

## **POLÍTICA PÚBLICA E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: HÁ FRONTEIRAS PARA DEMARCAR ESSA ATUAÇÃO?**

**Thiago Guerreiro Bastos**

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

**Alessandra Dale Giacomini Terra**

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal  
Fluminense- Bolsista CAPES

### **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo indagar se há algum limite à atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas. Para tanto haverá análise diante de aspectos econômicos e a eventual entrelaçação entre Direito e Política. Também será abordado como os Poderes da República irão se relacionar diante de um contexto mundial que não tem como regredir ao liberalismo econômico, mas também não tem condições de “banicar” um Estado de Bem-Estar Social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Política Pública, Poderes da República, Saúde, Sociedade, liberalismo e Estado de Bem-Estar Social.

### **ABSTRACT**

The present study aims to investigate whether there is any limit to judicial power in the field of public policy. For this analysis will be faced with economic aspects and possible entrelaçação between Law and Politics. Also discussed will be how the Powers of the Republic will relate facing a global context that has no way to regress economic liberalism, but neither is able to "afford" a State of Social Welfare.

**KEYWORDS:** Public Policy, Branches of Power, Health, Society, liberalism and State Welfare.

## INTRODUÇÃO

A sociedade civil tem se tornado cada vez mais complexa. Por essa lógica demanda-se a presença do Estado para solucionar os problemas enfrentados. A bem da verdade, acerca da intervenção estatal tivemos três fases bem distintas: Liberal de Adam Smith, diante da lógica de Estado Mínimo<sup>1</sup>, o Estado de Bem-Estar Social<sup>2</sup> de origem de pensamento keynesiano e, finalmente, o Estado Neoliberal cujas diretrizes foram traçadas no Consenso de Washington, também conhecido como Estado pós-keynesiano<sup>3</sup>.

As prestações positivas pelo Estado trouxeram reflexões acerca da escassez de dinheiro público. Esse viés já existia no âmbito do Estado Liberal, pois havia a estrutura do poder coercitivo e do Judiciário para efetivar contratos e direito de propriedade, por exemplo. Mas no Estado Social sofreu um *boom*. Para assegurar essas novas prestações foi preciso dar maior atenção à tributação. Não há efetivação de direito social sem dinheiro público (reserva do possível/escassez orçamentária). O fato é que a **garantia de um direito** está sujeita a limitação orçamentária e a **escolhas** do administrador.

Havendo uma boa regulação teremos, conseqüentemente, uma redução dos gastos públicos. Logo, haverá maior volume financeiro para efetivação de direitos sociais. Vai ser o *design* regulatório associado a um acoplamento estrutural entre direito e economia que propiciará esse cenário. As concessões e permissões almejam o binômio eficiência/qualidade do serviço público e economizar recurso uma vez que esses agentes serão remunerados por tarifa pública.

Dentro desse contexto, é evidente que a **saúde**, por ser um direito fundamental tem grande relevância nessa dança do Estado no tocante à sua atuação. De imediato é preciso frisar que este não será um estudo aprofundado, antes um trabalho conciso.

---

<sup>1</sup> Estado se pautava na tutela da propriedade privada e dos contratos. O restante ficaria a cargo do mercado. As Cartas Políticas dessa época eram tipicamente **formais** sem se preocupar na concretização daquilo que assegurava – direitos fundamentais negativos (de primeira geração).

<sup>2</sup> O Estado sai do papel de observador para virar ator fundamental na concretização de direitos sociais, culturais e econômicos. Rompe-se com a lógica formalista para atingir um viés de concretização desses direitos por meio da atuação estatal.

<sup>3</sup> A forte presença do Estado na asseguaração de diversos direitos sociais trouxe a um grande déficit público. Portanto, revisou-se a atuação do Estado. Não houve uma volta ao Estado Liberal de Smith porque a própria sociedade não permitiria, mas o Estado de Bem-Estar Social foi mitigado. O grande exemplo desse Estado no Brasil ocorreu perante as reformas administrativas de 1990 – privatizações de estatais prestadoras de serviço público e a criação de Agências Reguladoras -.

