

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

23° año

Anuario 2017

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y publica también artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, derechos y garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina asimismo un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2017 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhölferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19 C - 74, piso 2
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7
www.kas.de/iusla
iusla@kas.de
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editores responsables

Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial

Daniel Alejandro Pinilla

Coordinación académica

Diana Dajer (español)
Anne Ilinca (español)
Mônia Henning (portugués)
Ginna Rivera (portugués)

Corrección de estilo

Emma Ariza, María José Díaz Granados (español)
Paulo Baptista (portugués)

Traducción

Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Daniel Kaplan (inglés)

Diagramación

Marta Rojas

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación e-mail: iusla@kas.de

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO está registrado en el Directorio Latindex.

Contenido

<i>Presentación</i>	9
I. Lecturas de las constituciones económicas de América Latina	
1.1. Derechos fundamentales, economía y derecho privado: alcances, tensiones y límites	
• Carlos R. Asúnsolo Morales (México) <i>Los derechos humanos como límites al poder económico en el contexto de globalización</i>	21
• Francisco J. Campos Zamora (Costa Rica) <i>Constitución, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad. Una aproximación desde la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros</i>	39
• Emerson Affonso da Costa Moura (Brasil) <i>Estado regulador, derecho humano-fundamental ao desenvolvimento e agências reguladoras</i>	57
• Bruno Adriano Delgado Taboada (Perú) <i>El rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la Constitución económica: el caso de la Constitución económica peruana de 1993</i>	85
• Fernando B. Escobar Pacheco (Bolivia) <i>La Constitución económica olvidada en el debate sobre la estabilidad laboral en Bolivia</i>	109
• César Landa Arroyo (Perú) <i>Constitucionalización del derecho mercantil en el Perú</i>	127
• Matías Pedernera Allende (Argentina) <i>Los compromisos internacionales sobre derechos fundamentales y su influencia en la política económica. Reflexiones a partir del caso argentino</i>	149

• Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana) <i>Economía, planificación y desarrollo en la Constitución dominicana</i>	165
• Eduardo Turell (Uruguay) <i>Derechos fundamentales, constituciones y economía</i>	183
1.2. Garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: entre la progresividad y la sostenibilidad fiscal	
• Víctor Bazán (Argentina) <i>La protección del derecho a la seguridad social en el Estado constitucional y convencional argentino</i>	197
• Rubén Cardoza Zúñiga (México) <i>Los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a un medio ambiente sano: derechos humanos considerados parcialmente en la reforma constitucional en materia energética en México</i>	243
• Maurício Gentil Monteiro (Brasil) Clara Cardoso Machado Jaborandy (Brasil) <i>Democratização dos meios de comunicação como pressuposto do desenvolvimento econômico brasileiro: o caso da dívida pública</i>	263
• Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil) Felipe Dalenogare Alves (Brasil) <i>A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) pelo Estado brasileiro e a necessária observância do minimum core obligation em “tempos de crise”</i>	285
• Lígia Mori Madeira (Brasil) Leonardo Geliski (Brasil) <i>Políticas Sociais nos Tribunais Intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência</i>	305
• Rodrigo Andrés Poyanco Buguëño (Chile) <i>Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad</i>	327
1.3. Debates sobre el control judicial de las constituciones económicas	
• Paúl Córdova Vinuesa (Ecuador) <i>Justicia ambiental: los derechos a un ambiente sano y equilibrado y de la naturaleza frente a las implicaciones de la política constitucional socioeconómica en Ecuador</i>	349

- Hernán Correa Cardozo (Colombia)
Los efectos inequitativos de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre habeas data financiero.....373
- Magdalena Correa Henao (Colombia)
La jurisprudencia constitucional reciente en torno a las libertades económicas401
- Alexander Espinoza (Venezuela)
Jhenny Rivas Alberti (Venezuela)
El efecto en espiral del modelo de economía socialista y el control judicial de la intervención del Estado en la economía.....433
- Jorge Ernesto Roa Roa (Colombia)
Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal453

1.4. Sistema interamericano de derechos humanos y constituciones económicas: diálogos entre el derecho nacional y regional

- Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)
Clara Rossatto Bohrz (Brasil)
A vulnerabilidade nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): impacto nas políticas públicas e no modelo econômico dos Estados481
- Adán Maldonado Sánchez (México)
El capítulo económico de la Constitución y el bloque de constitucionalidad en México503
- Marcela Rita Ortiz Torricos (Bolivia)
El derecho a la libertad de expresión e información en Perú, Bolivia y Colombia desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos533
- Nelson Pozo Silva (Chile)
Constitución y economía en el contexto de los derechos fundamentales555

II. Perspectivas del Estado de Derecho y de la democracia en América Latina

- Jesús M. Casal (Venezuela)
La convocatoria a una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente.....573
- Sibylle Kessal-Wulf (Alemania)
El papel de la justicia constitucional en el Estado democrático de derecho593

- Alejandro Morales Bustamante (Guatemala)
La odisea del estatuto especial y la identidad cultural de los pueblos originarios en el constitucionalismo guatemalteco.....607
 - Danilo Rojas Betancourth (Colombia)
El ideal ético del juez: dos preguntas sobre comportamiento y percepción.....625
- Instrucciones para la presentación de artículos*633

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Lígia Mori Madeira* (Brasil)
Leonardo Geliski** (Brasil)

Políticas Sociais nos Tribunais Intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência¹

RESUMO

A pesquisa tem como objeto as políticas sociais e seu tratamento no sistema de justiça federal brasileiro. O referencial teórico compreende o debate sobre direitos econômicos e sociais na América Latina, acesso à justiça, *compliance* e judicialização das políticas sociais. Como metodologia, o estudo analisou decisões judiciais dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) em cada região do país no período 2003-2014, olhando para o perfil das demandas judiciais, o relacionamento interpartes e a rede de atores no processamento de ações de políticas sociais.

Palavras-chave: atores e instituições do sistema de justiça, políticas sociais, direitos econômicos e sociais.

ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Sozialpolitik und ihre Behandlung durch die brasilianische Bundesgerichtsbarkeit. Den theoretischen Bezugsrahmen bildet die Debatte über wirtschaftliche und soziale Rechte in Lateiname-rika,

* Lígia Mori Madeira é Professora dos Programas de Pós-Graduação em Políticas Públicas e em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direitos, Instituições e Políticas Públicas (NEDIPP/UFRGS). Doutora em Sociologia (UFRGS). ligiamorimadeira@gmail.com

** Leonardo Geliski é Advogado. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas na UFRGS. Membro do NEDIPP/UFRGS. geliski.leonardo@gmail.com

¹ Resultados preliminares desta pesquisa foram obtidos durante estágio de pós-doutorado na *London School of Economics and Political Science* com bolsa da Capes. Agradecemos os comentários de Matthew Taylor (*Brazilian Studies Association* - Brasa XIII), Veronica Michel, Javier Martin-Reyes (*XXXIV International Congress of the Latin American Studies Association*), Fernando Fontainha, Roberto Fragale Filho e Pedro Heitor Barros Geraldo (40º Encontro Anual da Anpocs e X Encontro do Associação Brasileira de Ciência Política - ABCP) e os pareceristas anônimos desta publicação.

Zugang zur Justiz, Compliance und Judicialisierung der Sozialpolitik. Als Methode wählt die Studie eine Analyse der Gerichtsentscheidungen, die von den regionalen Bundesgerichten im Zeitraum 2003 - 2014 in den einzelnen Regionen des Landes getroffen wurden, und untersucht das Profil der Klagen, die Beziehungen zwischen den beteiligten Parteien und das Netzwerk der Akteure, die an der Umsetzung der Sozialpolitik mitwirken.

Schlagwörter: Akteure und Institutionen des Justizsystems, Sozialpolitik, wirtschaftliche und soziale Rechte.

