



CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: “CONTROLE JUDICIAL FORTE OU FRACO”?

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES: "STRONG JUDICIAL CONTROL OR WEAK"?

Rosana Helena Maas

Pós-doutora em Direito pela Universität Salzburg, Áustria. Professora da Graduação e Pós-graduação na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) no Rio Grande do Sul. Doutora e mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com doutorado sanduiche na *Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät*, Greifswald, na Alemanha.

Mônia Clarissa Henning Leal

Pós-doutora pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls). Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul, no Rio Grande do Sul. Possui doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutorado sanduiche pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls). É bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq e coordenadora adjunta do PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, onde também atua na coordenação do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP.

Resumo

O presente artigo pretende averiguar a intensidade do controle do Poder Judiciário nas decisões da saúde entre o período de 2010 a 2014, usando-se como marco inicial o julgamento da Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, Suspensão de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e Suspensão Liminar 47, tomando-se como referência as noções de “controle jurisdicional forte e fraco” de Mark Tushnet, principalmente. Nesse sentido, o problema a ser resolvido é: qual a intensidade do controle jurisdicional nas decisões da saúde frente às noções de “controle jurisdicional forte e fraco” oriundas de Mark Tushnet? O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, podendo-se, constatar, ao final, que as revisões judiciais em matéria de saúde são revisões fortes, pois não tendem apenas declarar o direito, mas impor uma conduta a ser tomada pelos Poderes Públicos, o que decorre, por sua vez, da própria atitude desses Poderes na concretização do direito fundamental à saúde, principalmente, de sua

ineficácia e omissão em políticas públicas.

Palavras-chave: Controle de políticas públicas. Controle judicial forte e fraco. Decisões da saúde.

Abstract

This paper aims to investigate the level of judiciary control in healthcare decisions among the period from 2010 to 2014, using as initial mark the judgment of Suspensão de Tutela Antecipada 175, 211 and 278, Suspensão de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 and 3355 and Suspensão Liminar 47, taking as reference the Mark Tushnet's concepts about "strong and weak judicial control". The problem to be solved is: what is the intensity of judicial control in healthcare decisions according to the notions of "strong and weak judicial control" developed by Mark Tushnet? The method used was the hypothetical-deductive and can be seen, at the end, that judicial control relating to healthcare are strong, because not only proposes to declare the right, but also impose a conduct to be adopted by public authorities, which derives from the attitude of these Powers in the implementation of the fundamental right to health, especially its inefficiency and omission in public policies.

Key-words: Healthcare decisions. Control of public policies. Strong and weak judicial control.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Alvo de muitas críticas torna-se o Poder Judiciário quando se discute a sua atuação na concretização dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas; muitas dessas críticas são relacionadas à forma com que realiza a revisão judicial. Todavia, ao contrário da abordagem tradicional, normalmente relacionada a aspectos como sua relação com o mínimo existencial, reserva do possível, separação de Poderes, dentre outros, aqui se propõe uma análise diferenciada, com foco na intensidade desse controle, no sentido de se averiguar se há um “controle judicial forte ou fraco”, tomando-se como referência as noções de controle forte e fraco de Mark Tushnet principalmente. As decisões a serem analisadas compreendem-se ao período entre 2010 a 2014, usando-se como parâmetro o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, Suspensão de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e Suspensão Liminar 47 - que versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves, um marco no âmbito da judicialização da saúde. A problemática

reside: qual a intensidade do controle jurisdicional nas decisões da saúde frente às noções de “controle jurisdicional forte e fraco” oriundas de Mark Tushnet?

Para dar cabo dessa temática, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, iniciando-se com o estudo da judicialização da política e do controle de políticas públicas e suas interrelações; em seguida, abordam-se alguns aspectos da exigibilidade dos direitos sociais frente ao Poder Judiciário, a intensidade do controle de políticas públicas e o estudo dos conceitos de controle forte e fraco; ao final, chega-se ao estudo e análise aqui propostos, referentes à atuação do Supremo Tribunal Federal, mais especificadamente, a intensidade do seu controle na judicialização da saúde. Compreende-se como um estudo inédito sobre a matéria, visto que a doutrina brasileira, via de regra, não adota os parâmetros do “controle judicial forte e fraco”.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A INTERFACE ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

No Estado Constitucional de Direito, a Constituição passa não só a disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Assim, tem-se uma centralidade da Constituição, com a primazia de um Tribunal Constitucional a quem compete a interpretação final e vinculante das normas constitucionais (BARROSO, 2009).

Além disso, observa-se a substituição da noção de um juiz tido como “boca da lei”, característico do Estado Liberal, por uma de um juiz a quem incumbe a concretização e efetivação dos direitos fundamentais, notadamente por meio de uma atividade interpretativa; dessa forma, os magistrados passam a marcar presença na arena pública. O Poder Judiciário, seu magistrado, de aplicador da letra fria da lei, passa a ator político. Assim, não comporta mais a caracterização de um Poder Judiciário como a de um poder neutro, encarregado somente de realizar a subsunção da norma ao caso concreto (SEDEK, 2011), fica ele, também, responsável pela garantia dos direitos fundamentais.

O foco da discussão que permeou os séculos anteriores passa, então, a ser outro: não se discute mais sobre a conveniência ou não da existência de um órgão de controle de constitucionalidade (Kelsen X Schmitt), mas os seus limites e legitimidade, a extensão de suas atribuições, entre outros (LEAL, 2007).

E, dessa forma, verifica-se a acusação de uma suposta “invasão” do Judiciário em territórios tradicionalmente ocupados pelo Legislativo e pelo Executivo (ou seja, os poderes tradicionalmente tidos como “políticos”) (COSTA, 2013), ampliando-se, assim, consideravelmente, sua participação, e convertendo-se em um ator político nos temas que antes eram predominantemente políticos (SEDEK, 2011).