## 1 – Regulação da saúde e atuação dos administradores.

A adoção de um Estado **gerencial** substituindo o Estado **executor** demanda uma nova lógica estrutural da Administração Pública. Apesar dessa nova investidura não significar um retorno ao Estado Liberal idealizado por Adam Smith (cuja única preocupação é a manutenção dos contratos e da propriedade privada) não podemos sustentar a existência de um Estado tipicamente de Bem-Estar social<sup>4</sup>. O que temos é um novo Estado situado entre um Estado Liberal e Social, pois a sociedade não permitiria um retorno total ao liberalismo econômico por receio de perda de inúmeras prestações custeadas pelo Estado. É preciso salientar que quando o Estado delega a prestação de serviço público a particular, a ele fica encubido o dever de **fiscalizar**.

Portanto, de imediato é preciso pensar em como será determinada a **regulação da saúde**<sup>5</sup>. A criação de agências reguladoras vinculadas ao Ministério da Saúde é o primeiro passo para gerenciar a política pública de saúde de forma mais técnica<sup>6</sup>.

Não é preciso ser um especialista para perceber que há uma forte ligação entre **regulação e desenvolvimento econômico-social**. Por quê? Porque quanto mais precisa for a atuação do Governo na elaboração do *design* regulatório menor será o desperdício de dinheiro público. Com o devido alocamento de verba pública serão obtidos dois efeitos benéficos para sociedade: melhor otimização do recurso (já que este é escasso) e diminuição do peso da carga tributária<sup>7</sup>. Ou seja, teremos mais receita pública para investir no social e/ou em áreas que complementem o serviço público da saúde sendo

---

<sup>4</sup> Estados desenvolvidos necessitam menos da presença do Estado do que aqueles que traçam seus caminhos rumo ao desenvolvimento pleno (econômico e social).

<sup>5</sup> O artigo não almeja traçar sua regulamentação, mas trazer parâmetros que auxiliem na sua formulação.

<sup>6</sup> Fenômeno da **deslegalização**: a edição de Leis Técnicas pelas Agências. Não há que se falar em usurpação de competência do Legislativo, pois o teor técnico exige um conhecimento ao qual os representantes do povo não têm. Imprescindível que o teor da lei esteja relacionado com a atividade fim da agência e que esteja desvinculado de teor político, uma vez que este cabe ao Ministério ou ao Congresso Nacional.

<sup>7</sup> Se o Governo gerencia melhor o que tem é possível vislumbrar um cenário de redução da carga tributária.

possível vislumbrar uma melhora substancial no bem-estar social. Será por meio de um **acoplamento estrutural**<sup>8</sup> entre direito e economia que poderemos atingir esse efeito.

A sociedade moderna é multicêntrica e dotada de cosmovisões. Temos diversos atores e segmentos que exigem uma otimização da regulação. Para atingirmos um nível ótimo de bem-estar regulatório é indispensável que a regulação do setor, no caso o da saúde, ocorra perante uma análise econômica.

A questão fica ainda mais interessante quando analisamos o cenário exposto sob a ótica dos princípios da **eficiência** e do **interesse público**. Esses fatores **limitam** a discricionariedade do administrador, pois exigem que este opte pelo *design* regulatório mais eficaz dentro os existentes e que atenda, ao mesmo tempo, o interesse público. Como resolver essa “sinuca de bico”? A resposta é apenas uma: por meio da análise de custo e benefício. A realidade social demonstra que o administrador **faz más escolhas**. Mas se houver preocupação com **custos, objetivos, benefícios, análise das informações disponíveis e consequências da regulação** iremos traçar um caminho para adotar a **medida mais adequada**. Em outras palavras, o custo e benefício demanda uma análise empírica das vantagens e desvantagens concretas das ações governamentais. É interessante que o administrado se paute por essa lógica, pois somente assim atuará dentro dos parâmetros traçados acima.

Atualmente as tendências administrativas buscam maior efetividade estatal, redução de custos e maior contato com as demandas da sociedade (afastando o isolamento burocrático). Quanto maior for a conexão com a sociedade **maior** será a probabilidade de se adotar um marco regulatório eficaz e que atenda aos anseios da população. Seguindo a lógica da nova estrutura administrativa e buscando maior eficiência foram criadas as **agências reguladoras**. Mas como poderemos balancear a estrutura técnica de uma Agência Reguladora (expertise) com legitimidade democrática? A resposta a essa vazão de legitimação foi dado por meio da consulta e audiência pública, que mitiga o poder tecnocrata especializado. Esse diálogo com a sociedade civil permite diminuir as falhas e incoerências que os marcos regulatórios podem desenvolver.

