estudo deve preceder da compreensão da estrutura jurídica (*polity*) na qual o fenômeno se insere, isto é, o arranjo das cortes que a compõe e suas respectivas competências. O sistema de justiça brasileiro passou por cinco reformas estruturais ao longo do período de 2003 a 2014, através das Emendas Constitucionais (EC) de n.ºs 45/2004 (denominada como Reforma do Judiciário), 11/2009 (alteração da composição do Conselho Nacional de Justiça), 69/2012 (transferência de competência da União para o Distrito Federal sobre organização e manutenção da Defensoria Pública do Distrito Federal), 73/2013⁸ (criação de novos TRFs da 6.ª, 7.ª, 8.ª e 9.ª Região) e 80/2014 (reforma constitucional do status das Defensorias Públicas).

Nesta conjuntura da *polity*, a Defensoria Pública da União teve a suas competências ampliadas com a Lei Complementar (LC) n.º 132/2009 e EC n.º 80/2014, que outorgam a esta instituição a legitimidade para a proposição de Ações Cíveis Públicas (ACPs), o que pode ser um indicativo do surgimento destas classes processual nos achados a partir de 2009. Tornando ao objeto deste trabalho, passa se a descrever a organização e a competência dos TRFs. Estas cortes constituem como órgãos recursais do segundo grau de jurisdição da Justiça Federal, conforme provisão da “Seção IV – Dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais”⁹ do “Capítulo III – Do Poder Judiciário”¹⁰ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de atuação em todo o território

⁸ A EC n.º 73/2013 ainda não foi implementada.

⁹ Conferir os arts. 106 a 110 da CRFB/88.

¹⁰ Conferir os arts. 92 a 126 da CRFB/88.

nacional. Os órgãos jurisdicionais de segundo grau da justiça federal têm sua competência dividida regionalmente em cinco regiões judiciais.

A disposição dos TRFs se dá da seguinte forma: o TRF1 tem competência sobre as demandas de 14 seções judiciárias (Acre, Amazonas, Amapá, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins); o TRF2 sobre 2 seções judiciais (Espírito Santo e Rio de Janeiro); o TRF3 sobre 2 seções judiciais (Mato Grosso do Sul e São Paulo); o TRF4 sobre 3 seções judiciais (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul); e o TRF5 sobre 6 seções judiciais (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe).

A partir deste cenário, o banco de dados das decisões do período de (2003 a 2014) através da busca da pesquisa jurisprudencial por ementa das decisões dos (TRFs), nos sites dos próprios tribunais, através da busca pelo verbete “políticas sociais”. Deste modo, os achados do banco não podem ser generalizados, servindo de evidência para aprofundamento do estudo, haja vista que o número de casos por tribunal está relacionado com a organização dos sites de busca dos próprios tribunais que divergem entre si.

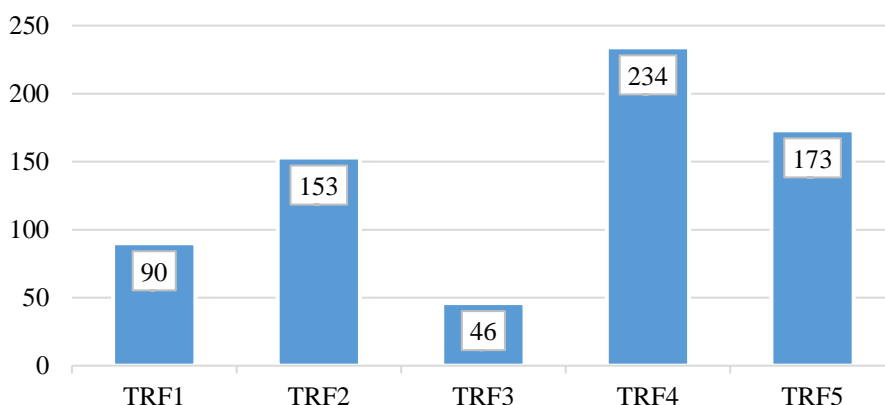
Até o presente momento, o banco de dados no software *SPSS* possui seiscentas e noventa e seis (696) decisões dos cinco TRFs integralizadas para análise quantitativa, das quais quarenta e seis (46) não estão disponíveis para análise qualitativa, por não estarem disponíveis no site.¹¹ A partir deste levantamento, importamos as decisões os softwares de análise: no *WordStat* procedemos a análise de conteúdo exploratória e no *Nvivo*¹² realizamos a análise temática a partir das categorias centrais da pesquisa¹³. Assim, o levantamento do universo de decisões se dispõe desta forma:

¹¹ Em ambos os programas, as codificações das categorias de análise estão sendo redesenhadas, haja visto que deve ser considerado que: (1) diferentes decisões podem se referir ao mesmo caso, em atenção a pluralidade recursos existentes no sistema processual civil brasileiro; (2) o Ministério Público pode recorrer em uma ação sem necessariamente tê-la iniciado, tendo em vista as suas prerrogativas constitucionais; (3) a dificuldade na identificação da atuação dos serviços de assistência e assessoria jurídica universitária, haja visto que nas decisões constam apenas o nome dos procuradores das partes.

¹² No *Nvivo* estamos trabalhando com dois tipos de classificações para análise do banco qualitativo das decisões judiciais: (1) classificação de fonte; (2) classificação de nós de caso. A primeira classifica a decisão judicial enquanto a sua natureza, forma e estrutura de acordo com as normas processuais brasileiras. Já, a segunda tem por objetivo a classificação dos atores que estão presentes nesta decisão.

¹³ A utilização dos dois softwares deveu-se a familiaridade com o uso do *Nvivo* para codificação e seleção de trechos, permitindo uma análise minuciosa do material, ao mesmo tempo em que o ferramental estatístico do *WordStat* tornou possível a exploração geral previa do material.

