

**II CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS,
TECNOLOGIA E INTERNET**

**DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS, TECNOLOGIA E
INTERNET II**

D598

Direito, políticas públicas, tecnologia e internet II [Recurso eletrônico on-line] organização II Congresso Internacional de Direito, Políticas Públicas, Tecnologia e Internet: Faculdade de Direito de Franca – Franca;

Coordenadores: Rodrigo Vieira Costa, Maria Rafaela Junqueira Bruno Rodrigues e Daniela Serra Castilhos – Franca: Faculdade de Direito de Franca, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-021-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Regulação do Ciberespaço.

1. Direito Digital. 2. Tecnologia. 3. Internet. 4. Políticas Públicas de Desenvolvimento. 5. Efetividade do Direito. I. II Congresso Internacional de Direito, Políticas Públicas, Tecnologia e Internet (1:2024 : Franca, SP).

CDU: 34

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS, TECNOLOGIA E INTERNET

DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS, TECNOLOGIA E INTERNET II

Apresentação

Entre os dias 27 e 30 de agosto de 2024, a Faculdade de Direito de Franca recebeu o Congresso Internacional de Direito, Políticas Públicas, Tecnologia e Internet. O evento reuniu acadêmicos, profissionais, pesquisadores e estudantes, promovendo o debate interdisciplinar sobre o impacto das inovações tecnológicas no campo jurídico e nas políticas públicas. A programação envolveu Grupos de Trabalho (GTs) organizados para aprofundar temas específicos, abordando desde o acesso à justiça até as complexidades da regulação tecnológica, com ênfase na adaptação do sistema jurídico aos avanços da inteligência artificial e da automação.

O GT 6 – Direito, Políticas Públicas, Tecnologia e Internet II reuniu debates sobre temas centrais do congresso, enfatizando a interseção entre direito, políticas públicas, tecnologia e internet. Realizado de maneira on-line no dia 30 de agosto de 2024, este grupo de trabalho abordou tópicos que refletem as transformações e desafios da era digital, com foco nas implicações jurídicas e nas políticas públicas para o uso da tecnologia e da internet. As discussões deste GT oferecem uma visão aprofundada sobre como a tecnologia impacta os direitos e as regulamentações, propondo abordagens que equilibrem inovação e responsabilidade jurídica.

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES: ADMINISTRATIVE DISCRETION

**Carlos Henrique Gasparoto
Maria Júlia Rosa Mendonça de Almeida**

Resumo

A presente pesquisa tem como objetivo a análise da judicialização de políticas públicas no âmbito da saúde no Brasil. O presente estudo foi desenvolvido, ademais, por metodologia dedutiva, tendo caráter de pesquisa fenomenológica; natureza básica; abordagem qualitativa dos resultados e objeto exploratório. Este trabalho foi estruturado, ainda, majoritariamente por meio de pesquisa bibliográfica. Destarte, a temática abordada apontou para a atuação omissiva de alguns setores públicos na concretização de políticas governamentais. Portanto, foi feita ponderação, neste estudo, acerca das incumbências do Estado ante à insegurança persistente na realidade prática, o que indica a relevância teórica, social e jurídica desta pesquisa.

Palavras-chave: Judicialização, Políticas públicas, saúde pública

Abstract/Resumen/Résumé

The present research aims to analyze the judicialization of public policies in the field of health in Brazil. The present study was developed, moreover, using deductive methodology, having the character of phenomenological research; basic nature; qualitative approach to results and exploratory object. This work was mainly structured through bibliographical research. Therefore, the topic addressed pointed to the omissive action of some public sectors in implementing government policies. Therefore, consideration was made, in this study, about the State's responsibilities in the face of persistent insecurity in practical reality, which indicates the theoretical, social and legal relevance of this research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Public policies, public health

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a judicialização de políticas públicas no âmbito da saúde, muito embora corrobore na celeridade procedimental necessária para a concretização de direitos fundamentais por meio de institutos do direito formal, é problemática dotada de relevância social, jurídica e teórica, na medida em que aponta para a discricionariedade dos poderes estatais constitucionalmente incumbidos pela eficácia na implementação de mecanismos garantidores das prerrogativas sociais, mas que ainda carece de solução na realidade concreta.