ABSTRACT

The research aims at social policies and their treatment in the Brazilian federal justice system. The theoretical framework includes the debate on economic and social rights in Latin America, access to justice, compliance and judicialization of social policies. The study analyzed judicial decisions of the Federal Regional Courts (TRFs) in each region of the country in the period 2003-2014, studying the profile of lawsuits, the inter-party relationship, and the network of actors in the processing of social policy actions.

Key words: Actors and institutions of the justice system, social policies, economic and social rights.

Introdução

Instituições judiciais independentes têm a capacidade de promover e manter o bem-estar humano, estabilizar os regimes democráticos e proteger os direitos humanos.² Incluem-se em uma dimensão institucional relacionada com a prevenção de arbitrariedades dos governos, em uma dimensão individual ligada à correção de práticas discriminatórias na aplicação da lei e em uma dimensão social relacionada à estabilidade.³

Ao longo das duas últimas décadas o Brasil buscou construir políticas sociais como mecanismos de proteção social. Não obstante, sendo um país de grandes dimensões, marcado por profundas desigualdades, resta um quadro de permanentes violações.⁴

² Julio Rios-Figueroa, Jeffrey K. Staton, "Unpacking the Rule of Law: A Review of Judicial Independence Measures", em *CELS*, 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, april, 2009.

³ Julio Rios-Figueroa, Jeffrey K. Staton, "An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence", em *Journal of Law, Economics, and Organization Advance Access*, october, núm. 24, 2012.

⁴ O Brasil tem implementado políticas públicas com foco na proteção social e nos direitos humanos. Tais políticas têm sido formuladas a partir da participação social, através de conferências realizadas periodicamente. Entretanto, há persistência de violações nos seguintes eixos: violações de direitos humanos durante a ditadura militar e necessidade de responsabilização

A atuação do sistema de justiça brasileiro vem sendo objeto de várias análises institucionais que demonstram uma disparidade de cenários, se levarmos em conta as diferentes regiões do país, especialmente quando estão em jogo causas e aspectos em que o legado cultural tem muita força.⁵ No entanto, ainda há escassez de trabalhos que se dediquem a investigar o papel do Poder Judiciário, especialmente das cortes inferiores, na relação com as políticas públicas⁶ e o papel de atores como o Ministro Público e a Defensoria Pública nos processos de implementação e fiscalização dessas.

Dois setores específicos das políticas sociais são mais investigados: as áreas da saúde⁷ e educação.⁸ Em menor escala estão os estudos sobre a assistência social.⁹

A presente pesquisa tem como objeto as políticas sociais e seu tratamento nos Tribunais Regionais Federais (TRFs), cortes intermediárias da estrutura do sistema de justiça federal. Buscamos conhecer os padrões de atuação e relacionamento

dos agentes públicos; violações de direitos de defensores de direitos humanos; violações de direitos de povos tradicionais: indígenas e remanescentes de quilombos; violações do direito à moradia; violações dos direitos das mulheres; violações na área da segurança pública.

⁵ Fabio de Sá Silva, “Justiça e território: estado da arte, abordagens possíveis e questões problemáticas a partir de uma meta-análise de estudos recentes”, em Marco Aurélio Boueri; Marco Aurélio Costa. *Brasil em desenvolvimento 2013: estado, planejamento e políticas públicas*, Brasília, Ipea, 2013.

⁶ Em meados da década de 2000 sustentava-se que apesar do sabido impacto do Poder Judiciário sobre as políticas públicas e a contestação crescente da visão clássica dos tribunais como instâncias estritamente legais, o papel do Judiciário na arena das políticas públicas permanecia nebuloso tanto no Brasil quanto no resto da América Latina. Em um cenário mais recente vemos estudos centrados sobre um judiciário conhecido como fiscalizador da aplicação de políticas públicas. Conferir Matthew M. Taylor, “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, em DADOS – Revista de Ciências Sociais, v. 50, núm. 2, 2007, pp. 229-257; e Lee J. Alston. *Political institutions, policymaking process and policy outcomes in Brazil*. Inter-American Development Bank, Research Network Working papers, R-509, 2006.

⁷ Octavio Luiz Motta Ferraz, “Brazil: Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health’ in Litigating Health Rights”, em Alicia Ely Yamin; Siri Gluppen (eds.), *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*, Cambridge, Harvard University Press, 2011a.; Octavio Luiz Motta Ferraz. “Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011b, pp. 1643-1668; Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, em *Revista de Direito GV*, São Paulo, vol. 4, núm. 2, jul-dez, 2008, pp. 441-464; e Sílvia Badim Marques, “Judicialização do direito à saúde”, em *Revista de Direito Sanitário*, núm. 9.2, 2008, pp. 65-72.

⁸ Vanessa Elias de Oliveira, Vitor Marchetti, “O Judiciário e o controle sobre as políticas públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo”, em *Encontro Nacional da Anpocs*, v. 37, 2013.

⁹ Anete Brito Leal Ivo, Alessandra Buarque de A. Silva, “O hiato do direito dentro do direito: os excluídos do BPC”, em *R. Katál*, Florianópolis, v. 14, núm. 1, jan/jun., 2011, pp. 32-40; Carolina Scherer Bicca, *O “Ativismo Judicial” no controle das Políticas Públicas: o caso da Assistência Social no Brasil*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011; e Wederson Rufino Santos. *Deficiência e democracia: a interpretação do poder judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada*, Dissertação de Mestrado. PPG em Política Social da UNB, Brasília: UNB, 2009.

entre instituições e atores do sistema de justiça – Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública.

A justificativa para os estudos nessa temática reside em consolidar um campo ainda pouco explorado no Brasil,¹⁰ que relaciona desenvolvimento e políticas públicas sociais com o papel desempenhado pelas instituições do sistema de justiça, especialmente quanto ao envolvimento judicial no processo de *policy-making*.

Esta agenda recebe apoio político acadêmico e suporte dos organismos internacionais que, desde o início da redemocratização na América Latina, apontam um importante papel das cortes na garantia de direitos econômicos e sociais nos países em desenvolvimento.

A metodologia do estudo consistiu na montagem do banco de dados “Poder Judiciário Federal Brasileiro e a judicialização das políticas sociais”, com decisões judiciais sobre políticas sociais dos cinco Tribunais Regionais Federais entre 2003-2014, as quais receberam análise de conteúdo exploratória e análise temática com o auxílio de *WordStat* e *Nvivo*.

O artigo apresenta quatro seções: (1) referencial teórico, tratando da garantia de acesso às políticas sociais pelos tribunais no Brasil; (2) análise do método empregado e das evidências encontradas nos dados dos TRFs; (3) análise da rede de atores envolvendo as políticas sociais nos tribunais; por fim (4) as considerações finais.

1. Da judicialização da política à garantia de acesso às políticas sociais através dos tribunais¹¹

A judicialização da política foi primeiramente conceituada como o processo de transferência de conflitos da esfera política ao âmbito judicial,¹² podendo-se distinguir dois processos imbricados, mas com dimensões distintas: a judicialização como fenômeno que potencializa a participação dos membros do poder judiciário

¹⁰ Randall Peerenboom, “Law and Development in Middle-Income Countries: Introduction”, em Tom Ginsburg (eds.), *Law and Development of Middle Income Countries*, New York, Cambridge University Press, 2013. https://books.google.com.co/books?id=gPIoAgAAQBAJ&pg=PR5&lpg=PR5&dq=Law+and+Development+in+Middle+Income+Countries:+Introduction&source=bl&ots=dOs65pfkzO&sig=8S-dV9Nol-fwxXbrbFMJzOFaU4&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKewirgZer4IzYAhXETSYKHTL_Bnk-Q6AEIYTAI#v=onepage&q=Law%20and%20Development%20in%20Middle-Income%20Countries%3A%20Introduction&f=false

¹¹ O referencial teórico que serve de base a esta pesquisa já foi exposto em forma de verbete em: Madeira, Lígia Mori. Judicialização das políticas sociais. In: Rosa M. C. Fernandes, Aline Hellmann (org.), *Dicionário crítico: política de assistência social no Brasil*. Porto Alegre: UFRGS, 2016, 320 p.