---

<sup>8</sup> Termo cunhado por Marcello Neves em sua obra: Transconstitucionalismo, 2009. Em outras palavras significa um diálogo entre as matérias ou uma mútua interferência.

Se por um lado a descentralização administrativa por meio das agências reguladoras é uma forma de otimizar recursos e possibilitar a otimização dos resultados, por outro esquarterar a política pública em **formulação** (a cargo do Ministério), **manutenção e fiscalização** (Agência Reguladora) e **execução do serviço público** (delegado à iniciativa privada ou a uma empresa pública) **pode** gerar o que Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo chama de “erros de diagnósticos”<sup>9</sup> o que encaminharia para escolhas equivocadas. Crítica pertinente ao qual a doutrina e a própria Administração Pública não tem dado importância necessária.

Ao discutir uma política pública, o administrador, legislador e julgador devem almejar um diálogo institucional com fim de buscar a solução que promova o bem-estar da população. Frisa-se mais uma vez: é a **economia** que irá dar um grande auxílio nesse campo. Mas é importante ter em mente que a aléa econômica irá **influenciar** a política pública adotada e não **determinar** ou **direcionar** seus parâmetros. A abordagem econômica deve ser utilizada para auxiliar no gerenciamento do dinheiro público e não em substituição das escolhas políticas.

Nesta seara é interessante indagar até que ponto os burocratas adotam políticas que melhor atendam aos seus interesse em detrimentos do interesse público. Já foi abordado que a discricionariedade do administrador é balizada pelo princípios do interesse público e da eficiência. Diante de uma visão **legalista** do direito é evidente que esse princípios são priorizados e são o norte do administrador. Entretanto, o **realismo jurídico** superou essa realidade utópica ao afirmar que o intérprete da norma é influenciado por suas vivências e ideologias assim como as autoridades públicas.<sup>10</sup> Diante desse fato, será que não seria preciso uma maior atuação do Poder Judiciário ao controlar medidas regulatórias? A resposta é afirmativa. É possível que a regulação não seja convergente com o interesse público. Sendo esse o caso estaremos diante de um cenário extremamente complicado e delicado que exigirá maior atenção do magistrado. Para evitar que sua atuação fique excessiva ou aquém do esperado, deverá utilizar o princípio da proporcionalidade que em muito se assemelha com a ideia da gestão do **custo e benefício**.

---

<sup>9</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

<sup>10</sup> Tal premissa é defendida pela *Public Choice*, escola econômica dos Estados Unidos da América.

É também importante analisar o fenômeno da “ossificação da regulação”. O termo criado por Carlos Regazzo significa que o administrador tende a não criar novos *designs* por temer a atuação repressiva do Judiciário. Esse temor frente a um contexto de realismo jurídico é extremamente plausível, pois a visão **pessoal** do juiz pode ser divergente da opção da autoridade pública (em muitos casos a opção do político é legítimas, mas o juiz não concorda e intervém de forma imprópria). Portanto, para evitar esse efeito é imprescindível a adoção da proporcionalidade na esfera judicial sob pena de subversão de um governo de leis para um “governo de juízes”.

Quando a atuação do Poder Judiciário se pauta pelo rigor técnico (econômico e jurídico) teremos este Poder atuando em conformidade com anseios e necessidades da sociedade. Além disso, os Poderes da República exercem uma mútua influência entre si. Em outras palavras: a intervenção judicial funciona como freio a ações legislativas arbitrárias cujo intuito é favorecer certos grupos, por exemplo. Dessa forma, o Judiciário irá evitar arbitrariedades em marcos que visem o favorecimento de determinados grupos em detrimento do **real interesse público**, assim como irá estimular que as Agências e o Poder Legislativo optem pelas melhores alternativas frente ao Custo e Benefício.<sup>11</sup>

Não há dúvidas de que a regulação gera uma **intervenção estatal, condiciona comportamentos e limita a livre iniciativa**. Portanto, é necessário que essa regulação leve em conta outras áreas de conhecimento (como economia, por exemplo) e admita participação popular. A melhora regulatória não está atrelada a mais ou menos regulação, mas sim em uma atuação governamental com foco na eficiência/resultado.