Todavia, há de se considerar que se a questão Política é entendida amplamente, todas as funções do Estado são funções Políticas. Diferenciam-se pela maneira ou modo em que atuam frente à divisão de trabalho. O legislador democrático interpreta a Constituição e o juiz, ao interpretar, também é um pouco político, podendo-se afirmar que “El Derecho y la política no se contraponen uno al otro en el Estado constitucional democrático: son aspectos parciales, funciones parciales de la *res publica* en su conjunto” (HÄBERLE, 2004, p. 17).

Não só isso, verifica-se que os ordenamentos jurídicos são cada vez mais repletos de normas principiológicas, abertas, e uma série de estruturas normativas abstratas, que não podem ser aplicadas por meio de mera subsunção, necessitando de uma atividade hermenêutica criativa, focada no caso concreto. Assim, o Direito contemporâneo exige dos juízes uma postura menos “mecânica” ou matemática do que aquela do Montesquieu, exigida de um magistrado no século XVIII e XIX, do juiz “boca da lei” (COSTA, 2013, p. 27).

No Brasil, o próprio texto da Constituição de 1988 conferiu estatuto de Poder ao Judiciário, que durante o regime militar, frente à Constituição de 1969, não gozava de independência e autonomia. Oportuno, é trazer, ainda, que, em tese, na atual conjuntura, não há decisão que seja proferida pelo Executivo ou aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial, decorrência do princípio da inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário, alçada à condição de direito fundamental (SEDEK, 2011). E, nesse sentido, não cabe mais em se falar de um distanciamento, em separação estrita entre Direito e Política, em um “direito apolítico”, segundo Häberle (2004, p. 11).

Ademais, também não há como interpretar um Direito com textura aberta sem se valer de valores sociais que confirmam densidade a esses conceitos abertos da legislação atual, podendo-se citar, nesse sentido, os princípios do devido processo legal, da igualdade e da razoabilidade. Além disso, os próprios constituintes determinaram a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conforme o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, quando a aplicação do próprio Direito exige a adoção de uma postura mais ativa e a Constituição chega a vedar, de forma explícita, a redução de direitos fundamentais a diretrizes programáticas, parece que passa a ser comum o crescente grau de ativismo dos magistrados brasileiros desde 1988 (COSTA, 2013).

Nesse contexto, e oriundo desses fatores, traz-se o fenômeno da judicialização¹, que pode ser conceituado pelo fato de que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelos órgãos tradicionais, como o Poder Executivo ou Congresso Nacional (BARROSO, 2009).

A judicialização² pode ser tanto da Política³ como do Direito, este último fenômeno caracterizado por um direito jurisprudencial, ou seja, oriundo das jurisprudências, e não da legislação, contexto em que o Poder Judiciário, de aplicador da lei, passa, em certa medida, a "criador" da mesma (LEAL; MAAS, 2014)⁴. Assim, pode-se afirmar que, atualmente, apesar de a lei continuar sendo a principal fonte do Direito no Brasil – característica própria do sistema da *civil law* - cada vez mais a solução do conflito não reside tanto no texto da lei em si, mas sim na construção de uma solução para o caso concreto.

Cumprido asseverar que esses fenômenos não são uma particularidade da realidade brasileira, caracterizando um fenômeno também verificado em outros países, como Espanha, Itália, França, Portugal e Alemanha (RUIZ, 2010).

No Brasil, porém, o fenômeno parece assumir proporções maiores, isso em

¹ Outro fenômeno que tem como pano de fundo a relação entre direito e política diz respeito ao ativismo judicial, que está mais relacionado a uma perspectiva interna, vinculada à atuação do Poder Judiciário no desempenho de suas competências, para além dos fatores históricos que conduziram o fenômeno da judicialização, sendo identificada mais por uma postura proativa do julgador (LEAL; MAAS, 2014).

² Deve-se mencionar que a judicialização é resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, que tem como base múltiplos fatores, entre eles está a centralidade da Constituição e a força normativa da mesma, associada a aspectos como caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que juntos conduzem uma ampliação e uma transformação da natureza da atuação da jurisdição constitucional (LEAL; MAAS, 2014).

³ Bucci (2013) atribui o fenômeno da judicialização da política aos seguintes fatores: "O processo judicial vem-se modernizando e atualizando, não apenas no Brasil, de modo a buscar corresponder ao anseio social. São exemplos disso os processos coletivos, a abertura ao tratamento de interesses difusos e coletivos, a adoção de tecnologias de informação e comunicação, e uma série de inovações processuais e procedimentais que decorrem da litigiosidade de massa, isto é, a ampliação das formas de acesso à justiça e, ligado a isso, o aumento da importância social dessas formas de solução de controvérsias, em busca de maior amplitude e eficácia".

⁴ Queiroz (2006) sustenta que uma teoria normativa de interpretação constitucional deve incluir os três poderes, numa relação de diálogo e cooperação, para o fim de estabelecer o significado do texto constitucional; contudo, hodiernamente, o que se observa é uma interpretação constitucional judicial, ou seja, a interpretação do texto da Constituição está vindo do Poder Judiciário, somente. Cada vez mais há um direito jurisprudencial e não mais legal.

razão da constitucionalidade abrangente e do sistema de controle de constitucionalidade vigente no país, em que se observa um amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal⁵ pela via de ações direitas (BARROSO, 2009).

Ademais, Cittadino e Colodetti (2013) asseveram que a criação desse novo “espaço público judicial” que é o Poder Judiciário revela, ao mesmo tempo, um movimento que vem de baixo, ou seja, da sociedade para o Estado, sendo as consequências desse processo aquilo que se pode chamar de dimensão positiva da judicialização da política, isso não apenas em face do reforço dos direitos fundamentais e do surgimento de uma nova arena pública, mas do empoderamento do cidadão na busca, seja numa perspectiva individual ou coletiva, da concretização de seus direitos⁶.

