

# Judicialização de Políticas Públicas no Brasil

Vanessa Elias de Oliveira  
Organizadora



Copyright © 2019 dos autores  
Todos os direitos desta edição reservados à  
FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ / EDITORA

Revisão

*Augusta Porto Avalle*  
*M. Cecília G. B. Moreira*  
*Myllena Paiva*  
*Thaís Pedretti*

Normalização de referências

*Clarissa Bravo*

Capa e projeto gráfico

*Carlota Rios*

Produção editorial

*Phelipe Gasiglia*

Catálogo na fonte

Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde  
Biblioteca de Saúde Pública

---

O48j      Oliveira, Vanessa Elias de (Org.).  
            *Judicialização de Políticas Públicas no Brasil / organizado por Vanessa Elias de Oliveira.* – Rio de Janeiro : Editora Fiocruz, 2019.

332 p. : il. ; tab. ; graf.

ISBN: 978-85-7541-627-3

1. Judicialização da Saúde. 2. Política Pública. 3. Defensoria Pública.  
4. Direito à Saúde. 5. Educação. 6. Serviço Social. 7. Democracia. 8. Governo.  
9. Constituição e Estatutos. 10. Casamento - legislação & jurisprudência.  
11. Brasil. I. Título.

CDD - 23.ed. – 344.032109815

---

2019

EDITORA FIOCRUZ

Av. Brasil, 4036 – 1º andar – sala 112 – Manguinhos

21040-361 – Rio de Janeiro – RJ

Tels: (21) 3882-9039 e 3882-9041

Telefax: (21) 3882-9006

editora@fiocruz.br

www.fiocruz.br

Editora filiada



Associação Brasileira  
das Editoras Universitárias

## Apresentação

O protagonismo crescente do Poder Judiciário, sobretudo em temas que envolvem a vida política num sentido amplo (*polity, politics e policies*), já é vastamente reconhecido pela ciência política. A expansão global desta instituição, analisada por Tate e Valinder (1995), decorre de uma série de fatores, políticos e sociais,<sup>1</sup> e transformou as cortes em importantes atores do processo de políticas públicas (Shapiro & Stone Sweet, 2002). Em termos sociais, pode-se dizer que há uma *juridificação* crescente das sociedades, que têm optado pela via judicial para a resolução de conflitos antes usualmente solucionados no âmbito das relações sociais, quando individuais, ou por meio da ação política, quando coletivos. Em termos políticos, o protagonismo recente dos tribunais é fruto de um processo histórico de desenvolvimento institucional do Judiciário e da relação entre os poderes, da ampliação do acesso à justiça e da complexificação dos direitos sociais, com a consequente adaptação do constitucionalismo para absorver tais mudanças.

A juridificação do bem-estar social promoveu uma busca desmedida pelas cortes e pela decisão judicial de litígios nos mais variados campos: trabalhista, civil, administrativo e de direitos sociais, afetando mais alguns países do que outros (Santos, Marques & Pedroso, 1995). Ademais, os tribunais assumiram papel importante, nas democracias contemporâneas, em decorrência da crise de legitimidade dos partidos políticos e dos episódios de corrupção, tornando-se destacado ator político – ainda que tenham, presumidamente, que decidir de maneira apolítica nos casos concretos.

<sup>1</sup> Para essa discussão, conferir Tate e Vallinder (1995), Stone Sweet (2000), Hirschl (2006), dentre outros.

No Brasil, não há dúvidas de que o Judiciário e as demais instituições judiciais, sobretudo Ministério Público (MP) e Defensoria Pública (DP), atuam crescente e intensamente em questões de cunho político – regras do jogo, regras do processo político e eleitoral e de políticas públicas. Com isso, tornaram-se atores do jogo político a ser conhecido, estudado, compreendido – motivo pelo qual verificamos um aumento significativo de teses, artigos e livros sobre a atuação das instituições judiciais na política.