Nesse contexto, a pesquisa, em seu caráter exploratório, se propôs a compreender quais os impactos jurídicos da judicialização de políticas públicas de saúde, uma vez que, ante à ineficácia das medidas governamentais adotadas pelo Poder Executivo, e pelo Legislativo, o fenômeno em discussão se tornou notadamente mais expressivo, impactando, inclusive as diretrizes orçamentárias nacionais, e trazendo, assim, significativa insegurança jurídica à sociedade.

Ademais, a fim de corroborar no propósito supramencionado, o estudo feito também objetivou analisar as disposições constantes do ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente da Constituição Federal de 1988 e do Tema Repetitivo 698 do Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar o papel do Poder Judiciário na tutela de políticas relacionadas à saúde pública; e objetivou, ainda, verificar o acervo doutrinário e jurisprudencial consolidado acerca do direito fundamental à saúde visando, assim, compreender sua extensão na realidade prática.

A pesquisa, não obstante, ainda visa responder à pergunta “a judicialização de políticas públicas tem ferido a separação de poderes e prejudicado as diretrizes orçamentárias nacionais?”, que estabeleceu parâmetros para a pesquisa feita de maneira a fornecer referências para atingir os objetivos expostos acima, e, ademais, para a compreender a extensão da problemática que pretende solucionar.

Para tanto, outrossim, a pesquisa valeu-se do método dedutivo, partindo das disposições legislativas menos abrangentes para a análise dos casos concretos dotados de especificidade. E, além disso, foram utilizadas como técnicas de pesquisa: a revisão bibliográfica da doutrina, a análise documental da legislação e de entendimentos jurisprudenciais consolidados sobre o tema em estudo.

Diante dos aspectos supra elencados, ademais, denota-se que a pesquisa possui relevância social, pois aborda problemas que transcendem a esfera particular da sociedade;

jurídica, porquanto trata de elementos normativos e concernentes à seara do Direito; e teórica na medida em que o inova o estado de técnica acadêmico trazendo uma nova compreensão fenomenológica qualitativa da judicialização de políticas públicas.

Por fim, frisa-se que a pesquisa apresenta plenas condições de produzir novos conhecimentos; adequa-se ao estágio atual da evolução científica; e ainda pode chegar a uma constatação apropriada, denotando, assim, respectivamente: a relevância, a novidade e a exequibilidade indispensáveis à pesquisa científica (Marconi; Lakatos, 1999, p 28).

2 ATRIBUIÇÕES DOS PODERES ESTATAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Da análise das disposições do ordenamento jurídico nacional é possível constatar que à população brasileira é constitucionalmente garantida a saúde enquanto direito social fundamental (Brasil, 1988). Além disso, consoante às previsões legais vigentes, é cediço que a incumbência de materializar as prerrogativas garantidas pela legislação como um todo é do Estado.

A saúde pública no Brasil, nessas circunstâncias, muito embora haja expresse amparo jurídico previsto no aparato legislativo nacional, porém, ainda é notadamente precária, restando aos cidadãos, na omissão dos demais poderes, recorrer ao Poder Judiciário a fim de obter soluções para a problemática enfrentada na realidade.

Nesse contexto, o Ministro Gilmar Mendes versa que:

Embora os direitos sociais, assim como os direitos negativos, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização (2021, p. 1380).

Das palavras do autor, portanto, já é possível extrair, de pronto, que há um embate entre a negligência dos poderes encarregados pela efetividade de políticas públicas, e a tutela jurisdicional estatal, na medida em que, sob os ditames do Estado Democrático de Direito, mostra-se insustentável a preponderância de um poder em detrimento dos demais.

Sob tal perspectiva, a judicialização enquanto a submissão massiva de pretensões à apreciação do Poder Judiciário pela população a fim de suprir as lacunas deixadas pelos demais poderes estatais, ressalta-se, tem sido fenômeno recorrente no Brasil em virtude da inoperabilidade de políticas públicas no âmbito da saúde frente à precariedade observada nos serviços prestados, e às desmedidas exigências burocráticas feitas aos cidadãos para a obtenção de seus direitos (CNJ, 2021).