Häberle (2004, p. 11), por sua vez, em texto que reflete justamente sobre o Tribunal Constitucional como um Tribunal Político, no contexto da Alemanha, afirma que: “el Tribunal decide, juzga en nombre de la Ley Fundamental y es parte del proceso político, lo dirige y es influenciado por él y en él influye: ello se debe a que su objeto es la Constitución de la comunidad política”.

Para prosseguir, de maneira exemplificativa, citam-se alguns exemplos em que questões de relevância política e social foram discutidas pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal: pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante n. 11); demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula n. 13). Merece destaque também a realização de diversas audiências públicas perante o Supremo Tribunal Federal, em especial a audiência pública da saúde, para debater a questão da judicialização quanto ao fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, <<http://www.stf.jus.br>>).

⁵ Embora seja preciso ter presente que em outros países também há uma ampla possibilidade de acesso aos Tribunais, então não é só esse o fator que leva à abrangência do fenômeno no Brasil.

⁶ Em vista disso, observa-se que o juiz constitucional não opera mais na forma do positivismo antigo; na modernidade, verifica-se que além de utilizar de representações normativas, também se vale de valores sociais. Dessa forma, o sistema jurídico não seria construído de forma isolada, mas por um sistema de comunicações, em que o juiz é interventor, criador de soluções requeridas pela sociedade (NOVAIS, 2006).

Todavia, essa dita "interferência" muitas vezes não é vista com bons olhos pelos demais Poderes, que proclamam a ruptura do princípio da separação dos poderes, tendo levado, inclusive, à apresentação da PEC 33, pelo deputado Nazareno Fonteles, em 2011; o projeto buscava restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao ampliar o quórum para as decisões jurídicas de inconstitucionalidade, além de condicionar o efeito vinculante das súmulas à aprovação no Congresso Nacional e impedir o controle jurisdicional da constitucionalidade de Emendas à Constituição.

Além disso, destaca-se, também, o fato de que, se existe um controle judicial mais presente sobre a atuação governamental, esse controle não pode ser interpretado puramente como um exercício de "voluntarismo" por integrantes da magistratura, mas, sim, como um movimento autorizado pelo próprio Legislativo, visto que, se o Poder Judiciário possui tais competências e prerrogativas, é porque o Poder Legislativo as concedeu por meio da lei. Dessa forma, o próprio legislador arquitetou um arcabouço legal que propicia sucessivas oportunidades de controle (BUCCI, 2013).

Nessa perspectiva, deve-se observar que a jurisdição constitucional, nesse cenário, se constitui em um caso especial, pois ela se encontra mais próxima da Política pelo fato de que o seu objeto de controle é a Política (GRIMM, 2006). E não poderia ser diferente, pois a própria Constituição propicia essa interface entre Direito e Política. À vista disso, sua interpretação sempre terá uma dimensão política, ainda que se conduza pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico vigente (BARROSO, 2009).

O próprio Supremo Tribunal Federal já assentou, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF⁷, a dimensão política da jurisdição constitucional:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as

⁷ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 é procedente do Distrito Federal e tem como arguente o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e como arguido o Presidente da República, tendo sido julgada como prejudicada em 29/04/2004. A questão central de análise dizia respeito ao veto que o Presidente da República fez incidir sobre o §2º do artigo 55 da proposição legislativa que se converteu em Lei Federal 10.707/2003, que versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias, destinada a fixar diretrizes à elaboração da lei orçamentária para 2004. Traz-se trecho dessa ação, devido à sua proeminência em sede de controle jurisdicional de políticas públicas, sendo invocada como referência na quase totalidade das decisões referente ao assunto (BRASIL, 2004, <<http://www.stf.jus.br>>).

liberdades positivas, reais ou concretas (RU 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (BRASIL, 2004, <<http://www.stf.jus.br>>).

Assim, verifica-se que as normas políticas, que estabelecem a criação e implementação de políticas públicas, são passíveis de controle pelo Poder Judiciário, sendo que a possibilidade de se submeter uma política pública ao controle jurisdicional é trazida pela própria Constituição brasileira, diante da garantia prevista no inciso XXXV do artigo 5º, que estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BUCCI, 2006).

Logo, na medida em que haja políticas públicas que transgridam (ou sonéguem) direitos fundamentais, individuais ou sociais, seja em razão de omissão, ineficiência ou desvirtuamento, o Poder Judiciário não poderá se omitir em decidir. Aliás, em sendo o Poder Judiciário o guardião das leis e da Constituição, deve julgar todos os casos que lhe forem trazidos para resolução, independente de se tratar de direitos fundamentais ou não (LIBERATI, 2013).

Dessa forma, se a Constituição preceitua que um direito, liberdade ou prerrogativa deve ser garantido pelos Poderes Públicos e esses descumprem a ordem constitucional, cabe ao Poder Judiciário⁸, na condição de “guardião da Constituição”⁹, exercer seu papel de fazer cumprir os preceitos da Lei Maior (LIBERATI, 2013).

Particularmente no tocante ao controle jurisdicional de políticas públicas, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal realiza o controle de políticas públicas quando detecta a omissão ou a ineficácia delas, sendo que seu discurso centra-se no fato de que, frente à dimensão política da jurisdição constitucional, não pode abster-se de concretizar os direitos fundamentais, aí incluídos os direitos econômicos, sociais e culturais. E, por isso, apesar de não se incluir no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas do Supremo Tribunal Federal, em particular, a atribuição de

⁸ Reforça-se o papel do Poder Judiciário com Queiroz (2006): O Poder Judiciário possui papel político-jurídico, contramajoritário, no sentido de não só atender o Povo, no sentido da maioria, mas também olhar pela minoria, pelos grupos renegados, marginalizados, o que vem a conferir um novo significado as competências dos Tribunais Constitucionais, uma nova concepção de cidadania. Possuindo então não mais um papel de proteção apenas da autonomia pública, mas, ainda, da autonomia privada. Possui função antimajoritária. É um contrapoder, que protege o indivíduo frente a setores sociais dominantes.