Regular um setor gera imensos desafios e clama por um Estado estruturado. Cada área instiga e demanda novas estruturas, mas aquelas que estão intimamente ligadas a direitos fundamentais, como é o caso da saúde pública, **exigem** uma atenção ainda maior dos três Poderes da República. A atuação do Judiciário no tocante à saúde será melhor abordada no terceiro tópico. Em tempo, é preciso destacar que uma maior atuação da sociedade civil nesse campo também é fundamental.

---

<sup>11</sup> Lembrando que o controle judicial tende a ser **menos** intenso quando houver maior grau de **tecnicidade** ou **participação popular** e mais **intenso** quanto maior for o grau de **restrição a direito fundamental**.

## 2 – Poder Judiciário e Legislativo: embate entre justiça e política.

Os Estados contemporâneos vivem um momento de judicialização das políticas públicas. Em outras palavras, significa dizer que temas relevantes estão sendo discutidos em caráter final pelo Judiciário.

A judicialização da política pública gera um efeito negativo, qual seja, transferência de poder político para as instituições judiciais em detrimento das instituições genuinamente **políticas**. É imprescindível ter em mente que a judicialização é uma realidade, principalmente no Brasil, em razão do nosso controle de constitucionalidade misto (concentrado e difuso) e de uma Carta extremamente dirigente e analítica que assegura diversos direitos fundamentais. Diante desse assertiva podemos concluir que a judicialização **não é uma opção** do Judiciário, mas sim consequência lógica de nossa estrutura jurídico-constitucional. Nas palavras de Luis Roberto Barroso<sup>12</sup> podemos entender que se a judicialização é um **fato**, o ativismo pode ser visto como uma **atitude**, por ser uma escolha de interpretar a Carta de maneira mais pró-ativa.

De acordo com Rodrigo Brandão<sup>13</sup> a judicialização sofre influência do **neoinstitucionalismo** (análise da interação entre os Poderes e dos fatores institucionais que delimitam a atuação dos agentes políticos). Não estamos diante de uma autorrestrrição propriamente dita dos tribunais ou juízes, mas de uma interação entre os atores que propicia descobrir o “ponto cego”. Como assim? Cada observador tem um ponto cego que somente o observado consegue enxergar em razão de seu referencial. Será por meio da interação entre os atores (diálogos institucionais) que ocorrerá uma troca de informações que possibilitará enxergar o cenário mais completo possível, propiciando um consenso mais harmonioso<sup>14</sup>. Portanto, se a judicialização pode gerar deslocamento de decisão política, é por meio dos diálogos que poderemos controlar essa corrupção sistêmica.

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista de Direito do Estado, 2009.

<sup>13</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumem, 2012.

<sup>14</sup> É interessante que a decisão seja harmoniosa com as diversas visões institucionais, pois o Judiciário não tem a “chave do cofre” ou “a espada”. Dessa forma, depende da atuação dos demais Poderes Institucionais para que suas decisões sejam efetivadas.

Mas como fica a relação entre os Poderes frente ao crescente ativismo judicial? Não há um desequilíbrio na balança? Diante da lógica dos diálogos institucionais a decisão proferida pelo órgão jurisdicional deve estar em harmonia com as diversas visões institucionais e sociais. Não custa lembrar que o Judiciário não tem a “chave do cofre” (poder de aprovar orçamento) ou “a espada” (poder de polícia). Dessa forma, depende da atuação dos demais Poderes Institucionais e do apoio social para que suas decisões sejam efetivadas. Mas isso não significa que tribunais e juízes fiquem condicionados a essas visões. O Judiciário tem duas formas de apoio, **difuso** e **específico**. Este é o apoio à decisão que está em sintonia com as visões dos demais Poderes e **da sociedade**. Aquele, por sua vez, é a decisão tida como contramajoritária, mas que será eficaz pelo **apoio que a sociedade fornece ao Judiciário como instituição**. Portanto, descumprir essa decisão terá um grande custo político ao Legislativo e Executivo.<sup>15</sup>