Nesse contexto, não obstante seja atribuição precípua da Jurisdição de dizer o direito no caso concreto (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2022) , há que se salientar, ademais, que a judicialização supera os limites constitucionalmente estipulados para a convivência harmônica entre os três poderes uma vez que se trata, justamente, da demanda exacerbada dos cidadãos, e por conseguinte, da atuação exagerada do Judiciário enquanto silentes o Poder Executivo e o Legislativo, que ultrapassa as atribuições conferidas sob a égide da democracia.

Insta pontuar, enfim, que, em que pese o princípio da inércia da Jurisdição, e a urgência própria de determinadas demandas relativas à saúde pública, a judicialização de políticas estatais fere mais evidentemente o ideal democrático da tripartição de poderes sobretudo ao se ponderar que esta interfere diretamente no manejo das finanças públicas, evidenciando não só um desequilíbrio significativo entre as potências estatais, mas, ainda, notória discricionariedade administrativa.

3 DA PONDERAÇÃO ORÇAMENTÁRIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante do cenário esquadrihado supra, a análise da questão orçamentária ante à crescente Judicialização de políticas Públicas no âmbito da saúde no Brasil, portanto, também se faz indispensável. Não obstante, a atuação do Poder Judiciário no atendimento das demandas da população concernentes ao fornecimento de medicamentos e procedimentos cirúrgicos, por exemplo, afetam diretamente o planejamento financeiro nacional.

Destarte, a princípio, cumpre evidenciar, consoante os ditames do Estado Democrático de Direito que, ao se ponderar sobre a concretização dos Direitos Sociais constitucionalmente garantidos, fala-se sobre o empenho, para a satisfação das massivas necessidades apresentadas pela sociedade, de recursos escassos.

A reserva do possível, enquanto “uma limitação fática e jurídica oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional” (Novelino, 2019, p. 521), nesse contexto, se mostra como uma diretriz imprescindível na análise

do embate existente entre a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais e a ineficácia das políticas de saúde pública, na medida em que defende que a alocação dos recursos necessários à satisfação das reivindicações da sociedade deve ser pautada na razoabilidade e na proporcionalidade da prestação.

Conforme preceitua o mencionado princípio, portanto, já desde o planejamento da destinação dos recursos disponíveis para suprir as demandas da sociedade, há que se estabelecer prioridades orçamentárias que coloquem gastos de maior necessidade e urgência em primeiro plano, de maneira a dispensar, assim, mesmo a atuação mais subsidiária da tutela jurisdicional, uma vez que parte de prévio juízo de valor das necessidades sociais.

É importante salientar, porém, que, diante da realidade dinâmica da sociedade, é fato incontestável, sobretudo pelo processo de criação das normas, que as demandas existentes não conseguirão ser abarcadas em sua totalidade pela legislação vigente, o que exige, logo, a atuação do Poder Judiciário para suprir as omissões advindas dos demais poderes estatais.

Ainda assim, mais uma vez a partir do pressuposto de que o problema do fenômeno em análise se dá pela busca exacerbada dos institutos do direito instrumental, impera compreender que, muito embora o exercício da Jurisdição seja necessário, o cerne do combate à judicialização de políticas públicas reside, sobretudo, na inadmissibilidade da discricionariedade administrativa ante aos ditames democráticos vigentes no País, que estipulam clara separação das funções de cada um dos poderes estatais.