Como fatores principais que impulsionaram a centralidade das instituições do sistema de justiça na democracia brasileira, podemos citar três. Em primeiro lugar, a *constitucionalização de direitos sociais e de políticas públicas*, conforme asseveram Cláudio Gonçalves Couto e Rogério Arantes, no capítulo que abre a primeira parte desta coletânea). Esta seria, segundo os autores, uma das dimensões da judicialização das políticas públicas no Brasil, na medida em que restringe constitucionalmente (e, portanto, pelo controle de constitucionalidade) a formulação de políticas públicas. Os casos de judicialização de políticas públicas aqui apresentados corroboram a importância desse fator: a constitucionalização de direitos sociais como saúde e educação, bem como as políticas específicas que lhes dão vigência, possibilitam o questionamento judicial e, assim, o acesso a medicamentos, leitos hospitalares ou creches, independentemente da vontade e/ou capacidade dos atores políticos em atender tais demandas.

Em segundo lugar, a *ampliação do acesso à justiça* levou as instituições do sistema de justiça para o centro do debate político, conforme discutido por Luciana Gross Cunha e Fabiana Luci de Oliveira. No Brasil, verificamos, a partir dos anos 1980, a ampliação dos instrumentos judiciais de garantia de direitos difusos e coletivos colocados à disposição dos atores sociais, como a Ação Civil Pública (lei federal de 1985), bem como dos atores que podem propor Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) a partir da Constituição de 1988 (Arantes, 1997), facilitando o acionamento das instituições e atores judiciais para a garantia de direitos sociais.

Em terceiro lugar, podemos citar o *protagonismo de instituições do sistema de justiça* que até a redemocratização não tinham papéis político e social centrais. Trata-se do protagonismo do MP, que ganha robustez após 1988, conforme explicita Rogério Arantes, e da DP, tema discutido por Thiago M. Queiroz Moreira. Ambos os autores buscam explorar a evolução do processo de consolidação institucional desses órgãos que compõem o sistema de justiça brasileiro, assim como as consequências desse desenvolvimento para o jogo político e, sobretudo, para as políticas públicas.

Esses fatores, em conjunto, conformam o *arcabouço institucional* que cria o ambiente propício para a judicialização das políticas públicas no Brasil.

Apesar do crescente reconhecimento da influência exercida pelo arcabouço institucional que envolve a constitucionalização das políticas públicas, a ampliação do acesso à justiça e o papel do Judiciário, MP e DP na garantia de políticas públicas no Brasil – saúde, educação, habitação, assistência social, dentre outras –, ainda há uma lacuna importante em relação a duas questões. Em primeiro lugar, faltam análises que agreguem os estudos sobre os processos de judicialização das diferentes políticas públicas, buscando compreender semelhanças e diferenças – e, portanto, os mecanismos desse processo. Em segundo lugar, são poucas as análises que escapam do olhar jurídico sobre as ações judiciais, ou que não se concentram na atuação do próprio Judiciário, mas que avancem na compreensão dos *efeitos* produzidos pela judicialização para as políticas públicas em suas diferentes fases (formulação, implementação, avaliação) e na interação interinstitucional dela decorrente. Este é o objetivo do presente livro, isto é, compreender a judicialização das políticas públicas, a partir da interação que esta gera entre poderes e entre diferentes instituições, com efeitos sobre a produção de políticas públicas.

Para tanto, os trabalhos aqui apresentados lidam com o tema da judicialização não com base na análise dos mecanismos ou interpretações judiciais, mas sim na interação sistema de justiça-Executivo e/ou sistema de justiça-Legislativo, analisando as implicações dessas interações para a produção das políticas públicas.

Partimos do pressuposto de que a judicialização de políticas públicas gera uma interação entre os poderes que não produz, *a priori*, resultados positivos ou negativos, dicotomicamente, que diz respeito tanto à relação entre os poderes e seus controles democráticos, quanto à produção de políticas públicas (Oliveira & Noronha, 2011; Oliveira, Silva & Marchetti, 2018). Essa interação produz resultados diversos, conforme a política pública em jogo, os atores envolvidos, suas estratégias e regras institucionais que delimitam seus campos de atuação.