Gráfico n.º 1: Universo de Decisões dos TRFs com o verbete “Políticas Sociais”



Fonte: elaboração própria

Em contraste com este levantamento, no contexto das competências dos TRF sobre as unidades federativas estaduais, nota-se que, em ordem decrescente, os tribunais com maior competência sob as seções judiciais são: TRF1, TRF5, TRF4, TRF2 e TRF3, estes últimos sob 2 estados cada. Entretanto, ao comparar os dados do banco com as informações de monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde no 2.º grau de jurisdição do Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o TRF4 continua como o tribunal com o maior número de demandas, divergindo quanto aos demais.¹⁴

3. O Poder Judiciário Federal e a sua rede de atores: as políticas sociais nos Tribunais Regionais Federais

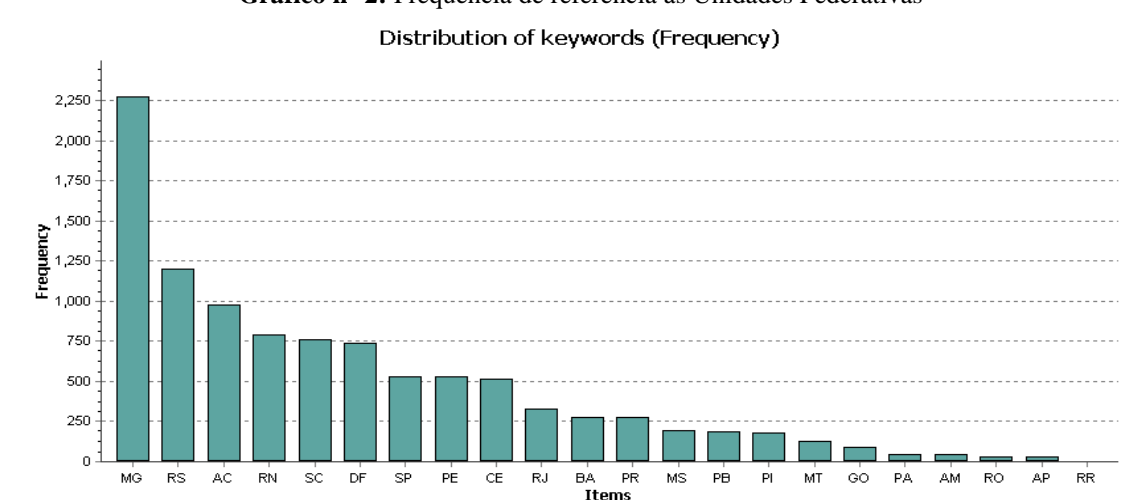
3.1. Delineamentos da Judicialização de Políticas Sociais nos TRFs¹⁵

O cenário encontrado revela uma grande disparidade entre os estados, embora em análises como essa ainda seja cedo para determinar se a visualização corresponde mesmo à representação do universo. De qualquer modo, se a literatura já apontava uma disparidade de ações entre os tribunais, a preponderância de referências aos estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul pode confirmar outros estudos anteriores que demonstravam o protagonismo do Segundo estado nessas matérias, reproduzindo a literatura quando apontava a relação entre condições sociais e judicialização.

¹⁴ Segundo o Fórum de Saúde do CNJ, os TRFs com o maior número de ações de saúde são, respectivamente: TRF4 (11.058); TRF1 (5.608); TRF3 (1.579); TRF2 (1.567); e TRF5 (4). Ressalta-se que os dados do banco são extraídos do Sistema da Resolução CNJ 107. Cf. CNJ. **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais** – dados enviados até junho de 2014. (S/D). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>>.

¹⁵ Realizamos uma análise de conteúdo preliminar das decisões judiciais em políticas sociais nos tribunais federais, conduzida com o auxílio do *WordStat/ QDAMiner*.

Gráfico n° 2: Frequência de referência às Unidades Federativas



Fonte: Banco de dados da pesquisa Políticas Sociais nos TRFs brasileiros, 2015.

Já em relação ao tipo de demandas encontradas, a preponderância de ações voltadas a garantia de acesso à saúde, evidenciada quando se vislumbra uma análise geral de palavras encontradas, revela a reprodução do quadro encontrado pela literatura quando investiga o cenário internacional, mas também o cenário nacional no que se refere aos tribunais estaduais, encontrando-se a busca por fornecimento de medicamentos como direito e como dever, em mais da metade dos casos de responsabilidade da União, dada a competência da Justiça Federal no julgamento das ações que tem na União o polo passivo, mas também exigindo a responsabilização de municípios com o enfoque maior no compartilhamento de competências com o estado. Neste sentido, os municípios e os estados correspondem respectivamente: partes recorrentes, municípios (14,9%) e estados (25,2%); enquanto partes recorridas, municípios (17,5%) e estados (20,18%).

A contagem de palavras dando conta exclusivamente dos objetos das demandas e do perfil dos demandantes demonstra a busca pelo acesso a saúde, seja pela garantia de tratamento médico, seja pelo fornecimento de medicamentos, de pacientes que alegam risco de morte, por serem portadores de enfermidades como Aids, câncer, diabetes, hepatite. Outras demandas de políticas sociais presentes no banco, porém em menor número, são as relacionadas à educação, através de pleitos por acesso ao ensino superior e a educação básica.

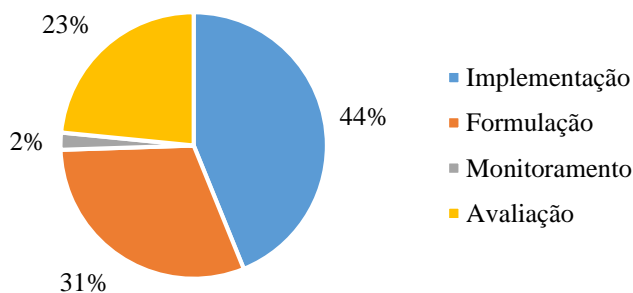
Ilustração n.º 1: Frequência de palavras correlacionadas à saúde nas decisões (*Nvivo*)



Fonte: elaboração própria

As decisões fazem referência, em sua maioria, a políticas públicas, a programas e sua clientela, beneficiários e usuários. É importante referir que, em se tratando de judicialização de políticas públicas, a referência às fases do ciclo é bastante recorrente, havendo uma preponderância de debates quanto a implementação, mas também se discutindo bastante as fases de formulação e avaliação das políticas.¹⁶