O ativismo é uma postura **recente** de nosso Judiciário. Não custa lembrar que o STF adotou uma postura de autorrestrição até meados dos anos 2000, quando alterou essa postura e passou a ser mais pró-ativo na concretização. Exemplo notório dessa virada jurisprudencial é o Mandado de Injunção nº 670 que é tido como *leading case* pela doutrina. Essa postura só é possível porque existe uma retração do Poder Legislativo<sup>16</sup>, fruto de uma crise de representatividade e da desilusão da sociedade com a política. O judiciário apenas tomou o espaço deixado pelo Legislativo<sup>17</sup>.

Enquanto a legislação está intrinsecamente atrelada ao **interesse público** e a **eficiência**, a jurisdição, por sua vez, expressa a interpretação que um juiz dá a lei. Aqui, cabe ressaltar mais uma vez, não adianta se iludir com um **legalismo** em que o intérprete irá se despir de suas ideologias e concepções. Diante do **realismo jurídico** é preciso entender que as questões internas do intérprete estarão presentes no seu ato de decidir. Em muitos casos esses valores influenciam no julgamento sem mesmo que o magistrado tenha consciência.

É nessa esteira que teremos o embate entre política e justiça. Há momentos em que o Judiciário usurpa a competência do Legislativo em traçar as políticas públicas por

---

<sup>15</sup> O apoio difuso não é eterno. Se o Judiciário insistir em atuar sempre de forma contramajoritária com o passar dos anos seu apoio diminuirá e criará um ambiente para não implementação de suas decisões ou até mesmo de ataques institucionais.

<sup>16</sup> Nos últimos 5 anos o STF decidiu temas relevantes como união homoafetiva, fetos anencéfalos, pesquisa de célula tronco entre outros.

<sup>17</sup> Em países cuja democracia é recente e o amadurecimento institucional ainda está em curso a judicialização da política acaba sendo um efeito importante para se contrapor à hegemonia do Executivo.



**impor a sua visão de política.** Atente-se ao termo “impor”. Este não é por acaso, mas busca demonstrar a desconexão com a lógica dos diálogos institucionais que visam atenuar os efeitos da corrupção sistêmica. Outro fato importante de ser observado é a noção de “microjustiça” que ocorrerá quando o magistrado, em casos individuais, extrapolar os limites da política e determinar uma atuação estatal positiva quando sequer o Legislativo, o Poder legítimo para determinar o interesse público, previu.

A ingerência cometida pelo Judiciário na política traz assimetrias e aumenta os problemas no campo das políticas públicas (o mau gerenciamento dos recursos disponíveis gera aumento da carga tributária para cobrir a má utilização). Tal fenômeno ocorrerá por alguns motivos tais como:

- A) Desconhecimento de maiores informações acerca das políticas públicas.
- B) Ausência de conhecimento técnico suficiente.
- C) Impossibilidade de sair do lócus mínimo para atingir o de maior abrangência.<sup>18</sup>
- D) Ignorância do poder da “canetada”. Ausência de posicionamento crítico quanto a ingerência de recursos públicos.
- E) Impossibilidade de ficar imóvel diante de um necessitado que lhe pede por uma prestação, aparentemente, justa.

Todas essas medidas acabam por tumultuar a gestão da política pública e promovem um realocamento de recursos ao qual o magistrado não tem conhecimento técnico, prático e **legítimo** para realizar. A sua atuação deveria ficar adstrita ao que determina a lei. Além disso, diante dos *hard cases*, tem que haver o **diálogo institucional**, pois somente assim a decisão judicial terá coerência com as diretrizes traçadas pelos demais Poderes.

---

<sup>18</sup> Em ações coletivas, por sua vez, o magistrado tende a ser mais cauteloso com seu ato de decidir pois sabe que sua decisão será aplicável a todos que estejam na mesma situação. Aqui haverá uma “macrojustiça” em contraposição a “microjustiça” que envolve casos individuais e cujos efeitos são tipicamente inter-partes.