¹² Santiago Basabe-Serrano, “Presidential Power and the Judicialization of Politics as Determinants of Institutional Change in the Judiciary: The Supreme Court of Ecuador (1979-2009)”, em *Politics & Policy*, Mexico City, v. 40, núm. 2, 2012, p.350.

no *policy-making* (dimensão procedimental), e o ativismo judicial como a intenção dos operadores da lei em participar desse processo (dimensão substantiva).¹³

Conceitualmente, o primeiro enfoque foi dado pela obra de Tate e Vallinder¹⁴ caracterizando (1) um novo “ativismo judicial”, isto é, uma nova disposição dos tribunais em expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais; e (2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes aos do processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações. Nessa concepção clássica tal processo atingiria as sociedades com as seguintes características: democracia, separação de poderes, uma política de direitos, sistemas com grupos de interesse e uso judicial por parte da oposição política, partidos fracos ou coalizões frágeis nas instituições majoritárias, infraestrutura pública inadequada, até mesmo dos judiciários, e delegação às cortes da autoridade de *decision-making* em determinadas áreas.¹⁵ Apesar da importância dessa obra, o debate a respeito do papel político das cortes é anterior e bastante consolidado.¹⁶

John Ferejohn identifica três maneiras pelas quais as cortes assumem papéis frente às legislaturas: (a) os tribunais estão mais capazes e dispostos a limitar e regular o exercício do poder parlamentar, impondo limites materiais sobre o poder das instituições legislativas; (b) é nos tribunais que a política substantiva é feita; (c) os juízes têm regulado a conduta da atividade política - seja praticada dentro ou ao redor legislaturas, agências ou o eleitorado - através da construção e aplicação de normas de comportamento aceitável para os grupos de interesse, partidos políticos, eleitos e funcionários nomeados.¹⁷

A judicialização também refere-se ao uso das cortes por grupos e atores políticos, o que acaba por resultar “na transformação de questões políticas em questões jurídicas”.¹⁸ Dentre as causas estão a fragmentação do poder dentro do sistema político, limitando sua capacidade de legislar ou de ser o espaço onde as políticas são efetivamente formuladas; e o aumento na confiança das cortes como o espaço

¹³ Ernani Carvalho, “Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política”, em *Análise Social*, v. 44, 2009, p. 316.

¹⁴ C. Neal Tate, Torbjörn Vallinder, *The global expansion of judicial power*. Nova York, New York University Press, 1995, p. 33.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2009; Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies* [Online]. Cambridge, Cambridge University Press. Acesso em: Cambridge Books Online, 2003; Martin Shapiro, Alec Stone Sweet, *On law, politics, and judicialization*. Oxford, Oxford University Press, 2002; e Charles Epp, *The rights revolution: Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspectives*. Chicago, The University of Chicago Press, 1998.

¹⁷ John Ferejohn, “Judicializing politics, politicizing law”, em *Law and contemporary problems*, v. 65, núm. 3, summer, 2002, p. 42.

¹⁸ *Idem*, p. 42.

legítimo da proteção dos direitos, resultando em uma diminuição da oposição à expansão judicial.¹⁹

No Brasil os estudos buscando compreender as relações entre o judiciário e a política iniciaram apenas no final da década de 1990,²⁰ podendo-se verificar uma trajetória ascendente no ativismo judicial,²¹ com muitos estudos sobre tribunais superiores. Há diferentes focos temáticos: de estudos pioneiros centrados no papel do STF no julgamento de ADIns interpostas por atores políticos a estudos recentes sobre a explosão de ações individuais em tribunais intermediários demandando políticas sociais, diferenciam-se também perspectivas liberais-formalistas de perspectivas voltadas à compreensão da extensão da cidadania através do direito.²²

Quanto às políticas sociais, este novo cenário coincide com a luta pela garantia de direitos, seja pela constitucionalização, seja por reformas institucionais que reforcem o papel das cortes como espaços de resolução e realização de direitos sociais. Esse movimento de acesso às cortes para expandir a provisão social de políticas públicas é conceituado como “*courting social justice*”.²³ Garantindo direitos constitucionalizados, as cortes assumem dois tipos de posição: permanecem atuando mediante um estilo formalista de jurisprudência, ou adotam um estilo mais pragmático, *policy oriented*. As cortes são um espaço decisivo de mobilização, abrindo espaço nas estruturas autoritárias de poder, mas, principalmente, cumprindo um papel nas lacunas da administração estatal.

¹⁹ John Ferejohn, “Judicializing politics, politicizing law”, em *Law and contemporary problems*, v. 65, núm. 3, summer, 2002, p. 56.

²⁰ Conferir Luiz Werneck Vianna *et al.*, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan, 1999; Ernani Carvalho, “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”, em *Revista de Sociologia e Política*, núm. 23, 2004, pp. 127-39; Ernani Carvalho, “Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política”, em *Análise Social*, v. 44, 2009, pp. 315-335; Débora Alves Maciel, Andrei Koerner, “Sentidos da judicialização da política: duas análises”, em *Lua Nova*, núm. 57, 2002, pp. 113-33; Matthew M. Taylor, “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, em *DADOS - Revista de Ciências Sociais*, v. 50, núm. 2, 2007, pp. 229-257.

²¹ Luiz Werneck Vianna, Marcelo Burgos, Paula Salles, “Dezessete anos de judicialização da política”, em *Tempo Social*, v. 12, núm. 2, 2007, pp. 39-85.

²² Leonardo Avritzer, Marjorie Corrêa Marona, “Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor”, em *Revista Brasileira de Ciência Política*, núm. 15, Brasília, setembro-dezembro, 2014, pp. 69-94.

²³ Daniel M. Brinks, William Forbath, “Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions”, em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011, pp. 1943-1955; Daniel M. Brinks, William Forbath, “The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America”, em Randall Peerenboom, Tom Ginsburg (eds.), *Law and Development of Middle Income Countries*, New York, Cambridge University Press, 2013; Daniel M. Brinks, Varun Gauri, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010; e Daniel M. Brinks, Varun Gauri, “The Law’s Majestic Equality? The Distributive Impact of Litigating Social and Economic Rights”, em *Policy Research Working Paper 5999*, Washington DC, The World Bank, Development Research Group, Human Development and Public Services Team, 2012.

Os estudos preocupam-se também com os ganhos com a litigância. Enquanto análises críticas apontam a preservação das desigualdades tradicionalmente encontradas nos países latino-americanos, reproduzidas no sistema judicial com seu seletivo acesso à justiça,²⁴ outras apontam efeitos simbólicos e mudanças estruturais que podem beneficiar a população em geral, para além dos atores devidamente representados nas cortes.²⁵

No Brasil após o retorno à democracia houve mudanças na atuação do Judiciário, que passou a forjar uma jurisprudência pró direitos sociais constitucionais. Os tribunais do país se tornaram atores centrais na tomada de decisões em torno de bens básicos como a saúde e a educação.²⁶

Estudos do início dos anos 2000 apontavam um crescimento exponencial na litigância em saúde e um aumento menos expressivo dos litígios em educação, geralmente através de demandas individuais, cujo objetivo eram serviços médicos e medicamentos, concentrando-se em estados com melhores condições socioeconômicas, verificando-se uma forte correlação entre afluência global, níveis de educação e litigiosidade. Autores sustentavam haver maior litigância entre populações mais ricas e mais escolarizadas, sendo a mera existência de um quadro legal ou de serviços básicos inadequados insuficiente para gerar uma revolução por direitos sociais.²⁷

Argumentos contrários à atuação judicial sobre políticas sociais no Brasil sustentavam haver a reprodução de complicadores que iam desde a produção de efeitos colaterais, especialmente em saúde, como o processo de “furar a fila” garantido pela concessão de liminares, passando pela questão da distribuição de benefícios de litigância entre as classes sociais.²⁸ Argumentos quanto à violação do princípio da separação de poderes ou mesmo a defesa do princípio da reserva do possível continuaram sendo comumente encontrados entre os adeptos da vertente crítica da judicialização.