Gráfico n.º 3: Frequência de referência às fases das Políticas Públicas



Fonte: elaboração própria

Ainda no campo geral das políticas públicas no sistema de justiça, destaca-se que o fenômeno da judicialização de políticas de saúde conta com a instituição de Câmaras de Saúde nos Estados, setores destinados a resolução dos litígios de saúde e monitoramento, isto é, a prevenção da judicialização, tais como: prevenção, a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) no estado do Rio de Janeiro e a Câmara de Conciliação de Saúde

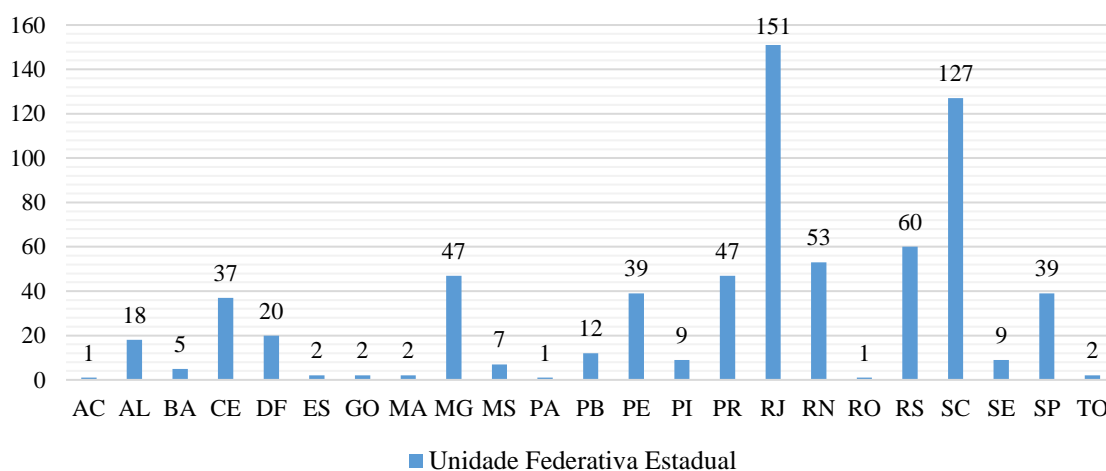
¹⁶ Ressalta-se que, neste caso, está se fazendo menção apenas a referência das fases do ciclo de políticas públicas, não se atendo à atuação do Poder Judiciário ou a ressignificação destas fases pelas instituições do sistema de justiça.

(CCS) no estado da Bahia; monitoramento, o Fórum de Saúde do CNJ e os Comitês Executivos de Saúde dos estados do Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Tocantins. Estas instituições não estão contempladas na presente análise, sendo inseridas posteriormente na pesquisa em um trabalho próprio para o seu estudo.

3.2. Atores do Sistema de Justiça: entre o Poder Judiciário Federal, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União

A análise preliminar das decisões já catalogadas (TRF1, TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5) demonstra ser o Rio de Janeiro, seguido de Santa Catarina e Rio Grande do Sul os estados com o maior número de ações interpostas no 1º. Grau, que geraram esse universo de recursos em grau intermediário. Os estados do Rio de Janeiro, Bahia, São Paulo¹⁷ possui situação *sui generis*¹⁸, que se aproximam do quarto modelo de litigância encontrado por Hoffmann e Bentes (2008, p. 143).

Gráfico n.º 4: Distribuição das Decisões por Unidades Federativas Estaduais



Observação: *Missing (sem informação – 5) N=696*

Fonte: Elaboração própria

¹⁷ O estado de São Paulo parece estar sub representado, haja vista que é apresenta um número pequeno de decisões de segundo grau se contrastado com os demais estados. Assim, cabe ressaltar que os achados do banco correspondem aos acórdãos disponíveis na busca jurisprudencial no sites dos TRFs, portanto, podem não representar o tamanho real do universo de decisões, servindo apenas como indicativos do fenômeno da judicialização nestes tribunais.

¹⁸ No caso do Rio de Janeiro e da Bahia, deve-se destacar que existência de Câmara de Resolução/Conciliação de Litígios de Saúde (CRLS). A presença de tais programas pode se constituir como um elemento de de alteração das demandas de judicialização de políticas sociais nos respectivos estados. Já em São Paulo verificou-se a atuação em conjunto do Ministério Público do Estado de São Paulo e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na proposição de uma ação civil pública, autos de n.º 2010.61.04.004390-9, contra o município de Santos a fim de que ente vacinasse, contra o vírus influenza A "H1N1", todas as crianças ou adolescentes. Nesta decisão, discutiu-se a formulação e estratégia governamental na definição do público alvo da política pública constituída na Estratégia Nacional de Vacinação Contra o Vírus da Influenza Pandêmica (H1N1) 2009.

Partindo do argumento dessa pesquisa sobre o ingresso da Defensoria Pública da União como um ator central da judicialização em políticas sociais, verificamos que para os cinco TRFs a DPU apresenta-se como procuradora de uma das partes (recorrentes ou recorridos) em 36,1% dos julgados analisados.

Tabela n.º 1: Participação da Defensoria Pública na representação do(a) assistido(a) no Segundo Grau de Jurisdição

		Frequência	Porcentagem	Porcentagem Valida
Valid	Não	418	60,1	63,9
	Sim	236	33,9	36,1
	Total	654	94,0	100,0
Missing	Sem informação	42	6,0	
Total		696	100,0	

Fonte: Elaboração própria

Essa mesma análise por estado demonstra que no Rio Grande do Norte mais da metade dos processos têm a DPU como procuradora (85,7% dos casos) e no Rio de Janeiro são 59,4% os casos em que a DPU tem esse papel.