⁹ Assim, ao estar vinculado unicamente à Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal fica submetido, na verdade, à sua própria concepção acerca da Constituição, já que cabe a ele a interpretação última da Carta Política, constituindo-se ele, em última análise, no dizer de Böckenförde, no “Senhor da Constituição” (*Herr der Verfassung*) (BÖCKENFÖRDE, 1999). No caso do controle de políticas públicas, por sua vez, o Supremo Tribunal Federal assevera que apenas em caráter excepcional poderá realizar tal controle, em caso de ineficácia e omissão; quem dita a excepcionalidade, contudo, é o próprio Supremo.

formular e de implementar políticas públicas (visto que, primariamente, essa tarefa cabe aos Poderes Legislativo e Executivo), excepcionalmente tal incumbência poderá ser exercida por ele, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem aos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional (BRASIL, 2004, <<http://www.stf.jus.br>>). Então, o que se observa é que, em caráter excepcional, o Supremo Tribunal Federal pode atuar nas esferas de competência reservadas aos demais Poderes Públicos e na discricionariedade administrativa e legislativa.

Nesse sentido, Bucci (2013) afirma que o problema não consiste em se pode haver ou não o controle judicial, mas na forma com que esse controle é realizado, ou seja, o conteúdo e o limite da decisão judicial, que muitas vezes manda cumprir ou implementar determinada política sem levar em consideração se há reserva orçamentária suficiente e alocação de recursos para tal fim, ou seja, o grau de controle não é levado em conta.

E a maior dificuldade operacional com relação a esses aspectos se apresenta, por seu turno, no âmbito dos direitos sociais prestacionais, que envolvem uma dimensão coletiva e estão condicionados, de forma mais direta, a aspectos como orçamento, eleição de fins e de meios, etc. (LEAL, 2014).

São essas dificuldades operacionais relacionadas aos direitos sociais prestacionais, bem como à forma e à intensidade do controle políticas públicas, que serão analisadas no tópico que segue, para, em seguida, fazer-se a análise proposta em relação às decisões no âmbito da judicialização da saúde.

3. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: CONTROLE JUDICIAL "FORTE" E "FRACO"

Recomenda-se que sempre após cada citação o autor comente o trecho, especialmente quando se tratar de jurisprudências ou longos trechos de citações em bloco.

A discussão acerca dos limites, da competência e da legitimidade judicial no controle de políticas públicas perpassa pela análise dos direitos sociais e pela questão da exigibilidade ou não desses direitos frente ao Poder Judiciário. A clássica pergunta deve, assim, ser lançada: os direitos sociais são exigíveis?

Para enfrentar esse questionamento, refere-se, com Abramovich e Courtis (2011), que, mesmo que os principais direitos econômicos, sociais e culturais tenham sido consagrados em diversas Constituições e no plano internacional, o seu reconhecimento universal apenas será possível quando se superarem os obstáculos que impedem a sua adequada judicialização, que vem a ser entendida como a possibilidade de demandar perante um juiz ou Tribunal o cumprimento ao menos de algumas das obrigações que deles se derivam. E mais: afirmam os autores que a exigência de um direito social como um direito pleno perpassa, não simplesmente, pela conduta cumprida pelo Estado, mas pela existência de um Poder Judicial capaz de atuar caso a obrigação não seja cumprida.

Destaca-se, ainda, que, a partir da Constituição Federal de 1988, a contradição entre a vasta previsão normativa de direitos fundamentais sociais em face do pequeno grau de efetivação prática desses direitos teve a sua repercussão entre os juristas, principalmente frente a disposições do artigo 6º, que traz os direitos sociais e juntamente a preocupação com a prestação desses direitos, que envolvem a educação, saúde, seguridade social, entre outros. Mais complexa ainda ficou a situação frente à previsão de aplicação imediata, prevista no parágrafo primeiro do artigo 5º, concedendo aplicação imediata a esses direitos (HACHEM, 2014).

Assim sendo, com base na aplicação desse artigo ou com fundamento na omissão da Administração Pública, é possível demandar frente ao Poder Judiciário a concretização e efetivação dos direitos fundamentais; e os Tribunais, abandonando a postura conservadora e aceitando que as disposições definidoras de direitos sociais seriam passíveis de reclamação e cobrança, na ordem de um reconhecimento de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais (HACHEM, 2014).

Nesse sentido, observa-se o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada 175, um marco no que diz respeito à judicialização da saúde, em que refere as dimensões dos direitos sociais:

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, 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 quanto à sua judicialização (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

Dessa forma, afirma-se que se entende que não se pode instituir uma

diferenciação no tocante às dimensões abrangidas pelos diferentes tipos de direitos. Os clássicos direitos de defesa, como a liberdade de expressão, de acesso ao direito e aos Tribunais, requerem, por parte da esfera pública, não apenas proibições de interferências dos poderes públicos, mas também a obrigação de prover numerosas e complexas condições para o seu exercício e garantia (QUEIROZ, 2006).

Enfatiza-se que, na condição de direitos subjetivos, os direitos fundamentais sociais podem ser compreendidos, a um só tempo, como direitos de defesa ou de prestação, residindo a diferença entre eles na questão de que os primeiros possuem a sua tônica na questão jurídica-subjetiva, no plano normativo e individual; já, os segundos, ficam fundamentalmente a cargo do Estado e de outras entidades (QUEIROZ, 2006)¹⁰.

Assim, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é apenas uma das dimensões desses direitos, entendida por muitos como sendo sua dimensão originária, clássica (pelo menos ao que se refere à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, pois, quanto aos direitos sociais, opera-se, justamente, o contrário, eles surgem classicamente associados a uma dimensão objetiva). A retomada da concepção objetiva dos direitos fundamentais teve, por sua vez, suas bases traçadas pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no período pós-II Guerra Mundial, quando, após as experiências ditatoriais sofridas, instituiu-se, na decisão do caso *Lüth-Urteil*, a ideia de que um mero Estado de Direito formal não seria suficiente para assegurar os direitos e, nesse contexto, recorreu-se a uma teoria de valores, com fundamento em uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que pressupõe uma vinculação também material à lei. Nesse sentido, as normas constitucionais passaram a ser vistas e analisadas como referenciais de valor e como diretivas, impondo obrigações ao Estado e à própria sociedade no sentido de sua realização, aspecto que acabou por conferir, também uma nova dimensão ao controle de constitucionalidade (LEAL, 2007).