A realidade brasileira de litigância em saúde revela que as cortes, lideradas pelo STF, têm sido assertivas, frequentemente emitindo determinações contra o Estado para prover benefícios em saúde para indivíduos não originalmente contemplados

²⁴ Octavio Luiz Motta Ferraz, “Brazil: Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health” in *Litigating Health Rights*, em Alicia Ely Yamin, Siri Gloppen (eds.), *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*. Cambridge, Harvard University Press, 2011a.; Octavio Luiz Motta Ferraz, “Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011b, pp. 1643-1668.

²⁵ Daniel M. Brinks, William Forbath, “Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions”, em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011, p. 1951.

²⁶ Daniel M. Brinks, William Forbath, “The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America”, em Randall Peerenboom, Tom Ginsburg (eds.), *Law and Development of Middle Income Countries*. New York, Cambridge University Press, 2013.

²⁷ Florian Hoffmann, Fernando Bentes, “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil”, em Daniel M. Brinks, Varun Gauri, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010.

²⁸ *Idem*.

pela política pública. A análise da trajetória do posicionamento das cortes indica que até metade dos anos 1990 a visão dominante no Judiciário era de que o reconhecimento dos direitos sociais pela Constituição era programático, restando à legislação o estabelecimento de programas de ação. A mudança radical deu-se como resultado da pandemia de Aids e o movimento dos tribunais inferiores na concessão de tratamentos avançados que posteriormente expandiram-se para outras áreas da saúde, incluindo procedimentos cirúrgicos, medicamentos para diabetes, Parkinson, Alzheimer, hepatite C, esclerose múltipla e outras.²⁹

Em relação especificamente à assistência social no Brasil, esta não apresenta numerosos casos judiciais, concentrando-se em demandas sobre o Benefício de Prestação Continuada (BPC) que questionam a constitucionalidade dos critérios de acesso ao benefício em relação aos dois grupos sociais específicos: idosos e pessoas com deficiência. Nesses casos os tribunais fazem a leitura da prevalência dos princípios constitucionais, de direito à sobrevivência, à cidadania e à democracia, em uma perspectiva de acesso universal aos direitos, bem como da responsabilidade do Estado em garanti-los.³⁰

Hoffmann e Bentes³¹ construíram uma tipologia com quatro modelos de litigância em direitos no Brasil: (a) ações por acesso a medicamentos e tratamentos postuladas individualmente tanto pelas classes médias quanto por vulneráveis economicamente, que costumam ser favoráveis e trazer problemas de *compliance* que costumam ser superados apenas pelas classes médias e seus advogados; (b) ações públicas promovidas pelo Ministério Público demandando remédios estruturais e frequentemente rejeitadas pelas cortes por interferir em competências do Executivo; (c) litigância organizada em setores específicos (como o das Ongs que postulam medicação para a Aids) que demandam também ações individuais com alto nível de *compliance*; (d) atuações buscando evitar procedimentos judiciais formais e negociando soluções diretamente com autoridades públicas e outros atores judiciais envolvidos, emergindo primeiramente através do MP e atualmente também através da Defensoria Pública; este modelo introduziu efeitos *erga omnes*, garantindo efeitos diretos e impacto imediato na formação da política.

Esta tipologia será útil para nossa pesquisa, conforme veremos a seguir.

²⁹ Octavio Luiz Motta Ferraz, *Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa*, August 20, 2009, p. 6.

³⁰ Anete Brito Leal Ivo, Alessandra Buarque de A. Silva, “O hiato do direito dentro do direito: os excluídos do BPC”, em *R. Katál*, Florianópolis, v. 14, núm. 1, jan/jun., 2011, pp. 32-40; Carolina Scherer Bicca, *O “Ativismo Judicial” no controle das Políticas Públicas: o caso da Assistência Social no Brasil*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011; e Wederson Rufino Santos, *Deficiência e democracia: a interpretação do poder judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada*. Dissertação de Mestrado. PPG em Política Social da UNB, Brasília, UNB, 2009.

³¹ Florian Hoffmann, Fernando Bentes, “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil”, em Daniel M. Brinks, Varun Gauri, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010, p. 143.

2. Método e evidências das políticas sociais nos TRFs

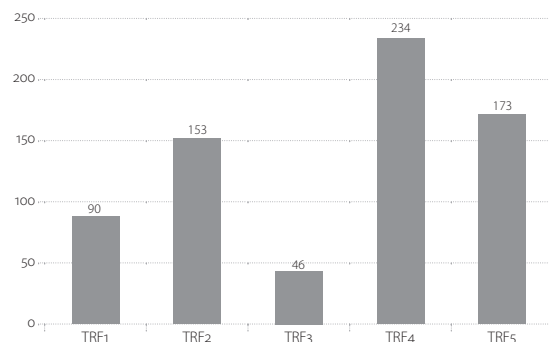
Os TRFs têm sua competência sobre cinco regiões judiciais: o TRF1 sobre 14 seções judiciárias (Acre, Amazonas, Amapá, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins); o TRF2 sobre duas seções judiciárias (Espírito Santo e Rio de Janeiro); o TRF3 sobre duas seções judiciárias (Mato Grosso do Sul e São Paulo); o TRF4 sobre três seções judiciárias (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul); e o TRF5 sobre seis seções judiciárias (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe).

A fim de conhecer a atuação judicial federal em políticas sociais coletamos decisões por ementa, no período de 2003 a 2014, através do verbete “políticas sociais” nos sites dos tribunais. Embora saibamos das divergências encontradas na catalogação de decisões por tribunal, consideramos esta uma maneira viável e consistente de pesquisa quando se busca uma análise qualitativa muito mais do que uma representação estatística do universo da judicialização.

O banco de dados possui seiscentas e noventa e seis (696) decisões dos cinco TRFs³², que foram submetidas à análise de conteúdo exploratória e temática. O universo de decisões³³ encontra-se distribuído conforme o gráfico abaixo:

Gráfico 1.

Universo de Decisões dos TRFs com o verbete “Políticas Sociais”



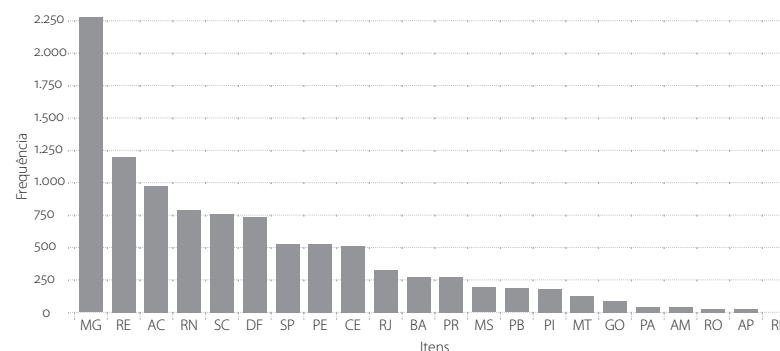
Fonte: elaboração própria.

³² É importante referir que: (1) diferentes decisões podem tratar de um mesmo caso, dada a pluralidade de recursos existentes no sistema processual civil brasileiro; (2) o Ministério Público pode recorrer em uma ação sem necessariamente tê-la iniciado, tendo em vista as suas prerrogativas constitucionais; (3) há dificuldade na identificação da atuação dos serviços de assistência e assessoria jurídica universitária, uma vez que nas decisões consta apenas o nome dos procuradores das partes.