Tabela n.º 2: Participação da Defensoria Pública na representação do(a) assistido(a) no Segundo Grau de Jurisdição por estado

	Participação da Defensoria Pública na representação do(a) assistido(a) no Segundo Grau de Jurisdição		Total
	Não	Sim	
AC	0	1	1
AL	11	7	18
BA	2	3	5
CE	24	6	30
DF	20	0	20
ES	1	1	2
GO	0	2	2
MA	2	0	2
MG	28	19	47
MS	7	0	7
PA	0	1	1
PB	8	2	10
PE	14	19	33
PI	0	9	9
PR	43	4	47
RJ	54	79	133
RN	7	42	49
RO	1	0	1
RS	40	20	60
SC	113	14	127
SE	5	4	9
SP	37	2	39
TO	1	1	2
Total	418	236	654
Porcentagem Total	63,9%	36,1%	100%

Observação: Missing (sem informação – 42) N=696

Fonte: Elaboração própria

A análise dos autores que propuseram os recursos revela um cenário bastante diversificado, que será melhor analisado na última seção desse *paper*, quando apresentarmos os padrões de relacionamento entre Estado, provedores e beneficiários. Por ora é importante demonstrar que, para os tribunais regionais federais, são os estados o autor que mais recorre (cerca de 25,2%), seguido de pessoas físicas (18,4%), estados da federação e municípios.¹⁹ Com números menos expressivos, é possível verificar a presença de agências reguladoras, operadoras de saúde (hospitais, Santas Casas, seguradoras privadas, universidades públicas), além dos próprios atores do sistema de justiça, como o Ministério Público Federal e os estaduais, assim como a Defensoria Pública da União e as estaduais.

Já a análise das partes recorridas nos recursos inverte a posição anterior, sendo as pessoas físicas a liderarem o polo passivo dos recursos em 62,3% dos casos, seguidas dos estados (cerca de 20,18% dos casos), estados, municípios. Tal análise revela que, apesar de haver o triângulo entre Estado, provedores e beneficiários, é na relação entre pessoas físicas e os vários entes da Federação que está o maior número de ações e o maior debate envolvendo políticas públicas sociais.²⁰

Tal dado é interessante porque mostra, mais uma vez, o quanto o cenário brasileiro da judicialização é diferente de outros países, em que modelos de provisão social mais baseados no mercado fazem com que haja uma procura por direitos do consumidor mais ampla do que aqui, onde que prevalece a busca por direitos diretamente oriundos do Estado.

Uma análise preliminar das decisões permite encontrar alguns padrões em relação a dois aspectos que se revelam centrais para essa pesquisa: o primeiro diz respeito ao relacionamento entre as partes nos processos e o segundo refere-se aos atores e instituições do sistema de justiça e sua atuação nesses tipos de ação.

¹⁹ Com ampliação do banco de dados ($N=696$), os valores percentuais alteram de uma versão para outra deste trabalho, porém mantendo a relação hierárquica de representatividade. Neste caso, desconsiderou-se o levantamento da União no polo recursal, haja vista que se está trabalhando com a Justiça Federal. Ressalta-se que o valor válido do número de caso para identificação das partes recorrentes é $N=642$ (*missing* – sem informação = 54).

²⁰ Da mesma maneira como elucidado pela nota de rodapé anterior, manteve-se a relação hierárquica entre os percentuais de partes recorridas, neste caso, o valor válido do número de caso para identificação das partes recorrentes é $N=634$ (*missing* – sem informação = 62).

3.2.1. Relacionamento entre as partes nos processos: o triângulo entre Estado, provedores e beneficiários.

Respondendo à questão sobre quem são os atores e por que judicializam é possível verificar o mesmo padrão de relacionamento entre os atores encontrado por Brinks e Gauri (2012) quanto à triangulação: Estado, provedores, beneficiários (regulação, provisão e obrigações privadas). No entanto, em termos quantitativos, a relação “beneficiários *versus* Estado” é muito mais frequente. Podemos ilustrar esse panorama de ações a partir de quatro grandes tipos de demandas:

O primeiro tipo se refere à relação peculiar encontrada nos processos que coloca em polos opostos cidadãos e Estado, quando aqueles solicitam fornecimento de medicamentos, leitos e procedimentos cirúrgicos. No caso dos medicamentos, ocorrem pelo menos duas situações: casos de medicamentos registrados pela ANVISA não fornecidos pelo Estado por não figurarem nas listas de medicamentos gratuitamente, em que geralmente há concessão, pelo o Judiciário ao entender que há situações em que as medicações distribuídas pelo SUS não se adequam a determinados pacientes; e casos de medicamentos não registrados na ANVISA, em que apesar de termos posicionamentos favoráveis, os argumentos utilizados para a não concessão invocam o rigor técnico necessário e a competência das agências reguladoras nesta escolha, apontando para o risco do Judiciário atuar sobre assunto alheio a seu conhecimento. Nos casos de concessão de leitos e procedimentos cirúrgicos ou exames a tutela costumam ser favoráveis.

Nas ações em saúde costuma haver a responsabilidade solidaria entre os entes, entendendo-se que: *"A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no polo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles"* ²¹

O segundo tipo são as demandas de grupos de pacientes que em ações coletivas pleiteiam os mesmos direitos. No âmbito dessas ações, são comuns os pedidos coletivos por parte de portadores de algumas doenças como HIV (SIDA), câncer, hepatite C, cuja mobilização é clássica nessa área. Veremos o papel das instituições Ministério Público e Defensoria Pública na promoção dessas ações na próxima seção.

²¹STJ. Primeira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no 842866/MT, j. 12 jun. 2007.

Em terceiro, tem-se as ações que colocam em polos opostos as operadoras de saúde e o Estado, que exige o pagamento de serviços de saúde prestados em órgãos públicos ou privados a beneficiários que tenham contratado tais serviços. Nesse caso, apesar de os beneficiários, neste caso cidadãos com direito à saúde garantida pelo Sistema Único de Saúde, precisam ter seu atendimento remunerado ao Estado por parte de suas operadoras, uma vez que se comprometeram com a remuneração do plano, que em caso de atendimento pela rede pública, ficaria sem a obrigação de pagar por aquilo que recebeu para prestação.

A justificativa para tal ressarcimento encontra-se na obtenção de recursos que de forma ilegítima não foram despendidos pelas operadoras privadas. Apesar de minoritária, encontramos também a posição contrária quanto ao ressarcimento ao SUS, estabelecendo-se que não há relação jurídica estabelecida entre a operadora privada de saúde e o Estado, assim como não haveria uma renúncia, por parte do cidadão, ao contratar um plano privado, do direito de utilização do sistema único de saúde. E o quarto e último tipo de ação encontrada é a busca de ressarcimento por parte de pacientes que foram mal atendidos em hospitais públicos.