E, a partir disso, constrói-se a ideia, pelo Tribunal Constitucional Alemão de que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, um caráter ao mesmo tempo subjetivo e objetivo, na ideia de um ganho de qualidade aos direitos

¹⁰ No mesmo sentido, o ensinamento de Figueiredo e Sarlet (2008, p. 41), para quem “na condição de direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra ingerências ou agressões que constituam interferências na (sic) e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam providas de atores privados. Já como direitos a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que asseguram a fruição do direito”.

fundamentais. (SARLET, 2015). Em resumo, a concepção puramente liberal é “qualificada” pela social, de modo que aos direitos de defesa é dada uma dimensão social, positiva (PIEROTH et. set., 2015).

Importante é esclarecer que isso só foi possível com a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais em que esses passam a possuir eficácia vinculante, ao contrário de sua natureza meramente declaratória original, configurando esses, dessa forma, uma verdadeira obrigação, dirigida a todos os Poderes e entes estatais e, inclusive, aos particulares, na concepção de eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*) (ALEXY, 1990).

Dessa forma, ao lado do “direito de defesa” do cidadão em face do Estado, encontra-se uma ordem de valores objetiva, que vale como decisão fundamental e projeta-se para todo o Direito. E, em virtude disso, todas as leis devem ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais, cujo conteúdo de valor deve ser protegido, e essa proteção não atinge apenas a esfera do Judiciário, mas vincula todas as funções e Poderes do Estado (LEAL, 2007).

Dessa forma, aos direitos sociais fundamentais é dada uma dupla dimensão de análise, na ordem de uma dimensão objetiva e subjetiva, esta última, como direitos a serem exigidos do Estado e, naquela, como deveres a serem cumpridos.

Estabelecida a legitimidade do controle judicial de políticas públicas e a exigibilidade dos direitos sociais, pretende-se, nesse momento, realizar uma análise de sua intensidade. Entretanto, antes de dar início à análise, é preciso determinar a intensidade que se busca analisar, sendo essa, segundo Tushnet¹¹ (2014), de um “controle ou revisão judicial forte (efetivo) e fraco (débil ou limitado)”¹².

Assim, pode-se dizer que se trata de uma “revisão judicial débil, fraca”, quando o Poder Judiciário, ao julgar, apenas declara o direito já existente, sem estabelecer medidas a serem cumpridas e limitando o seu tempo. Até-se ao reconhecimento do direito e deixa a sua concretização para os demais poderes públicos, o que leva a concluir que uma decisão é tida como débil ou limitada quando possui apenas caráter declarativo. Por ocasião, alerta-se para o fato de que uma revisão judicial “extremamente débil” é caracterizada por uma excessiva deferência, respeito à atuação e função do Poder Legislativo (DIXON, 2014).

¹¹ Originariamente o autor traz essa ideia em seu livro *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press.

¹² Interessante é referir que se toma como base, para esta reflexão e para os fins do trabalho, os conceitos desenvolvidos por Tushnet (2014, p. 106).

Por outro lado, a “revisão judicial é forte”, efetiva, verifica-se quando o Poder Judiciário decide atribuindo uma tarefa aos demais poderes públicos, a fim de efetivarem os direitos exigidos judicialmente; implantando uma medida a ser realizada e prazo para que essa medida seja cumprida (DIXON, 2014).

Tushnet (2014) destaca que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte possui um “controle forte de revisão judicial”, visto que resolve reforçando, de modo significativo, a “limitação do poder popular” e defendendo a posição contramajoritária. Mas, agindo assim, é incapaz de assegurar um equilíbrio, balanço, entre o autogoverno democrático e o estabelecimento de limites sobre as maiorias, o que levaria a concluir que “las Cortes reivindicaron el poder de realizar una revisión fuerte”.

Dessa forma, no “controle judicial fraco”, observa-se que ao Poder Judiciário julgar e sentenciar, ele não aplica a medida necessária, apenas reconhece o direito, deixando que os demais Poderes assim ajam. São eles que irão ter a atribuição de efetivar esse direito. Nesse caso, pode-se citar, no Brasil, a decisão referente à Lei para a criação de novos Municípios, em que, na Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n. 3.682, declara o Estado em mora e estipula o prazo de 18 meses para que sejam tomadas as exigências legislativas que importa o artigo 18, §4º, da Constituição Federal¹³. Tal aspecto fica evidente quando o Supremo Tribunal Federal reconhece a omissão constitucional, mas não aplica nenhuma medida, deixando essa a cargo do Congresso Nacional. A decisão teve cunho meramente declaratório, ou seja, pode-se classificá-la como uma revisão judicial fraca. Nesse mesmo sentido, observa-se o mecanismo do mandado de injunção, em que, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, esse se limita a declarar a omissão.

O “controle judicial forte”, por sua vez, trabalha com a ideia de que o Poder Judiciário, além de garantir o direito, busca efetivá-lo. A sentença possui natureza constitutiva. Como exemplo dessa forma de controle, pode-se mencionar a decisão do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n. 639.337/SP, em que figuram, como agravante, o Município de São Paulo e, como agravado, o Ministério Público do Estado

¹³ Assim foi a decisão da ação em comento: “[...] procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerada pela omissão. Não se trata de impor um prazo para atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que a leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que por lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios” (BRASIL, 2007, <<http://www.stf.jus.br>>).

de São Paulo, tratando-se de política pública envolvendo a educação infantil, em que o Município de São Paulo, por meio de sentença, foi obrigado a matricular crianças em unidades de ensino próximas à sua residência ou ao endereço profissional dos seus responsáveis, sob pena de multa diária (BRASIL, 2007, <<http://www.stf.jus.br>>).