³³ Em contraste com este levantamento, nota-se que, em ordem decrescente, os tribunais com maior competência sobre as seções judiciais são: TRF1, TRF5, TRF4, TRF2 e TRF3.

Gráfico 2.

Frequência de referência às Unidades Federativas



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

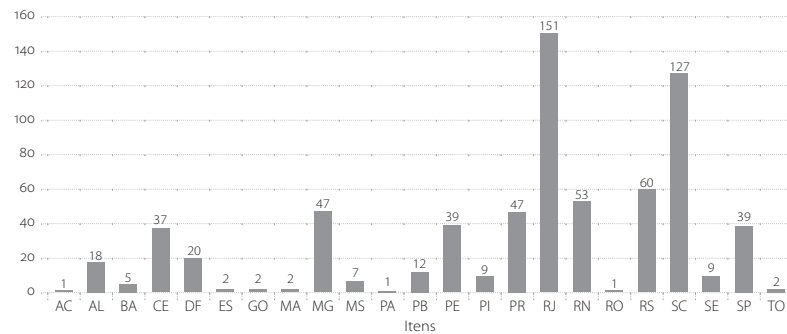
A análise exploratória revelou uma disparidade de ações entre os tribunais, com preponderância de referências aos estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, o que pode confirmar estudos anteriores que demonstravam o protagonismo do segundo estado nessas matérias, reproduzindo a literatura quando apontava a relação entre condições sociais e judicialização. Como estamos tratando de referências, e não propriamente de ações, as citações a jurisprudências destes dois estados também podem estar caracterizando esse achado.

Já uma análise da quantidade de decisões por estados demonstra terem Rio de Janeiro, Santa Catarina e Rio Grande do Sul o maior número de ações interpostas no 1º. Grau, as quais geraram esse universo de recursos em grau intermediário. Da mesma forma, Rio de Janeiro, Bahia e São Paulo possuem situações *sui generis*,³⁴

Entretanto, ao comparar os dados do banco com as informações de monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde no 2.º grau de jurisdição do Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o TRF4 continua como o tribunal com o maior número de demandas, distanciando-se dos demais. Segundo o Fórum de Saúde do CNJ, os TRFs com o maior número de ações de saúde são, respectivamente: TRF4 (11.058); TRF1 (5.608); TRF3 (1.579); TRF2 (1.567); e TRF5 (4). Ressalta-se que os dados do banco são extraídos do Sistema da Resolução CNJ 107. Conferir CNJ, CNJ. Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014. (S/D).

³⁴ O estado de São Paulo parece estar sub representado, haja vista o número pequeno de decisões de segundo grau em contraste com os demais estados. Pode estar havendo subrepresentatividade da jurisprudência publicada no site dos tribunais ou prevenção à judicialização de políticas de saúde. A instituição de Câmaras de Saúde nos Estados, setores destinados a resolução dos litígios de saúde e monitoramento, tais como a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) no estado do Rio de Janeiro, a Câmara de Conciliação de Saúde (CCS) no estado da Bahia, o Fórum de Saúde do CNJ e os Comitês Executivos de Saúde dos estados do Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Tocantins são exemplos de medidas que podem diminuir as ações judiciais.

Gráfico 3.
Distribuição das Decisões por Unidades Federativas Estaduais



Fonte: Elaboração própria.

que parecem se aproximar muito do quarto modelo de litigância classificado por Hoffmann e Bentes.³⁵

Em relação ao tipo de demandas encontradas, há preponderância de ações voltadas à garantia de acesso à saúde - seja pela garantia de tratamento médico, seja pelo fornecimento de medicamentos - de pacientes que alegam risco de morte, por serem portadores de enfermidades como Aids, câncer, diabetes, hepatite. Encontramos

Ilustração 1.

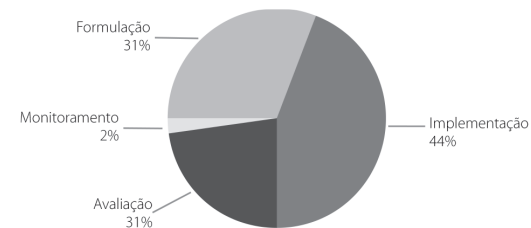
Frequência de palavras correlacionadas à saúde nas decisões (Nvivo)



Fonte: elaboração própria.

³⁵ Florian Hoffmann, Fernando Bentes, "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil", em Daniel M. Brinks, Varun Gauri, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010, p. 143.

Gráfico 4.
Frequência de referência às fases das Políticas Públicas



Fonte: elaboração própria.

a busca por fornecimento de medicamentos como direito e como dever em mais da metade dos casos de responsabilidade da União, dada a competência da Justiça Federal no julgamento das ações que têm na União o polo passivo, mas também exigindo a responsabilização de municípios (14,9% como recorrente e 17,5% como recorridos) e estados (25,2% como recorrentes e 20,18% recorridos).

Demandas por acesso ao ensino superior e à educação básica também foram encontradas em menor escala.

As decisões fazem referência às fases do ciclo de políticas públicas, principalmente à implementação, embora presentes as fases de formulação e avaliação.

3. O Poder Judiciário Federal e a sua rede de atores no processamento de ações de políticas sociais

Uma análise qualitativa das decisões encontrou padrões de relacionamento entre as partes nos processos e de atuação dos atores e instituições do sistema de justiça.

3.1. Relacionamento entre as partes nos processos

Respondendo à questão sobre quem são os atores e por que judicializam, encontramos um mesmo padrão de relacionamento descrito por Brinks e Gauri³⁶ quanto à triangulação: Estado, provedores, beneficiários (regulação, provisão e obrigações privadas). No entanto, em termos quantitativos, a relação "beneficiários *versus* Estado" é muito mais frequente em nossa base de dados.

A análise dos recorrentes demonstra que os estados são os principais autores dos recursos, seguidos de pessoas físicas e municípios. Em números menos expressivos

³⁶ Daniel M. Brinks, Varun Gauri, "The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Litigating Social and Economic Rights", em *Policy Research Working Paper 5999*, Washington DC, The World Bank, Development Research Group, Human Development and Public Services Team, 2012.

encontramos a presença de agências reguladoras, operadoras de saúde (hospitais, Santas Casas, seguradoras privadas, universidades públicas), além dos próprios atores do sistema de justiça, como o Ministério Público Federal e os estaduais, assim como a Defensoria Pública da União e as estaduais.

As pessoas físicas, por outro lado, lideram o polo passivo dos recursos, seguidas dos estados e municípios. Tal dado é interessante porque mostra, mais uma vez, o quanto o cenário federal da judicialização é diferente do estadual e mesmo de outros países, cuja provisão assume um modelo mais liberal, fazendo com que haja uma procura por direitos do consumidor mais ampla do que a encontrada nos TRFs, onde prevalece a busca por direitos e serviços diretamente oriundos do Estado.

Nesse sentido, a tipologia apresentada na literatura que se aplica à judicialização em políticas sociais nos tribunais estaduais precisa ser atualizada para ilustrar esse panorama federal de ações; portanto, propusemos uma nova classificação, compreendendo quatro grandes tipos de demandas:

O primeiro tipo se refere à relação peculiar encontrada nos processos, que coloca em polos opostos cidadãos e Estado, quando aqueles solicitam fornecimento de medicamentos, leitos e procedimentos cirúrgicos. No caso dos medicamentos, verificamos casos de medicamentos registrados pela Anvisa não fornecidos pelo Estado por não figurarem nas listas de medicamentos gratuitamente, geralmente com a concessão autorizada pelo Judiciário; e casos de medicamentos não registrados, cujos argumentos utilizados para a não concessão invocam o rigor técnico necessário e a competência das agências reguladoras nesta escolha, apontando para o risco do Judiciário atuar sobre assunto alheio a seu conhecimento. Nos casos de concessão de leitos e procedimentos cirúrgicos ou exames as tutelas costumam ser favoráveis.