Se o panorama da judicialização da saúde já é bastante conhecido, o que dizer dos demais direitos? Na última década houve um aumento no número de processos destinados ao direito e garantia a creche e a pré-escola para crianças de 0 a 6 anos de idade. Outros direitos demonstraram um crescimento na judicialização, como a garantia a previdência e a assistência social. Apesar dos avanços na judicialização de outros direitos, mantém-se um número muito inferior desses casos na justiça brasileira comparando com o processo de judicialização da saúde. Veremos a seguir como o sistema de justiça atua nesses casos.

3.2.2. Poder Judiciário Federal

A argumentação quanto ao papel do judiciário na realização das políticas públicas parte de uma defesa dos preceitos constitucionais. Segundo ele próprio, o Poder Judiciário passou a desempenhar o papel de regulador, fiscalizador, impondo ao Estado e aos governos o cumprimento da Constituição e dos direitos afirmados nela, sob a fundamentação das decisões de que a atuação do judiciário visa à concretização dos direitos sociais, resguardando o “mínimo existencial” de cada direito.²²

²² TRF3. Agravo de Instrumento nº 0021504-23.2012.4.03.0000/MS, 2012.03.00.021504- 1/MS, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, Terceira Turma do TRF3, julgado 07/02/2013

De fato, se considerarmos que é só através das Cortes que os cidadãos acessam determinados programas e políticas públicas, fazendo valer seu direito básico, o poder judiciário acaba representando a sociedade perante a inoperância estatal, provocando a atividade dos poderes executivos nos vários níveis: União, estados e municípios. Tal atuação baseia-se em um princípio chamado de mínimo existencial, que “corresponde àquelas condições materiais básicas para a vida digna. Nessas hipóteses, justifica-se plenamente o ativismo judicial em favor da proteção dos direitos sociais”²³. Assim, tem-se a construção da imagem de um órgão que visa sanar a negligência da atuação do Poder Público na promoção de direitos sociais, formulação e implementação de políticas públicas.

Segundo o posicionamento majoritário, o Judiciário percebe seu papel em relação à garantia do direito à saúde e à responsabilidade que detêm na transformação desse cenário. Essa assertiva pode ser ilustrada com a fundamentação da apelação cível de do TRF2, o Relator Poul Erik Dyrlund defende que:

[...]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. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. Assim, também com base no que ficou esclarecido na audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento[...].²⁴

Defendendo a proteção de hipossuficientes e vulneráveis, a atuação independente da esfera judicial seria, na visão de alguns magistrados, a única alternativa para populações de baixa renda que, com auxílio jurídico, obteriam atendimento necessitado. Isto é, nas atribuições de seu poder, o Judiciário nada mais pode fornecer do que a segurança de que o que é disposto em lei, tenha validade e eficácia social. Sobram, no entanto, argumentos contrários à judicialização, podendo-se encontrar três grandes princípios favoráveis a tal processo: a reserva do possível, a separação de poderes e a atuação desigual proporcionada

²³ TRF2. Apelação Cível n.º 2009.51.01.029677-4/RJ, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011.

²⁴ TRF2. Apelação Cível n.º 2009.51.01.029677-4/RJ, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011.

pelo Judiciário, quando interfere em prol de uns e não de outros, especialmente em casos de respeito à fila.

Segundo alguns posicionamentos, o fenômeno da judicialização do direito à saúde, principal substrato da judicialização de políticas sociais, abrange uma rede atores que ultrapassa o sistema de justiça, contemplando os gestores públicos, *policymakers*, burocratas, profissionais de saúde e a sociedade civil. Neste sentido, a judicialização deve ser pensada para além do resguardo do direito à saúde (microsistema), abrangendo a interferência direta nas arenas decisórias das políticas e na fase de implementação, atendo-se as possibilidades orçamentárias dos entes estatais (macrossistema). Para os críticos, as escolhas política adotam alguns critérios que, quando alterados pelo Judiciário, que atua provendo microjustiça, promoveriam distorções em termos de justiça distributiva.

É possível verificar tais distorções em grande parte da judicialização federal das políticas sociais. Nas ações que julgam políticas sociais nos TRFs é possível verificar ordens para cumprimento, por parte do poder público, de medidas de satisfação imediata dos beneficiários individuais, muito mais do que medidas voltadas à realização de políticas públicas mais efetivas e que abranjam uma coletividade maior. Nesse sentido procede a discussão, por parte do Judiciário, quanto à garantia de *compliance* de direitos para um indivíduo que implica na retirada de direitos de todos os outros indivíduos que estão fora daquela relação judicial:

Magistrado que é chamado a atender uma demanda como a que está sendo enfrentada que, na verdade, devem ser sopesadas aqui o direito à vida e da existência digna da autora com o direito à vida de milhares de outros brasileiros que podem ficar sem atendimento por ter sido destinado valor que estava previsto para atendê-los ao cumprimento de uma decisão judicial que pretende atender a uma só pessoa, principalmente quando já vem sendo prestado atendimento adequado.²⁵

Nesses casos o Judiciário entende acabar por privilegiar cidadãos com maior poder aquisitivo, confirmando os achados na literatura. No entanto, levando-se em conta que a ampliação da atuação da Defensoria Pública da União, órgão responsável por cerca de 36,1% da representação dos instrumentos recursais, não se pode mais afirmar que não houve redução em tamanha desigualdade na prestação jurisdicional. Nesse sentido, a institucionalização desse órgão, seguindo-se processo já investigado a respeito das

²⁵ TRF2. Apelação Cível n.º 2009.51.01.029677-4/RJ, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011

Defensorias Públicas estaduais (MADEIRA, 2014), altera um pouco o cenário de um judiciário elitista, cujo acesso restringia-se as camadas mais altas da população. Estes são os principais argumentos utilizados também pelos entes estatais quando querem se eximir do cumprimento das determinações judiciais.