Levando-se para o caso brasileiro, ao se utilizar a classificação realizada por Tushnet, o controle de políticas públicas ocorre de forma “forte”, ou seja, quando o Supremo Tribunal Federal não só apenas declara o direito, mas também o impõe - apesar de que o seu discurso, como já destacado quando da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 (BRASIL, 2004, <<http://www.stf.jus.br>>), consiste em que, em regra, não lhe cabe controlar políticas públicas, competindo-lhe, todavia, garantir, em última medida, os direitos fundamentais.

Realizadas essas observações, deve-se alcançar, com Tushnet (2014), a seguinte reflexão: uma vez o Legislativo sabendo dos problemas ou sendo chamado a atenção sobre eles, deveria ele solucionar o problema, sendo sua a decisão final e não do Poder Judiciário. Porém, na prática, os sistemas de revisão judicial são ambíguos. Dessa forma, pode-se dizer, com o autor, que o Poder Legislativo ajusta a sua legislação não porque necessariamente está de acordo com a interpretação judicial da Corte, mas porque compreende que de outra forma não poderia agir e nem manter a legislação. Assim, verifica que a única legislação que sobreviverá à revisão judicial é aquela que se adapte à interpretação da Corte.

Levando em consideração os dois exemplos citados, veja-se que no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e nos Mandados de Injunção, o Poder Judiciário até diz o que deve ser feito, mas não o faz, deixa essa tarefa para os demais Poderes. Diferente no Agravo em que obriga a matricular crianças em unidades de ensino próximas à sua residência ou ao endereço profissional dos seus responsáveis em que concede as vagas, independente de elas existirem ou não.

Tendo agora o parâmetro de análise das decisões a serem observadas, passa-se ao estudo proposto por este trabalho, da intensidade do controle revisional do Poder Judiciário nas decisões da saúde.

3. “CONTROLE JUDICIAL FORTE OU FRACO”? ANÁLISE DAS DECISÕES DA SAÚDE A PARTIR DA STA 175

Busca-se, frente à pesquisa realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal,

tendo como marco a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e Suspensão Liminar 47 - que versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves, em que o Ministro Relator Gilmar Mendes fixou critérios ou parâmetros a serem observados pelos tribunais nos julgamentos que envolvam a prestação ao direito à saúde -, até o ano de 2014 (BRASIL, <www.stf.jus.br>).

Assim sendo, o parâmetro inicial foi o ano de 2010 e o final o ano de 2014. Não foram analisadas as decisões referentes à cobertura ou não de planos de saúde. Dessa forma, das 30 (trinta) ações analisadas¹⁴ - não se querendo afirmar que são as únicas nesse período, mas serão essas as adotadas por este estudo -, verificou-se os seguintes casos: medicamento que não consta na lista do SUS; medicamento que o SUS não possui, mas a ANVISA permite o seu uso; fármaco que não consta na lista da ANVISA, mas que foi receitado, porém consta na lista de excepcionais fornecidos pelo Estado; discussão referente à eficácia do medicamento oferecido pelo SUS, tendo sido receitado outro medicamento; medicamento de alto custo; medicamento de baixo custo; fornecimento de medicamentos para tratamentos a pessoas destituídas de recursos financeiros; fornecimento de medicamentos e manutenção de estoque; fornecimento de medicamento para tratamento oncológico; tratamento no exterior; bloqueio de valores; pedido de suspensão de tutela antecipada; ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público; sobre a possibilidade de o paciente, com os seus próprios recursos, complementar o serviço aprovado pelo SUS;

¹⁴ Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 553.712-4/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 516.671/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 734.487/Paraná; Recurso Extraordinário 368.564/Distrito Federal; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 607.381/Santa Catarina; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 626.328/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 665.764/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 550.530/Paraná; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 668.724/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 642.536/Amapá; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 716.777/Rio Grande do Sul; Emb. Decl. no Agravo de Instrumento 824.946/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 581.352/Amazonas; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 762.242/Rio de Janeiro; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 740.800/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 756.148/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 717.290/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.274/Minas Gerais; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 822.882/Minas Gerais; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 814.197/Pernambuco; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 812.748/Alagoas; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 814.541/Piauí; Recurso Extraordinário 429.903/Rio de Janeiro; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 818.572/Ceará; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.281/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 727.764/Paraná; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 801.864/Rio Grande do Sul; Emb. Decl. no Recurso Extraordinário com Agravo 800.051/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 810.676/Pernambuco; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 820.910/Ceará (BRASIL, <<http://www.stf.jus.br>>).

ampliação de unidade de terapia intensiva-adulta; reembolso de tratamento no exterior; providências administrativas para melhorar o atendimento do Hospital de incumbência municipal; direito de entidade em colaboração com o Estado de receber valores que superam aqueles previstos no orçamento; dever fundamental e solidário dos entes estatais a prestação de medicamentos; ausência de comprovação de que os remédios fornecidos pelo SUS teriam o mesmo resultado terapêutico da autora; prescrição do medicamento por médico do SUS não sendo fornecido pelo SUS; aumento de leitos em unidade de terapia intensiva – UTI; responsabilidade solidária entre os entes estatais; ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. Esses foram os principais temas discutidos nas ações.

Antes de classificar a forma de revisão, duas questões precisam ser observadas. A primeira delas diz respeito ao fato de que as decisões possuem diferentes naturezas. Explica-se: há um grupo de ações que se referem ao fornecimento ou não de medicamentos, tratamentos ou procedimentos, que não constam nas listas do SUS, como discute as condições financeiras dos demandantes, reembolsos e demais matérias; no outro grupo, refere-se à manutenção de estoque, ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público, ampliação de unidade de terapia intensiva-adulta, providências administrativas para melhorar o atendimento do hospital de incumbência municipal, direito de entidade em colaboração com o Estado de receber valores que superam aqueles previstos no orçamento, dever fundamental e solidário dos entes estatais a prestação de medicamentos, aumento de leitos em unidade de terapia intensiva (UTI), fornecimento de medicamentos e ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais.