### 3 – Mínimo Existencial: Como balancear a Dignidade da Pessoa Humana frente à escassez de recursos?

Com advento do pós-positivismo os princípios adquiriram importância e carga normativa. Alguns chamam esse movimento de virada kantiana. A dignidade da pessoa humana pegou carona nessa fase marcada pela reaproximação entre direito e ética que tornou o ordenamento permeável aos valores morais. O resgate da importância dos princípios é vital para atender às necessidades de uma sociedade plural e cada vez mais elaborada. Não que as regras sejam menos importantes. Jamais. Mas a regra trabalha a lógica da subsunção, e portanto, tendem a ser menos abrangentes do que um princípio, cujo valor é abstrato e amplo, sendo uma verdadeira cláusula geral e um comando de **otimização**. Tal medida faz com que ao longo dos anos um princípio continue a existir em virtude de sua carga axiológica. Não custa lembrar que os princípios possuem três características básicas: direta (núcleo do princípio tem força equivalente a um regra), interpretativa (condicionam a interpretação das demais normas jurídicas) e negativa (paralisa a aplicação de qualquer norma ou ato jurídico incompatível). A noção de dignidade da pessoa humana pode ser melhor entendida no célebre trecho em que Kant diz o seguinte: *“No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade”*<sup>19</sup>. Ou seja, se as coisas têm **preço**, as pessoas têm **dignidade**. É a noção de que o ser humano é um fim em si mesmo.

Na doutrina não há dúvidas quanto a necessidade de **ponderação** para determinar qual princípio deve prevalecer em hipóteses de choque<sup>20</sup>. Se os princípios em uma constituição sintética são alvos de confronto, imagine em nossa Carta que é tipicamente analítica.

O objetivo deste trabalho é focar na característica **direta** dos princípios (carga normativa). Assim sendo, é possível concluir que é dever do Estado concretizá-los e que

---

<sup>19</sup> KANT, Immanuel *apud* BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. p. 18.

<sup>20</sup> Se os dois princípios tem incidência em caso concreto mas evidenciam e tutelam lógicas diferentes, caberá ao magistrado, no caso concreto, analisar o peso abstrato de cada um e ver qual prevalecerá. O ideal seria harmonizá-los e fazer com que ambos atuem, mas não sendo possível deve-se optar por um após a ponderação.

diante de sua omissão e/ou negativa, caberá ao cidadão utilizar os instrumentos existentes para requerir a prestação perante o Poder Judiciário. Reconhecer que um princípio tem carga normativa nos leva a duas premissas: exigibilidade e delimitação do núcleo normativo.

- A) A exigibilidade nada mais é do que reconhecer que um princípio, característica **direta**, pode ser requerido via Poder Judiciário.
- B) Delimitação do núcleo normativo, por sua vez, determina o que pode ser exigido via heterocomposição.

Todo o princípio tem um núcleo mínimo dotado de eficácia simétrica ou positiva. Aquilo que fica além do núcleo é dotado de abstratividade e **fica a cargo das políticas públicas**, o que, em tese, afasta a atuação do Judiciário para não invadir competência do Legislativo ou Executivo. No tocante à dignidade da pessoa humana podemos identificar quatro faixas dentro desse mínimo: educação básica, saúde, auxílio aos desamparados e acesso ao Judiciário. Não são elementos aleatórios. A conjugação desses quatro elementos criam as condições para desenvolvimento humano e conscientização do papel do cidadão na sociedade. Quando o cidadão tem esse mínimo ele será capaz de refletir e determinar o futuro de seu país de forma consciente. Tendo em vista o recorte dado ao trabalho, área da saúde, os demais itens não serão abordados.

Segundo Ana Paula de Barcellos<sup>21</sup> para determinar o mínimo sindicável em saúde, temos que nos despir da ideia de que é exigível do Estado em matéria de prestação de saúde aquilo que for necessário para evitar **morte, dor e sofrimento físico**. Por quê? Porque se adotarmos esses parâmetro jamais iremos definir o mínimo já que todo e qualquer tratamento médico tem esses objetivos. O patamar mínimo é previsto pela Constituição<sup>22</sup>. Aquilo que for além entrará no rol de política pública e deverá ser previsto em **lei**. Logo, o ideal é que o magistrado só concretize uma medida de saúde pública se ela estiver dentro do mínimo constitucional ou tiver previsão em lei editada e regulamentada pelo Poder Público. Tudo aquilo que estiver fora do alcance desses dois parâmetros **não será exigível** perante Judiciário sob pena de se realizar a “microjustiça”