3.2.3. Ministério Público Federal

A principal discussão envolvendo o papel do Ministério Público na atuação da proteção a políticas sociais refere-se ao questionamento da sua legitimidade na propositura de Ação Civil Pública em prol de um único indivíduo. Neste sentido, apresenta-se a fundamentação de assentar que o referido instrumento processual poderia ser utilizado também para a defesa de direitos individuais indispensáveis, de modo que as ACPs não atentariam para a quantidade de indivíduos, de modo que a tutela de direitos individuais, sob um manto de *hiper vulnerabilidade*, beneficia também a sociedade, no que tem se denominando pelos julgadores como “*dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade*”²⁶

Ao particular incumbe pleitear isoladamente em face de sua situação especial, por exemplo, a rejeição ou não tolerância à determinado medicamento. Para isso também a própria Constituição ofereceu mecanismos de representação. Defensoria pública, associações representativas e o próprio Ministério Público, em se tratando de direitos individuais indisponíveis são legitimados a postular sob a forma de representação processual.

É o que se vislumbra na presente ação civil pública, o Ministério Público Federal está a pleitear o fornecimento de medicamentos especiais para determinados indivíduos portadores do vírus HIV, como acima nominados. Em relação a esses particulares a ação é legítima e deve prosseguir, confirmando-se o juízo de procedência.

Tal atuação recebe críticas severas, que alegam que o Ministério Público “*buscar contribuir para o aperfeiçoamento da política pública, por meio de eventual ação coletiva, ampla e profundamente embasada nas necessidades, recursos e prioridades, após a imprescindível investigação, parece que o Ministério Público optou por concorrer para o caos, ajuizando ação estritamente individual, com a magnitude da ação civil pública, sob*

²⁶ TRF5. Apelação – Reexame Necessário n.º 00005666220104058102, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma do TRF2, DJE-TRF5 16/11/2012

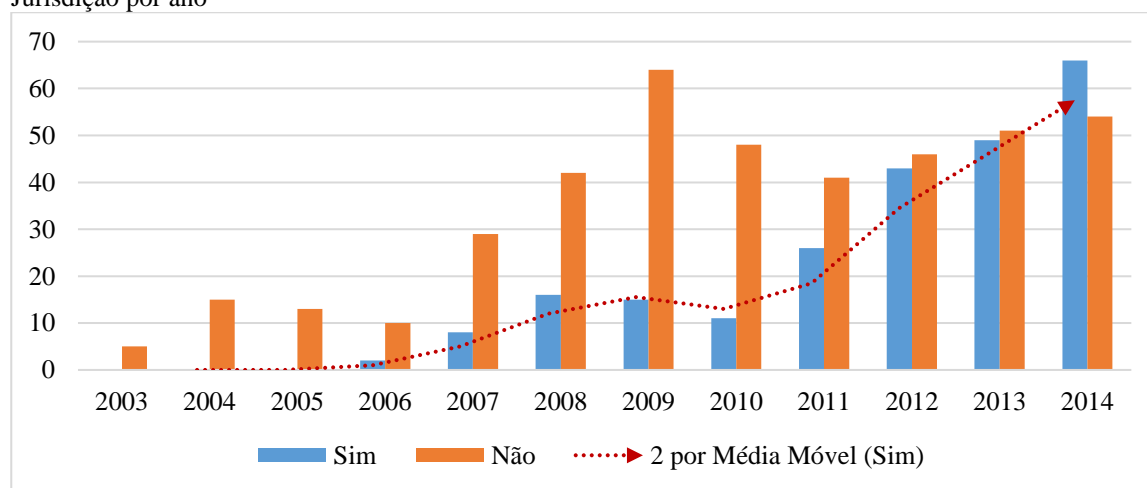
a frágil e abstrata referência a “demais pacientes”, atuando como genuíno advogado ou defensor público.”²⁷

Este espectro da atuação do MPF em Ações Civis Públicas, utiliza como argumento central de legitimação da demanda a noção de “paciente paradigma”, que remete a ideia da concessão do acesso ao direito à saúde para um caso individual, seja no fornecimento de medicamento ou custeio de tratamento, de modo que possa se conceder para casos com patologias e/ou necessidades similares.

3.2.4. Defensoria Pública da União

Conforme já demonstramos acima, o papel da Defensoria Pública da União (DPU) revela-se fundamental para o processo de judicialização de direitos, especialmente do direito à saúde. A atuação da instituição dá-se mediante a propositura de ações individuais, de ações coletivas, de ações civis públicas, sempre invocando a responsabilidade solidária dos entes estatais²⁸ em matéria de fornecimento de tratamento médico e cirúrgico, fornecimento de medicamentos. A partir do levantamento de jurisprudência, os dados das decisões apresentam um indicativo da ampliação da atuação da DPU nos na representa de segundo grau com recursos juntos aos TRFs ao longo dos anos.

Gráfico n.º 5: Participação da Defensoria Pública na representação do(a) assistido(a) no Segundo Grau de Jurisdição por ano



Observação: Missing (sem informação – 42) N=696
Fonte: Elaboração própria

²⁷ TRF2. Agravo n.º 2010.02.01.006137-0/RJ, Relator Juiz Federal Convocado Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Quinta Turma Especializada do TRF2, julgado em 2011

²⁸ Isso porque, no tocante ao direito à saúde, pacificou-se a jurisprudência no sentido de que, em matéria de SUS, qualquer dos entes que compõem a Federação pode ser demandado em juízo para responder a ação que vise ao fornecimento de medicação, prevalecendo entre eles a responsabilidade solidária pelo dever exposto no art. 196 da Constituição, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça.

A crescimento da representação da DPU que aparece nos dados está em sintonia com os processos de ampliação de competências da instituição com LC n.º 132/2009, mas exponencialmente com o aumento do efetivo de recursos humanos da instituição. Neste sentido, pontua-se que no ano de 2004 foi realizado o segundo concurso para o cargo de defensor público federal, o terceiro em 2007 e o quarto em 2010, marcos da ampliação dos recursos defensores neste período de doze anos.

No campo da atuação, as ações individuais já são bastante conhecidas, chamam a atenção as ações promovidas buscando a implementação de políticas públicas a beneficiar grandes parcelas populacionais, versando em sua maioria em demandas de acesso à saúde através do fornecimento de medicamentos, tratamento hospitalar e leitos.