Não se pode conceber, em suma, sob a égide de preceito democráticos, que a displicência legislativa e executiva seja justificativa para a atuação descomedida da Jurisdição. A fim de corroborar com tal entendimento, ademais, frisa-se que a harmonia entre os três poderes é substancial à estrutura do regime democrático, devendo ser resguardada independentemente do contexto, o que é possível de ser materializado na realidade fática conforme as palavras de Karine da Silva Cordeiro:

[...] conquanto seja possível extrair da Constituição um indeclinável dever jurídico, a cargo do Estado, de fornecer as prestações materiais indispensáveis a uma vida digna aos que não têm condições de obtê-las por meios próprios, o legislador continua com o privilégio de especificar quais prestações são estas, o seu montante e o modo como serão realizadas. Cabe a ele, como órgão que exerce responsabilidade política sobre os gastos públicos, conformar as colisões que certamente ocorrerão com outros delitos e bens constitucionais, transformando o direito *prima facie* em direito definitivo. Porém, em matéria de mínimo existencial, o juiz também está legitimado a desempenhar essa função, embora de forma subsidiária, na falta, total ou parcial, do legislador ou do administrador (2013, p. 179-180).

Ainda, há que se observar, já delineada a atribuição residual da Jurisdição na efetivação de políticas públicas no âmbito da saúde, que o acesso à Justiça no Brasil ainda é precário por fatores como a demora na conclusão dos processos, os custos elevados da tutela jurisdicional, a extensão territorial do País e as burocracias anexas aos serviços estatais, por exemplo (Silva, 2018).

Conforme disposto em “Acesso à justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro”: “O quadro geral da Justiça brasileira é, em síntese, de muitos processos, poucos juízes, muitos advogados, muitas faculdades de direito e uma máquina judiciária burocratizada”. Além disso, é possível constatar da realidade brasileira que os cidadãos recorrem ao Judiciário para a solução de seus litígios sobretudo diante da inobservância das disposições legislativas (Silva *et al*, 2018, p. 126).

Nesse contexto, muito embora seja incontestável o encargo constitucionalmente atribuído ao Poder Judiciário de, na negligência dos demais poderes, concretizar os direitos constantes do ordenamento jurídico vigente, por meio do devido processo legal, forçoso resta concluir que a dificuldade no acesso à Justiça, obsta a tese de que a judicialização de políticas públicas é meio plenamente eficaz no combate à discricionariedade administrativa.

Cumprir evidenciar, ainda, que o fenômeno em análise, para além de um imbróglio pontual na estrutura organizacional do Estado, trata-se de problemática sistêmica, que requer uma congregação de esforços multisetoriais a fim de que possa ser paulatinamente mitigada.

Uma vez que a discrepância existente entre as condições estatais finitas e as demandas ilimitadas se faz evidente, impera concluir, portanto, nesse cenário, que, enquanto emblema inerente a aspectos jurídicos e administrativos estruturais, a judicialização de políticas públicas “[...] não demanda apenas uma simples decisão de condenação de pagamento em quantia certa ou de obrigação de fazer e não fazer, mas uma série de comandos que reorganizem um sistema, como o [...] de saúde [...]” (Santos, 2020, p. 12-13)

4 CONCLUSÃO

Enfim, conclui-se que, em que pese a fática acurácia do direito formal na concretização da justiça por meio de seus recursos procedimentais, impera constatar que não se pode prescindir da delimitação das atribuições governamentais estruturadas pelo próprio aparato estatal que, nos termos do tema de repercussão geral 698 do STF, confere ao Poder Judiciário

atuação suplementar na apreciação de questões concernentes à saúde pública, versando que sua intervenção “[...] em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes” – grifos nossos.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e políticas públicas: Ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf. Acesso em: 26 de junho de 2024

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 de junho de 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 698** – Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial atenção. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>. Acesso em: 26 de junho de 2024.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 33. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2022.

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

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2019.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **O processo estrutural no controle jurisdicional de políticas públicas**. São Paulo: Universidade de SÃO Paulo, Faculdade de Direito 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Camila_Perez_Yeda_-_Processo_Estrutural\[1\]20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Camila_Perez_Yeda_-_Processo_Estrutural[1]20(2).pdf). Acesso em: 26 de junho de 2024

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Acesso à justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro**. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4404718/mod_resource/content/1/ACESSO%20C3%A0%20JUSTI%20C3%87A%20LITIGIOSIDADE%20e%20o%20modelo%20processual%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 26 de junho de 2024.