Nas ações em saúde costuma haver a responsabilidade solidaria entre os entes, entendendo-se que: “A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no polo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles”.³⁷ Em termos de repercussão, é interessante verificar como o judiciário federal considera o Estado como uma figura única, não distinguindo qual dos entes é responsável pela provisão daquele direito, o que condiz com a perspectiva de um federalismo coordenado, cuja formulação e financiamento é de competências da União e aos demais entes cabe a execução.

O segundo tipo são as demandas de grupos de pacientes que pleiteiam os mesmos direitos em ações coletivas. São frequentes as demandas de portadores de doenças como HIV (SIDA), câncer, hepatite C, cuja mobilização é clássica nessa área e os julgados dos tribunais são em regra procedentes. Veremos o papel das instituições Ministério Público e Defensoria Pública na promoção dessas ações na próxima seção.

³⁷ STJ, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no 842866/MT*, Primeira Turma, j. 12 jun. 2007.

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

A justificativa para tal ressarcimento encontra-se na obtenção de recursos que de forma ilegítima não foram despendidos pelas operadoras privadas. Apesar de minoritária, encontramos também posição contrária ao ressarcimento ao SUS, estabelecendo-se que não haveria relação jurídica estabelecida entre a operadora privada de saúde e o Estado, assim como não haveria por parte do cidadão uma renúncia do direito de utilização do Sistema Único de Saúde ao contratar um plano privado.

Um quarto e último tipo de ação encontrada é a busca de ressarcimento e dano por parte de pacientes que foram mal atendidos em hospitais públicos.

Na última década houve um aumento no número de processos destinados ao direito à creche e à pré-escola para crianças de 0 a 6 anos de idade. Houve também um crescimento de demandas em busca de garantia da previdência e da assistência social. No entanto, apesar dos avanços, mantém-se um número muito inferior desses casos na justiça federal brasileira.

Veremos a seguir como o sistema de justiça atua nesses casos.

3.2. Poder Judiciário Federal

Preceitos constitucionais são o fundamento da atuação do judiciário na realização das políticas públicas, desempenhando o papel de regulador, fiscalizador, imposto ao Estado e aos governos o cumprimento da Constituição e dos direitos afirmados nela.

De fato, se considerarmos que é só através das Cortes que os cidadãos acessam determinados programas e políticas públicas, fazendo valer seu direito básico, o poder judiciário acaba representando a sociedade perante a inoperância estatal, provocando a atividade dos poderes executivos nos vários níveis: União, estados e municípios. Tal atuação se baseia no princípio de mínimo existencial, que “corresponde àquelas condições materiais básicas para a vida digna. Nessas hipóteses, justifica-se plenamente o ativismo judicial em favor da proteção dos direitos sociais”.³⁸ Assim, tem-se a construção da imagem de um órgão que visa sanar a negligência da atuação do Poder Público na promoção de direitos sociais, formulação e implementação de políticas públicas.

³⁸ TRF2, *Apelação Cível n.º 2009.51.01.029677-4/RJ*, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011.

Segundo o posicionamento majoritário, o Judiciário percebe seu papel em relação à garantia do direito à saúde e à responsabilidade que detém na transformação desse cenário.³⁹

Defendendo a proteção de hipossuficientes e vulneráveis, a atuação independente da esfera judicial seria, na visão de alguns magistrados, a única alternativa para populações de baixa renda que, com auxílio jurídico, obteriam atendimento necessitado. Sobram, no entanto, argumentos contrários à judicialização, podendo-se encontrar três grandes princípios favoráveis a tal processo: a reserva do possível, a separação de poderes e a atuação desigual proporcionada pelo Judiciário, quando interfere em prol de uns e não de outros, especialmente em casos de respeito à fila.

Segundo alguns posicionamentos, o fenômeno da judicialização do direito à saúde abrange uma rede de atores que ultrapassa o sistema de justiça, contemplando os gestores públicos, *policymakers*, burocratas, profissionais de saúde e a sociedade civil. Neste sentido, deve ser pensada para além do resguardo do direito à saúde (micro-sistema), abrangendo a interferência direta nas arenas decisórias das políticas e na fase de implementação, atendo-se às possibilidades orçamentárias dos entes estatais (macrosistema), mas também adotando critérios que podem promover distorções em termos de justiça distributiva.

Verificamos essas distorções em nossa base de dados: encontramos ordens para cumprimento, por parte do poder público, de medidas de satisfação imediata dos beneficiários individuais, muito mais do que medidas voltadas à realização de políticas públicas mais efetivas e que abranjam uma coletividade maior. A discussão quanto à garantia de *compliance* de direitos pelo judiciário para um único indivíduo implicando na retirada de direitos de todos os outros indivíduos que estão fora daquela relação judicial merece ser feita:

Magistrado que é chamado a atender uma demanda como a que está sendo enfrentada, em que na verdade, deve ser sopesado aqui o direito à vida e da existência digna da autora com o direito à vida de milhares de outros brasileiros que podem ficar sem atendimento por ter sido destinado valor que estava previsto para atendê-los ao cumprimento de uma decisão judicial que pretende atender a uma só pessoa, principalmente quando já vem sendo prestado atendimento adequado.⁴⁰

Nesses casos o Judiciário entende acabar por privilegiar cidadãos com maior poder aquisitivo, confirmando os achados na literatura. Por outro lado, levando-se em conta a ampliação da atuação da Defensoria Pública da União, órgão responsável

³⁹ TRF2, *Apelação Cível* n.º 2009.51.01.029677-4/RJ, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011.

⁴⁰ TRF2, *Apelação Cível* n.º 2009.51.01.029677-4/RJ, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011.

por cerca de 36,1% da representação dos instrumentos recursais, é preciso investigar melhor uma possível redução de desigualdade na prestação jurisdicional. A institucionalização desse órgão pode alterar um pouco o cenário de um judiciário elitista, cujo acesso se restringe às camadas mais altas da população.

3.3. Ministério Público Federal

A principal discussão envolvendo o Ministério Público se refere ao questionamento de sua legitimidade na propositura de Ação Civil Pública em prol de um único indivíduo. Os argumentos para tal uso sustentam que o referido instrumento processual pode ser utilizado para a defesa de direitos individuais indispensáveis quando, sob o conceito de *hiper vulnerabilidade*, beneficia também a sociedade, no que tem sido denominado pelos julgadores “dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade”.⁴¹

Segundo esses argumentos, Defensoria pública, associações representativas e o próprio Ministério Público, em se tratando de direitos individuais indisponíveis, são legitimados a postular sob a forma de representação processual.

Em nossa base de dados há demandas postuladas via ação civil pública pelo Ministério Público Federal pleiteando o fornecimento de medicamentos especiais para determinados indivíduos portadores do vírus HIV. Tal atuação recebe críticas severas, que alegam ser esta uma atuação como advogado ou defensor público;⁴² no entanto, este espectro de atuação do MPF em Ações Cíveis Públicas utiliza como argumento central de legitimação da demanda o conceito de “paciente paradigma”, quando a ação é feita em nome de um único indivíduo, mas cuja tese poderá ser utilizada para demandantes com patologias e/ou necessidades similares.⁴³

3.4. Defensoria Pública da União

Conforme já demonstramos acima, o papel da Defensoria Pública da União (DPU) se revela fundamental para o processo de garantia de direitos, especialmente do direito à saúde. A atuação da instituição se dá mediante a propositura de ações individuais, de ações coletivas e de ações civis públicas, sempre invocando a responsabilidade solidária dos entes estatais⁴⁴ em matéria de fornecimento de tratamento médico e cirúrgico, e de fornecimento de medicamentos.