Assim como vimos o debate sobre a legitimidade para propositura de ação civil pública em nome de um único indivíduo por parte do Ministério Público, é grande a discussão, aparentemente pacificada agora na jurisprudência, quanto à legitimidade para a propositura desse tipo de ação pelas Defensorias, vedando a limitação da atuação desta instituição. O resguardo desta competência aparece nos argumentos dos tribunais sob a roupagem de órgão promotor do acesso à direitos da população em vulnerabilidade social na tutela de interesses difusos.²⁹

A despeito dessa discussão, parece que a Defensoria Pública está assumindo gradativamente o seu papel com instituição legítima para a proposição de Ações Cíveis Públicas, haja vista que a sua outorga de legitimidade para esse instrumento judicial ocorrerá em 2009. Quanto a este tipo de ação, em 2015, o STF reconheceu a competência das Defensorias Públicas para a proposição das ACPs no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 733433. No banco de dados, foram encontradas três demandas de ACPs propostas pelas defensorias, duas pela DPU (versando sobre a judicialização de políticas de saúde) e uma pela Defensoria Pública de São Paulo.

Nesta linha, cabe responder ao questionamento sobre se os conflitos entre as instituições e atores (MP, OAB *versus* DP) contribuem para a reprodução de um cenário de ações individuais com poucos efeitos indiretos e regressivos, enquanto as ações

²⁹ Conferir: TRF5. Apelação - Reexame Necessário n.º 26090/RN, Relatora Desembargadora Federal José Maria Lucena, Primeira Turma TRF5, TRF5 (DJE) - 18/04/2013; STJ. REsp. n.º 555.111/RJ, Voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi. *Apud* TRF2. Apelação - Reexame Necessário n.º 2007.51.01.020475-5/RJ, Relator Desembargador Federal Aluisio Mendes, Quinta Turma TRF2, julgamento 28/08/2013; TRF2. Apelação - Reexame Necessário n.º 2007.51.01.020475-5/RJ, Relator Desembargador Federal Aluisio Mendes, Quinta Turma TRF2, julgamento 28/08/2013.

coletivas seriam melhores para promover equidade, é possível encontrar achados que ainda demonstram o já tradicional embate entre Defensoria Pública e Ministério Público no que se refere a defesa de interesses coletivos. No entanto, superando essa disputa, há casos de ações promovidas pelos dois órgãos. Tais tipos de ações, do ponto de vista da efetividade, são as melhores, por beneficiarem uma grande quantidade de pessoas: *Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para que o Município de Santos vacine todas as crianças ou adolescentes contra o vírus influenza A "H1N1"*.³⁰

Considerações Finais

As análises preliminares confirmam existir nos tribunais federais brasileiros um intenso processo de "ativismo judicial", demonstrando a disposição de juízes e demais atores do sistema de justiça em expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais. Nesse sentido, parafraseando Ferejohn (2002:41), os TRFs "têm se tornado cada vez mais lugares onde a política substantiva é feita".

Embora com níveis de *compliance* muito variados, em razão dos tipos de ação promovidos, é possível sustentar que as cortes compensam os déficits de *responsiveness* e *accountability* por parte do Estado brasileiro.

Quanto ao tipo de ações encontradas, apesar de a pesquisa ter recorte temporal uma década posterior, é possível identificar padrões similares aos descobertos por Hoffmann e Bentes (2008, p. 143) para os tribunais estaduais brasileiros. No entanto, não é possível sustentar um equilíbrio entre os quatro modelos, sendo as ações individuais postuladas tanto pelos advogados privados quanto por defensores públicos as mais frequentes, seguidas de poucos casos promovidos pelo MPF e DPU cobrando políticas estruturais, e sendo poucos os casos de litigância organizada, que parece ter perdido folego na última década.

Verificamos também que a triangulação apresentada por Brinks quanto aos atores da judicialização pode facilmente ser empregada em nossas análises, uma vez que temos ações de indivíduos contra o Estado, indivíduos contra planos de saúde, Estado contra instituições privadas e vice-versa; instituições privadas X planos de saúde. No entanto,

³⁰ TRF3. Apelação Cível nº 0004390-63.2010.4.03.6104/SP, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, Terceira Turma do TRF3, julgado 02/05/2013

conforme apontamos, é o relacionamento entre cidadãos beneficiários de políticas públicas e o Estado, demandado solidariamente tanto União, estados e municípios a maioria das ações.

Em relação às áreas, a educação pouco aparece no material empírico, havendo os casos das demandas por pré-escola em sua maioria; assim como a assistência social são os questionamentos quanto ao Benefício da Prestação Continuada que aparecem.

A literatura em *courting justice* tem mostrado que o panorama da atuação judicial no Brasil é caracterizado pela presença massiva de ações individuais, enquanto nos demais países predominam ações coletivas. Em relação ao tipo de assessoria jurídica prestada as partes, a literatura demonstra haver tanto defesa privada quanto atuação de defensores públicos no Brasil, no entanto os achados preliminares desta pesquisa demonstram ser maior o universo de ações promovida pela Defensoria Pública da União do que por advogados privados, o que parece derrubar o argumento apresentados pela literatura de que o acesso as cortes nos casos de direitos econômicos e sociais é predominantemente dado as camadas altas da população, confirmando nossa hipótese de que o ingresso da defensoria como instituição e ator central do processo de judicialização de direitos garante maior acesso à justiça às camadas mais baixas da população.

Há uma série de questões a investigar além do percentual de ações promovidas por cada instituição. É preciso ver onde essas ações estão sendo interpostas, considerar o país como um todo e as diversidades regionais, as diferenças entre os próprios tribunais federais, sem entrar no mérito de se o público atendido pela instituição é mesmo vulnerável.

Se é possível afirmar, provisoriamente, que há um indício de que avançamos rumo a uma justiça federal menos desigual, o mesmo não pode ser dito sobre o tipo de pedido e de resposta encontrados nos tribunais. Nosso universo de pesquisa confirma a literatura quando mostra que as ações são predominantemente individuais, e mesmo nos casos de ações cuja natureza e de ação coletiva, como é o caso das ações civis públicas interpostas pelo MP e hoje também pela Defensoria Pública, há casos de judicialização em nome de uma única pessoa. Embora não estejamos trabalhando com o conceito de ‘legalização’ (Brinks, 2012) e a consideração a respeito do impacto das ações, a literatura e pacifica em demonstrar que as ações coletivas são muito mais efetivas em termos de *compliance* e efeitos indiretos, no entanto nosso cenário demonstra um judiciário ativo na concessão de acesso a direitos, mas tendo como beneficiários indivíduos e não grupos ou coletividades.