Dessa forma, verifica-se que no primeiro grupo tem-se uma demanda individual sendo efetivada, um direito social concretizado ao indivíduo (na ordem de um direito subjetivo) e, no outro, tem-se, uma política pública.

A segunda análise a ser realizada diz respeito à questão que ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre os assuntos envolvendo o direito à saúde ele não obriga que o conteúdo dessas decisões, ou seja, os medicamentos, tratamentos, sejam inseridos nas listas, atribuições do SUS. Apenas concretiza o direito fundamental requerido, não abrangendo ou dando eficácia maior ao caso.

Nesse sentido, frente ao primeiro grupo de análise, pode-se afirmar que nesses casos verifica-se um “controle judicial forte”, justifica-se: o Supremo Tribunal Federal está atribuindo uma tarefa aos demais Poderes (fornecimento de

medicamentos, tratamentos) a fim de que o direito à saúde dos cidadãos possa ser concretizado. Condena o ente estatal à prestação do direito social, efetivando o direito exigido e implantando a medida a ser realizada.

Em outro sentido, pode-se dizer que ao Supremo Tribunal Federal não impor que o conteúdo dessas decisões, que os medicamentos, procedimentos e tratamentos sejam inseridos nas listas do SUS, também, por sua vez, realiza uma "revisão judicial fraca", pois reconhece o direito e não aplica a medida mais cabível, que é inserir nas listas do SUS, evitando-se, assim, demandas futuras.

Ou seja, têm-se duas formas de revisão judicial nesse primeiro grupo: "forte" pelo Supremo Tribunal Federal efetivar o direito, não deixando essa tarefa aos demais Poderes, que, originariamente, são encarregados dessas funções; e, "fraco" por não inserir nas listas, nas atribuições do SUS o conteúdo das demandas, podendo, assim, diminuir os efeitos e a própria judicialização da saúde.

Para prosseguir, analisa-se o outro grupo de decisões mencionadas anteriormente, em que se entende que há, por um lado, um controle judicial "forte", pois o Supremo Tribunal Federal impõe, concede o direito, e não apenas o declara; mas por outro lado, ela pode ser tida como "limitadamente forte" ou uma decisão mista "forte e fraca", visto que o Supremo Tribunal Federal não se limita a declarar o direito, obriga a consecução do mesmo, porém, as medidas são tidas como de maior eficácia, no sentido de que buscam atingir uma maior parcela da sociedade, efetiva um direito coletivo, dá eficácia a uma política pública; comparando, seria como se nas decisões referentes aos medicamentos, além de concedê-los, haveria a ordem de inseri-los nas listas do SUS, o que não ocorre.

Dessa forma, nesse grupo, observa-se sim a efetivação e não declaração apenas do direito concedido pelo Supremo Tribunal Federal, estabelecendo as medidas a serem cumpridas. Mas ao ampliar os hospitais, exigir novas vagas de UTI, entre outras medidas, reconhece e efetiva um direito a todos os indivíduos daquela região, semelhante à eficácia da ampliação das listas do SUS. Ou seja, assim, está concretizando e efetivando uma política pública da saúde, e não fazendo apenas a microjustiça.

Todavia, em nenhuma das decisões pode-se observar um "controle judicial fraco", pelo menos puramente, em que o Supremo Tribunal Federal ao julgar limita-se a declarar o direito já existente, porém sem estabelecer medidas a serem cumpridas. O Poder Judiciário reconhece e efetiva o direito, não se limita ao seu reconhecimento,

deixando sua concretização aos demais Poderes Públicos. Ou seja, está longe de figurar e ser compreendida como uma decisão de caráter meramente declarativo, reconhecendo apenas o direito sem aplicar nenhuma medida, como ocorre nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, como já visto alhures.

Ademais, a outra análise a ser feita refere-se à natureza do direito à saúde como direito de prestações positivas e o controle judicial oriundo disso. Mas antes dessa análise, observa-se o voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes na decisão da saúde:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do art. 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses costumam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, possível de garantia pela via judicial.

[...]

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdade individuais, 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 (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

Assim, assevera-se que decorre dos direitos positivos e negativos duas formas distintas de atuação e controle jurisdicional, sendo uma pelo fato de que quando se discute os direitos sociais em sua dimensão positiva, o controle mais apropriado deveria ser o “controle judicial fraco”, devido ao fato de que o Tribunal ao definir o alcance de demandas sociais a particulares pode vir a criar cargas de inércia, pontos cegos, isso, pois, assim agindo, os Tribunais seriam mais propensos a “errar” seu juízo a esse respeito, estariam mais acostumados aos direitos de primeira geração ou aos direitos sociais em sua dimensão negativa; outra, pela possibilidade de tornar esses direitos muito mais amplos, sendo que o alcance desses direitos tende a ser mais limitado (DIXON, 2014).

Dessa forma, pode-se concluir que, em se tratando de direitos sociais a prestações positivas, a atuação do Poder Judiciário deveria ser “fraca”, a fim de evitar o risco de a intervenção judicial atormentar, criar inquietudes ainda maiores, em vez de promover a capacidade de resposta a esses direitos (DIXON, 2014). E, de forma oposta, nas prestações negativas dos direitos sociais, a atuação do Poder Judiciário deveria ser “forte”, a fim de concretizar, efetivar esses direitos.

Levando em consideração essa afirmação, veja-se que o Supremo Tribunal

Federal na atividade de controle judicial de políticas públicas envolvendo o direito fundamental à saúde, como um direito de prestações positivas por parte do Estado, deveria estar realizando um controle "fraco", e não "forte", porém, essa atuação poderia ser justificada, por vezes, pela ineficácia e omissão de políticas públicas pelos demais Poderes.