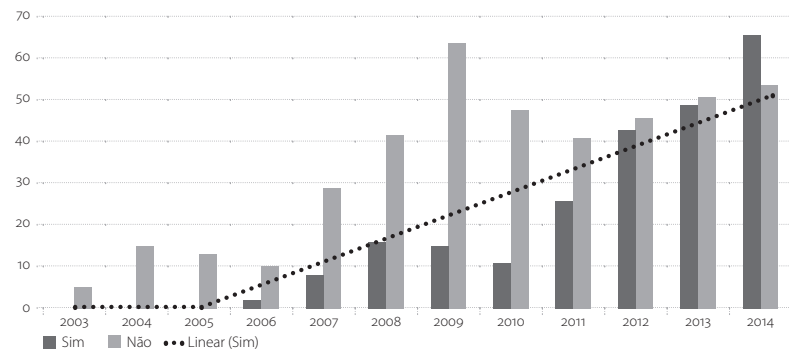
⁴¹ TRF5, *Apelação - Reexame Necessário* n.º 00005666220104058102, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma do TRF2, DJE-TRF5 16/11/2012.

⁴² TRF2, *Agravo* n.º 2010.02.01.006137-0/RJ, Relator Juiz Federal Convocado Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Quinta Turma Especializada do TRF2, julgado em 2011.

⁴³ TRF2, *Agravo* n.º 2010.02.01.006137-0/RJ, Relator Juiz Federal Convocado Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Quinta Turma Especializada do TRF2, julgado em 2011.

⁴⁴ TRF5, *Apelação - Reexame Necessário* n.º 26090/RN, Relatora Desembargadora Federal José Maria Lucena, Primeira Turma TRF5, TRF5 (DJE) - 18/04/2013.

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



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

Fonte: Elaboração própria.

Verificamos uma ampliação da atuação da DPU na representação em recursos juntos aos TRFs ao longo da última década.

O crescimento da representação da DPU que aparece nos dados está em sintonia com os processos de ampliação de competências da instituição a partir da Lei Complementar n.º 132/2009, mas exponencialmente com o aumento do efetivo de recursos humanos da instituição.

Se as ações individuais já são bastante conhecidas, chamam a atenção as ações promovidas buscando a implementação de política públicas a beneficiar grandes parcelas populacionais. Assim como o debate sobre a legitimidade para propositura de ação civil pública em nome de um único indivíduo por parte do Ministério Público, foi grande a discussão quanto à legitimidade para a propositura desse tipo de ação pelas Defensorias, vedando a limitação da atuação desta instituição.⁴⁵

Parece que a Defensoria Pública está assumindo gradativamente o seu papel como instituição legítima para a proposição de Ações Cíveis Públicas, a partir da outorga de legitimidade ocorrida em 2009.⁴⁶ No banco de dados foram encontradas

⁴⁵ Conferir TRF5, *Apelação - Reexame Necessário n.º 26090/RN*, Relatora Desembargadora Federal José Maria Lucena, Primeira Turma TRF5, TRF5 (DJE) - 18/04/2013; STJ, REsp. n.º 555.111/RJ, Voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi. *Apud* TRF2, *Apelação - Reexame Necessário n.º 2007.51.01.020475-5/RJ*, Relator Desembargador Federal Aluisio Mendes, Quinta Turma TRF2, julgamento 28/08/2013; TRF2, *Apelação - Reexame Necessário n.º 2007.51.01.020475-5/RJ*, Relator Desembargador Federal Aluisio Mendes, Quinta Turma TRF2, julgamento 28/08/2013.

⁴⁶ Em 2015, o STF reconheceu a competência das Defensorias Públicas para a proposição das ACPs no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 733433.

três demandas de ACPs propostas pelas defensorias, duas pela DPU (versando sobre a judicialização de políticas de saúde) e uma pela Defensoria Pública de São Paulo.

Conflitos políticos entre as instituições e atores (MP, OAB *versus* DP) contribuem para a reprodução de um cenário de ações individuais com poucos efeitos indiretos e regressivos, enquanto ações coletivas promovem equidade, o que pode ser verificado em casos de ações promovidas pelos dois órgãos,⁴⁷ com melhores chances de efetividade por beneficiarem grande quantidade de pessoas.

4. Considerações finais

As análises confirmam existir nos tribunais federais brasileiros um intenso processo de “ativismo judicial”, demonstrando a disposição de juízes e demais atores do sistema de justiça para expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais. Nesse sentido, parafraseando Ferejohn, os TRFs “têm se tornado cada vez mais lugares onde a política substantiva é feita”.⁴⁸

Quanto ao tipo de ações encontradas, apesar de a pesquisa ter recorte temporal uma década posterior, é possível identificar casos similares aos descobertos por Hoffmann e Bentes⁴⁹ para os tribunais estaduais brasileiros. No entanto, as ações na justiça federal levam à necessidade de uma nova classificação, englobando a relação entre cidadãos e Estado, uma vez que é o relacionamento entre cidadãos beneficiários de políticas públicas e o Estado, demandado solidariamente entre União, estados e municípios, o que melhor representa o cenário da judicialização federal: (1) quando aqueles solicitam fornecimento de medicamentos, leitos e procedimentos cirúrgicos; (2) demandas de grupos de pacientes que em ações coletivas pleiteiam também direito à saúde, verificando-se um grande papel do Ministério Público e Defensoria Pública na promoção dessas ações, cujo resultado costuma ter maior efetividade, pelos efeitos produzidos; (3) ações que colocam em pólos opostos as operadoras de saúde e o Estado, que exige o pagamento de serviços de saúde prestados em órgãos públicos ou privados a beneficiários que tenham contratado tais serviços; (4) ações de dano por parte de pacientes atendidos em instituições públicas; havendo, por fim, (5) os processos destinados ao direito e garantia à creche e pré-escola e um lento crescimento na busca judicial pela garantia à previdência e à assistência social.

⁴⁷ Vejamos o exemplo da Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para que o Município de Santos vacine todas as crianças ou adolescentes contra o vírus influenza A “H1N1”. TRF3. *Apelação Cível n.º 0004390-63.2010.4.03.6104/SP*, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, Terceira Turma do TRF3, julgado 02/05/2013.

⁴⁸ John Ferejohn, “Judicializing politics, politicizing law”, em *Law and contemporary problems*, v. 65, núm. 3, summer, 2002, p. 41.

⁴⁹ Florian Hoffmann, Fernando Bentes, “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil”, em Daniel M. Brinks, Varun Gauri, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010, p. 143.

As ações individuais postuladas tanto pela Defensoria Pública (em alguns estados a grande maioria) quanto por advogados privados ainda constituem grande parte do universo, seguidas de ainda poucos casos promovidos pelo MPF e DPU cobrando políticas estruturais, e ainda menos casos de litigância organizada, que parece ter perdido fôlego na última década.

Uma vez que nossos achados demonstram ser maior o universo de ações promovidas pela Defensoria Pública da União do que por advogados privados, é necessária maior investigação para avaliar em que medida o argumento apresentado pela literatura de que o acesso às cortes nos casos de direitos econômicos e sociais é predominantemente dado às camadas altas da população pode ser minimizado. Nesse sentido, surge uma hipótese a ser testada em trabalhos futuros quanto à capacidade de a defensoria garantir maior acesso à justiça às populações vulneráveis.

Como uma análise como esta não investiga níveis de *compliance*, não é possível saber se as cortes compensam os déficits de *responsiveness* e *accountability* por parte do Estado brasileiro e se haveria níveis distintos de cumprimento em razão do perfil e do tipo de assessoria pública ou privada dos demandantes. Embora não estejamos trabalhando com o conceito de 'legalização'⁵⁰ e a consideração a respeito do impacto das ações, a literatura é pacífica em demonstrar que as ações coletivas são muito mais efetivas em termos de *compliance* e efeitos indiretos; no entanto, nosso cenário demonstra um judiciário ativo na concessão de acesso a direitos, mas tendo como beneficiários indivíduos e não grupos ou coletividades.⁵¹ Exceções existem, mas são ainda pouco representativas na justiça federal.