Exceções a esse padrão encontram-se nas ações de grupos de portadores de HIV e associações de portadores de outras doenças como diabetes e hepatite, que pleiteiam acesso a tratamento e medicamentos de forma coletiva.

Em relação ao posicionamento do judiciário quanto ao seu papel na garantia de direitos constitucionais, parece que temos, partindo de Brinks (2012), efetivamente cortes *policy oriented*. Embora princípios como reserva do possível e separação poderes estejam contemplados na jurisprudência, costuma-se decidir mais em razão do princípio do mínimo existencial. Assim, em relação à separação de poderes, a prevalência de entendimento é de que sendo matéria constitucional não há que se falar em interferência, senão em cumprimento de função precípua de controle. Embora haja argumentos postulados em sentido oposto pelos réus dos processos, geralmente entes do Poder Executivo, eles não subsistem nas decisões.

Com relação ao uso de princípios como reserva do possível, necessidade de observação do orçamento e outros mecanismos de controle financeiro sobre as contas públicas, embora o judiciário faça referência a sua importância, na maioria dos casos continua a conceder os ganhos de causa aos atores individuais.

Com relação aos outros dois atores centrais desse processo: Ministério Público e Defensoria Pública, o material analisado não permite grandes inferências por ora, mas é possível já relativizar a existência de grandes conflitos entre esses atores, encontrando-se novas possibilidades para o uso da Ação Civil Pública para tutelas coletivas por parte da Defensoria e para tutelas individuais, por parte do MP.

Na segunda fase da pesquisa, a ser realizada através de entrevistas em profundidade com os atores da judicialização, selecionando os desembargadores, procuradores e defensores que mais aparecem nas ações analisadas, iremos buscar compreender em que medida as garantias institucionais importam para o fenômeno da judicialização das políticas sociais. Nesse sentido, os achados preliminares instigam a investigação de dois grandes eixos: (1) instituições da justiça federal; (2) atores da justiça federal.

No primeiro eixo, o estudo atentará para a estrutura das instituições do Sistema de Justiça Federal e as instituições que o compõe (MPF, TRFs, DPU, etc). O segundo eixo contemplará o estudo dos atores que constituem as instituições do sistema (defensores, procuradores, advogados, juízes e desembargadores) de modo a contrastar o perfil da atuação da instituição como um todo com a atuação individual.

Referências

AVRITZER, Leonardo Avritzer; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº15. Brasília, setembro - dezembro, pp. 69-94, 2014.

BASABE-SERRANO, Santiago. Presidential Power and the Judicialization of Politics as Determinants of Institutional Change in the Judiciary: The Supreme Court of Ecuador (1979-2009). **Politics & Policy**, Mexico City, v. 40, n. 2, p. 339-361, abr. 2012.

BICCA, Carolina Scherer. **O “Ativismo Judicial” no controle das Políticas Públicas: o caso da Assistência Social no Brasil**. 2011. Xxx f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011.

BRINKS, Daniel M; GAURI, Varun. **Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World**. Cambridge University Press, 2008.

_____. The Law’s Majestic Equality? The Distributive Impact of Litigating Social and Economic Rights. **Policy Research Working Paper 5999**. Washington DC: The World Bank, Development Research Group, Human Development and Public Services Team, 2012.

BRINKS, Daniel M.; FORBATH, William. The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America. In: PEERENBOOM, Randall; GINSBURG, Tom (Eds.). **Law and Development of Middle Income Countries**. New York: Cambridge University Press, 2013.

_____. Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions. **Texas Law Review**, Austin, EUA, v. 89, p. 1943-1955, 2011.

CARVALHO, Ernani. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. **Revista de Sociologia e Política**, n. 23, p. 127-39, 2004.

_____. “Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política”. **Análise Social**, v. 44, p. 315-35, 2009.

CNJ. **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais** – dados enviados até junho de 2014. (S/D). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>>.

ENGELMANN, Fabiano & CUNHA FILHO, Márcio Camargo. “Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro”. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 57-72, 2013.

EPP, Charles. **The rights revolution: Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspectives**. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and contemporary problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, summer 2002.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Brazil: Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health' in Litigating Health Rights”. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health**. Cambridge: Harvard University Press, p. 76 – 102, 2011a.

_____. Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. **Texas Law Review**, Austin, EUA, v. 89, p. 1643-1668, 2011b.

_____. **Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa**. August 20, 2009. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1458299>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1458299>>. Acesso em 01/07/2016.

GAURI, Varun. **Social rights and economics: claims to health care and education in developing countries**. World Bank Policy Research Working Paper 3006, March 2003.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies** [Online]. Cambridge: Cambridge University Press. Acesso em: Cambridge Books Online, 2003.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2009.

HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. *Accountability for Social and Economic Rights in Brazil*. In: BRINKS, Daniel M; GAURI, Varun. **Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World**. Cambridge University Press, p. 100-145, 2008.

IVO, Anete Brito Leal; SILVA, Alessandra Buarque de A. **O hiato do direito dentro do direito: os excluídos do BPC**. R. Katál., Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 32-40, jan./jun. 2011.

MACIEL, Débora Alves & KOERNER, Andrei. “**Sentidos da judicialização da política: duas análises**”. Lua Nova, n. 57, p. 113-33, 2002.

SANTOS, Wederson Rufino. **Deficiência e democracia: a interpretação do poder judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada**. Dissertação de Mestrado. PPG em Política Social da UNB. Brasília: UNB, 2009.

SNYDER, Richard. Scaling Down: The Subnational Comparative Method. **Studies in Comparative International Development**, Spring 2001, vol. 36, n.º1, pp.93-110.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo & SALLES, Paula. “Dezessete anos de judicialização da política”. **Tempo Social**, v. 12, n. 2, p. 39-85, 2007.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

WANG, Daniel Wei; VASCONCELOS, Natalia Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, 48 (5), p. 1191-1206, 2014.