Dessa forma, com um Poder Legislativo de atuação "fraca", exige que o Poder Judiciário tome uma atitude, um controle "forte", até mesmo para que esse último possa sanar as cargas de inércia e pontos cegos do Legislativo:

[...] los puntos ciegos y cargas de inercia del Poder Legislativo adquieren una significación tan profunda para la legitimidad del sistema de ordenamento constitucional en su conjunto que se afirma la imperiosa necesidad de identificar distintas maneras en las que otras instituciones sociales y gubernamentales, entre las que se cuentan las Cortes, pueden ser capaces de contribuir a mitigar o contrarrestar estas formas de obstrucción legislativa (DIXON, 2015, p. 72).

O Poder Executivo, por sua vez, possui justamente, ou deveria possuir, a atuação "forte" nas suas tarefas e competências, na concretização de políticas públicas, o que faria o Poder Judiciário, em seu controle, possuir uma "revisão judicial fraca"; no entanto, em razão da omissão, da ineficiência ou do desvirtuamento do Poder Executivo em questão de políticas públicas, o Poder Judiciário como guardião das leis e da Constituição, até necessita realizar um "controle revisional forte". Disso dá para se concluir que a atitude do Poder Judiciário nessas ações por vez é "forte" pelo Poder Executivo e Legislativo terem uma atitude "fraca", ou seja, ao contrário da esperada.

Analisadas as ações propostas frente à doutrina do "controle judicial forte e fraco", verificou-se que nessas decisões o controle foi "forte", ou seja, não se preocupou em declarar o direito, mas em concretizá-lo, o que pode decorrer da própria atitude dos demais Poderes, que deveria ser "forte", porém é "fraca".

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, destaca-se que, no Estado Constitucional, o controle da execução de políticas públicas é uma tarefa que é dada ao Poder Judiciário, que age de distintas formas, efetivando o direito individual perquirido, concretizando direitos individuais e coletivos, anulando os atos administrativos praticados, como, também, alterando o seu

conteúdo, o que faz a intervenção judicial deixar, portanto, de ter um cunho exclusivamente invalidatório, para assumir uma função mais pró-ativa, ou seja, não só na ordem de declarar os direitos, buscando efetivá-los, obrigando ao Estado na prestação deles. Dessa forma, pela doutrina adotada de Mark Tushnet, na ordem de uma “revisão judicial forte e fraca”, verificou-se nas decisões envolvendo o direito à saúde que se tem um Poder Judiciário com “revisões judiciais fortes”, em parte, pelos próprios Poderes Públicos se omitirem em sua tarefa, apenas declarando os direitos fundamentais sociais, ou seja, possuírem uma atitude “fraca”, em que deveriam ser “fortes”, na ordem de concretização de políticas públicas. E, nas ações da saúde analisadas, verifica-se justamente isso, frente à ineficácia, omissão das políticas públicas, ao Poder Judiciário como garantidor da Constituição Federal e dos direitos fundamentais não cabe outra forma de revisão que não seja a “forte”. Nesse sentido, um “controle jurisdicional forte ou fraco” nas ações de saúde pelo Poder Judiciário não é tarefa unicamente determinada por esse Poder, mas pela atitude e comportamento dos demais Poderes quando da proteção desse direito fundamental.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

BRANCO, Z. P.; LONTRA, F.; MORAES, R. S. de. Planejamento e gestão sistêmicos com foco na saúde - otimização da rede de fornecimento de medicamentos: “case” do município do Rio Grande. In: SCORTEGAGNA, F.; COSTA, M. da; HERMANY, R. (Org.). *Espaço local, cidadania e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão 3682*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.510*. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.330*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 03 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553712*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553712*. Relator: Ministro Ellen Gracie. Brasília, DF, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<C:\Users\Rosana\Documents\Maas\Desktop\Revista-submissões\corrigidos\http://www.stf.jus.brhttp://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 550530*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 26 de junho de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 8228820*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 810864*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 18 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 516671*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 01 de junho de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607381*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de maio de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 626328*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 07 de junho de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental do Recurso Extraordinário 639337*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 516671*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 de março de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642536*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 de abril de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 716777*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de abril de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581353*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 762242*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 de novembro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 740802*. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 756149*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 717290*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 18 de março de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 812748*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 814197*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 814541*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 820910*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de agosto de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 818572*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803274*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 13 de maio de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803281*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 16 de setembro de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727764*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de novembro de

2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 801676*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 19 de novembro de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública da judicialização do direito à saúde*. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 800051*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 5 de agosto de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82424*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 91952*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126292*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 368564*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 de abril de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 429903*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 16 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica de políticas públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. O conceito de política pública em direito. In.: BUCCI, Maria P. D. (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre direito e política. *Pensar*, Fortaleza, v.18, p.9-46, jan/abr. 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8eqiUmOcgJ:ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/download/2448/pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In.:

GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 51-94.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W; TIMM, L.B (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional como poder político. *Revista de estudios políticos*, Espanha, n.25, p.9-37, jul/set. 2004. Disponível em: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1039092.pdf>. Acesso em: 07 de jan. 2016.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal. In: COSTA, M.M.M.; LEAL, M.C.H (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 13. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. p.196-226.

_____. A jurisdição constitucional entre judicialização e ativismo. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 217-247.

_____. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____: MAAS, Rosana Helena. *O amicus curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*. Curitiba: Multideia, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 17-67.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; et.al. *Grundrechte Staatsrecht II*. 31. Auflage. Heidelberg: C.F.Müller, 2015.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RUIZ, Juan Cámara. Judicialización y activismo judicial en España. In: LEAL, R.G.; LEAL, M.C.H. (Org). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SEDEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, A.P; WATANABE, K (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In.: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 105-118.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights*. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008. Chapter 8. p. 227-264.

Recebido em 04/11/2016

Aprovado em 08/03/2017

Received in 04/11/2016

Approved in 08/03/2017