Há outras questões a investigar. É preciso ver onde essas ações estão sendo interpostas, considerar o país como um todo e as diversidades regionais, as diferenças entre os próprios tribunais federais. Na próxima fase da pesquisa iremos investigar em que medida ganhos institucionais importam para a garantia judicial das políticas sociais. Os achados preliminares instigam a investigação dos eixos das instituições e dos atores do sistema federal de justiça.⁵²

Nossa questão chave de pesquisa reside em continuar buscando saber se e em que avançamos rumo a uma justiça federal menos desigual no que diz respeito aos direitos sociais.

⁵⁰ Daniel M. Brinks, Varun Gauri, "Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights", em *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010, passim.

⁵¹ *Idem*.

⁵² No primeiro eixo, o estudo atentarà para a estrutura das instituições do Sistema de Justiça Federal e as instituições que o compõe (MPF, TRFs, DPU, etc). O segundo eixo contemplará o estudo dos atores que constituem as instituições do sistema (defensores, procuradores, advogados, juizes e desembargadores) de modo a contrastar o perfil da atuação da instituição como um todo com a atuação individual.

Referências

- ALSTON, Lee J., *Political institutions, policymaking process and policy outcomes in Brazil*, Inter-American Development Bank, Research Network Working papers, R-509, 2006.
- AVRITZER, Leonardo, Marjorie Corrêa MARONA, "Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor", em *Revista Brasileira de Ciência Política*, núm. 15, Brasília, setembro-dezembro, 2014, pp. 69-94.
- BASABE-SERRANO, Santiago, "Presidential Power and the Judicialization of Politics as Determinants of Institutional Change in the Judiciary: The Supreme Court of Ecuador (1979-2009)", em *Politics & Policy*, Cidade do México, v. 40, núm. 2, 2012, pp. 339-361.
- BICCA, Carolina Scherer, *O "Ativismo Judicial" no controle das Políticas Públicas: o caso da Assistência Social no Brasil*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, 2011.
- BRAZIL AND SOUTH AFRICA, August 20, 2009. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1458299>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1458299>>. Acesso em: 01/07/2016.
- BRINKS, Daniel M., Varun GAURI, "Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights", em *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010.
- BRINKS, Daniel M., William FORBATH, "The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America", em Randall PEERENBOOM, Tom GINSBURG (eds.), *Law and Development of Middle Income Countries*, Nova York, Cambridge University Press, 2013.
- _____, "Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions", em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011, pp. 1943-1955.
- CARVALHO, Ernani, "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem", em *Revista de Sociologia e Política*, núm. 23, 2004, pp. 127-39.
- _____, "Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política", em *Análise Social*, v. 44, 2009, pp. 315-335.
- CNJ. Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014, (S/D). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasauade/demandasnoTRIBUNAIS.forumSaude.pdf>>.
- EPP, Charles, *The rights revolution: lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspectives*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- FEREJOHN, John, "Judicializing politics, politicizing law", em *Law and contemporary problems*, v. 65, núm. 3, verão, 2002, pp. 41-68.

- FERRAZ, Octavio Luiz Motta, "Brazil: Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health" in *Litigating Health Rights*, em Alicia Ely YAMIN; Siri GLOPPEN (Eds.), *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*, Cambridge, Harvard University Press, 2011a.
- _____, "Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil", em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011b, pp. 1643-1668.
- GAURI, Varun, *Social rights and economics: claims to health care and education in developing countries*, World Bank Policy Research Working Paper 3006, March, 2003.
- GINSBURG, Tom, *Judicial Review in New Democracies* [Online], Cambridge, Cambridge University Press. Acesso em Cambridge Books Online, 2003.
- HIRSCHL, Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2009.
- HOFFMANN, Florian, Fernando Bentes, "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil", em Daniel M. BRINKS, Varun GAURI, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010, pp. 100-145.
- IVO, Anete Brito Leal, Alessandra Buarque de A. SILVA, "O hiato do direito dentro do direito: os excluídos do BPC", em *R. Katal.*, Florianópolis, v. 14, núm. 1, jan/jun., 2011, pp. 32-40.
- MACIEL, Débora Alves, Andrei KOERNER, "Sentidos da judicialização da política: duas análises", em *Lua Nova*, núm. 57, 2002, pp. 113-33.
- MARQUES, Silvia Badim, "Judicialização do direito à saúde", em *Revista de Direito Sanitário*, núm. 9.2, 2008, pp. 65-72.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias de, Vitor MARCHETTI, "O Judiciário e o controle sobre as políticas públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo", em *Encontro Nacional da Anpocs*, v. 37, 2013.
- PEERENBOOM, Randall, "Law and Development in Middle-Income Countries: Introduction", em Randall PEERENBOOM, Tom GINSBURG (Eds.), *Law and Development of Middle Income Countries*, Nova York, Cambridge University Press, 2013.
- RIOS-FIGUEROA, Julio, Jeffrey K. Staton, "Unpacking the Rule of Law: A Review of Judicial Independence Measures", em *CELS*, 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, April, 2009.
- _____, "An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence", em *Journal of Law, Economics, and Organization Advance Access*, October, núm. 24, 2012.
- SANTOS, Wederson Rufino, *Deficiência e democracia: a interpretação do poder judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada*, Dissertação de Mestrado, PPG em Política Social da UNB, Brasília, UNB, 2009.
- SHAPIRO, Martin, Alec Stone SWEET, *On law, politics, and judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

- SILVA, Fabio de Sá, "Justiça e território: estado da arte, abordagens possíveis e questões problemáticas a partir de uma meta-análise de estudos recentes", em Marco Aurélio BOUERI, Marco Aurélio COSTA, *Brasil em desenvolvimento 2013: estado, planejamento e políticas públicas*, Brasília: Ipea, 2013.
- SNYDER, Richard, "Scaling Down: The Subnational Comparative Method", em *Studies in Comparative International Development*, vol. 36, núm. 1, 2001, pp. 93-110.
- STJ, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no 842866/MT*, Primeira Turma, j. 12 jun. 2007.
- TATE, C. Neal, Torbjörn Vallinder, *The global expansion of judicial power*, Nova York, New York University Press, 1995.
- TAYLOR, Matthew M., "O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil", em *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, núm. 2, 2007, pp. 229-257.
- TRF2, *Agravo n.º 2010.02.01.006137-0/RJ*, Relator Juiz Federal Convocado Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Quinta Turma Especializada do TRF2, julgado em 2011.
- _____, *Apelação Cível n.º 2009.51.01.029677-4/RJ*, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011.
- _____, *Apelação - Reexame Necessário n.º 2007.51.01.020475-5/RJ*, Relator Desembargador Federal Aluisio Mendes, Quinta Turma TRF2, julgamento 28/08/2013.
- TRF3, *Apelação Cível n.º 0004390-63.2010.4.03.6104/SP*, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, Terceira Turma do TRF3, julgado 02/05/2013.
- TRF5, *Apelação - Reexame Necessário n.º 26090/RN*, Relatora Desembargadora Federal José Maria Lucena, Primeira Turma TRF5, TRF5 (DJE) - 18/04/2013.
- _____, *Apelação - Reexame Necessário n.º 00005666220104058102*, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma do TRF2, DJE-TRF5, 16/11/2012.
- VIANNA, Luiz Werneck, *et al.*, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck, Marcelo BURGOS, Paula SALLES, "Dezessete anos de judicialização da política", em *Tempo Social*, v. 12, núm. 2, 2007, pp. 39-85.
- VIEIRA, Oscar Vilhena, "Supremocracia", em *Revista de Direito GV*, São Paulo, vol. 4, núm. 2, jul-dez, 2008, pp. 441-464.
- WANG, Daniel Wei, *et al.*, "Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa", em: *Revista de Administração Pública*, 48 (5), 2014, pp. 1191-1206.