---

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>22</sup> Quando a Carta Política prevê aquilo que não pode ficar abaixo não quer dizer que o legislador não deve ir além. É imprescindível que o legitimado pelo povo busque complementar e aprimorar o sistema de saúde agregando maior valor normativo à prestação de saúde.

e realocar de forma ilegítima recursos que seriam destinados a outros fins. A microjustiça subverte a estrutura da política pública de saúde arquitetada por aqueles que detém melhores condições de regular o tema. Além disso, a justiça individual atende a uma pequena classe e entrega um bem jurídico que a sociedade não concordou em subsidiar por extrapolar os termos da CRFB/88 e não estar previsto em lei. No fim, ocorre ainda uma elitização do acesso à saúde por meio de ações individuais, eis que aqueles que estão marginalizados e também necessitam das mesmas prestações não possuem conhecimento para clamar por socorro ao Judiciário. Tal fenômeno ocorre por total ausência de informação, já que há estrutura para atender aos hipossuficientes. Contudo, não é interessante que as políticas públicas sejam esquarterjadas e/ou repensadas no Judiciário, mas sim nos centros políticos, nos núcleos de debate deliberativo.

Mas afinal, o que é o mínimo da saúde? Podemos identificar dois campos a serem seguidos:

1) Prestação de saúde pelo menor custo e que atinge o maior contingente.

ex: Campanha de Vacinação.

2) Prestação que todos necessitam.

ex: pré-natal, parto, saneamento básico, atendimento preventivo e acompanhamento de doenças da terceira idade.

O incrível é que os campos identificados estão em **completa** harmonia com o Texto Constitucional. O poder constituinte originário traçou prioridades na área da saúde pública como: saneamento básico (art. 23, IX, 198, II e 200, IV), atendimento materno-infantil (art. 198) e ações de prevenção epidemiológica (Art. 200, II). Esses são os patamares mínimos, ou seja, os recursos públicos devem ser prioritariamente destinados a esses nichos e às áreas que foram ampliadas por meio da atuação do legislador ordinário. Essa estrutura deve ser respeitada por uma questão básica: o recurso público é finito. Não racionalizar sua utilização sobrecarrega o contribuinte porque os recursos existentes passam a ser insuficientes para assegurar o mínimo. Esse cenário fica mais agravado quando há uma atuação intempestiva e passional do magistrado.

Portanto, quando juntamos uma análise econômica das medidas de regulação associada com o mínimo exigível, teremos um gerenciamento adequado dos recursos públicos. Se estes são escassos é preciso que sejam gerenciados adequadamente. Dessa forma, teremos uma rede de saúde pública estruturada que irá atender aquilo que foi previsto pelo constituinte ou pelo legislador ordinário. Por fim, teremos um melhor bem-estar e um maior nível social ótimo.

## CONCLUSÃO

Nessa etapa é importante fazer uma pequena recapitulação dos temas analisados.

No primeiro capítulo foi abordada a nova lógica da estrutura administrativa. O surgimento das agências reguladoras tem como objetivo descentralizar a atuação estatal fazendo com que as políticas sejam mais eficientes e gerem menor custo público, eis que é o particular que irá executar o serviço e **será** remunerado pelo usuário<sup>23</sup>. Foi abordado que a **regulação** exige uma visão econômica (acoplamento entre direito e economia) para que seja possível gerar uma diminuição da carga tributária assim como atingir a eficiência e o interesse público. Foi feita uma crítica acerca da atuação do administrador (opção política) que pode não estar tão adstrita aos interesses públicos, o que exigiria uma resposta do Poder Judiciário. Por fim, pode ser concluído que o viés econômico serve para auxiliar o melhor gerenciamento do dinheiro público e traçar melhores diretrizes das regulações.

O segundo tópico, por sua vez, abordou a judicialização assim como o ativismo. Sob essa ótica abordou-se o perigo que é a corrupção sistêmica e como esta pode ser contida por meio dos diálogos institucionais. Atentou-se para o fato de que o choque entre justiça e política ocorrerá sempre que o Judiciário usurpar competência do Legislativo em uma lógica de imposição de sua visão em detrimento da construção de um diálogo entre os demais atores e instituições. Também foi feita uma crítica quanto a

---

<sup>23</sup> Salvo quando for PPP's. Sendo este o caso é interessante que se investigue se não é possível realizar uma delegação negocial simples (concessão ou permissão) para evitar gastos por meio de dotação orçamentária.

“microjustiça”, pois esta gera um realocamento de verbas que acaba por desestabilizar a política pública traçada.

No último capítulo foi demonstrado a importância do pós-positivismo (virada kantiana) com a reaproximação entre direito e moral. É nesse contexto que a dignidade da pessoa humana ganha maior importância e influência no direito. Ficou determinado que seu núcleo tem carga simétrica ou positiva assim como ficou delimitado seu conteúdo. Além disso, ficou estipulado que o “além do mínimo” fica a cargo do legislador (política pública). Portanto, não cabe ao magistrado inovar nesse campo porque está balizado pelo conteúdo mínimo presente no texto constitucional e o “*plus*” via processo legislativo.

Logo, podemos concluir que direito, economia e política são campos que têm se entrelaçado muito nos últimos anos. Mas há momentos em que esse entrelace é excessivo e prejudicial.

Quando falamos de direito e economia é imprescindível ter em mente que os marcos regulatórios devem estar em consonância com aspectos econômicos para otimizar a gestão. Por outro lado, também é fundamental sua ligação com o direito no tocante à racionalização dos recursos públicos. Se estes são escassos e não é desejável uma tributação excessiva do contribuinte para atender a todas as políticas públicas estatais, é imprescindível o gerenciamento adequado e análise de parâmetros econômicos.

A sociedade ficou mais complexa e passou a exigir mais do Estado mesmo após a superação do Estado de Bem-Estar social. Para tanto, fenômenos como a judicialização tornaram-se recorrentes e, em muitos casos, há flagrante ingerência do Judiciário nas políticas públicas adotadas pelo Executivo. Nessa dimensão, é importante frisar que a política pública influenciada por parâmetros econômicos é muito mais interessante para a sociedade do que a decisão judicial em casos individuais. Primeiro porque aquela traça metas e está harmonizada com aquilo que a sociedade consentiu em financiar. Segundo porque há teor político que, a princípio, é de competência dos demais Poderes e não do Judiciário.

Não se está afirmando que as políticas públicas ficam isoladas e inatingíveis de controle do Judiciário. Tal medida seria extremamente prejudicial ao cidadão. Conforme

se salientou, a *Public Choice* afirma que as decisões políticas tendem a maximizar os interesses das autoridades públicas. Portanto, é preciso que o Judiciário esteja atento e atue quando houver desvio de finalidade e subversão do interesse público pelo privado.

Por outro lado, diante do fenômeno da judicialização, deve pautar sua decisão diante daquilo que o constituinte ou legislador ordinário **traçaram**, sem inovar ou adentrar na esfera das decisões políticas. Por mais que direitos fundamentais legitimem uma maior atuação do magistrado é importante que somente concretize aquilo que já tem previsão legal.

Portanto, para que o marco regulatório da saúde seja eficiente é imprescindível uma análise econômica e técnica, mas sem deixar de lado aspectos políticos. Não é utópico ressaltar que quanto melhor for a gestão maior é a probabilidade de “sobra” de recurso que poderá ser utilizado para complementar a política pública de saúde. Mas para isso ocorrer é necessário que o Judiciário entenda seu real papel ao tratar de temas relacionados à saúde pública. Qualquer decisão deve ser extremamente fundamentada e calcada em informações obtidas com os órgãos e instituições competentes. Somente assim teremos um marco regulatório eficiente/coerente com as necessidades da sociedade e uma atuação harmônica entre os Poderes da República. Nessa lógica há uma coordenação institucional que demonstra maturidade de nossa Administração, o que contribuiu para tutelar o cidadão com dignidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transcontitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** Revista de Direito do Estado, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial *versus* diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumem, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANDEL, Michel. **Justiça: O que é fazer a coisa certa.** São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.