Este conjunto de trabalhos evidencia, para além dos avanços e problemas gerados por esse processo, a decorrente interação entre os poderes e entre instituições executivas, legislativas e judiciais e suas consequências sobre os rumos das políticas públicas formuladas e/ou implementadas. Tal interação gera efeitos que alteram os caminhos disponíveis aos gestores de políticas públicas, em termos de opções e modelos de políticas a serem adotados, ou as relações entre as instituições envolvidas no processo de judicialização, criando o que denominamos

“entrelaçamentos institucionais”, ou seja, parcerias entre instituições políticas e judiciais como meio para enfrentar os efeitos perversos da judicialização das políticas públicas.

## O Processo de Judicialização das Políticas Públicas no Brasil

A judicialização da política pode ser entendida como a crescente utilização do sistema de justiça nos casos em que a atuação dos poderes Legislativo e/ou Executivo é percebida por atores políticos e sociais como falha, omissa ou insatisfatória (Oliveira & Couto, 2016). Uma vez acionados, respondem interferindo em questões políticas variadas, como temas controversos não decididos pelo Parlamento, regras do jogo político-partidário, divisão de poderes na federação etc.

A judicialização de políticas públicas seria a crescente utilização do sistema de justiça, não para a resolução de conflitos políticos (*politics*), mas para o questionamento de falhas ou omissões na produção de políticas públicas (*policies*) por parte do Executivo, ou inação ou falhas do Legislativo no que tange à produção de normas legais. O sistema de justiça responde interferindo nas políticas públicas, em suas diferentes fases, conforme exploramos adiante. Somado a isso, promove adaptações institucionais, bem como reflexos nos outros poderes e instituições, por meio das interações resultantes do processo de judicialização.

Por sua vez, a judicialização das relações sociais decorre da crescente intervenção do direito na vida social, sendo a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais um momento importante nesse processo no Brasil (Vianna *et al.*, 1999). O aumento da litigância, decorrente da judicialização das relações sociais, se dá por meio de dois movimentos principais: o de indivíduos contra indivíduos, em questões judiciais clássicas ou em questões “antes solucionadas no interior da vida comunitária, a exemplo de condomínios e associações”; ou de consumidores contra empresas, “em razão do mais fácil acesso à Justiça e de novos meios, colocados à sua disposição, para se defenderem” (Vianna *et al.*, 1999: 199). Assim, a judicialização das relações sociais significa a crescente utilização do Judiciário para a resolução de conflitos da vida comunitária, antes solucionados no âmbito das relações sociais sem a mobilização da máquina estatal.

Importante mencionar a diferença entre judicialização e ativismo judicial. Para Barroso (2014), enquanto a judicialização é um fato, um processo decorrente do desenho institucional brasileiro, o ativismo é uma atitude, uma opção do operador do direito no seu modo de interpretar a Constituição, expandindo assim seu sentido e alcance.

A chamada judicialização das políticas públicas se disseminou no Brasil após a Carta de 1988, que constitucionalizou direitos sociais e uma série de políticas públicas a eles relacionadas. Juntamente com a constitucionalização de políticas públicas, ocorreu também o fortalecimento das instituições do sistema de justiça, especialmente o MP e a criação e institucionalização das DPs. Por fim, verificou-se a ampliação dos mecanismos de acesso ao sistema de justiça. Esses fatores criaram um ambiente favorável à utilização do sistema de justiça como uma arena institucional eficiente na garantia de direitos sociais como saúde, educação, assistência, habitação, saneamento etc.

Nesse contexto institucional, atores vinculados ao movimento de luta contra a Aids, já no início dos anos 1990, passaram a acionar o Judiciário na busca pelo fornecimento gratuito de antirretrovirais (Pepe *et al.*, 2010; Vieira & Zucchi, 2007). O sucesso na utilização desse instrumento de luta deu origem, em 1996, à lei n. 9.313, que garantiu a distribuição gratuita e universal de antirretrovirais, uma política mundialmente reconhecida. Entretanto, a mesma não gerou uma diminuição das demandas judiciais; ao contrário, Machado e colaboradores (2011) argumentam que houve um aumento dessas demandas a partir de 1997, sobretudo no caso dos medicamentos.

A área da saúde foi a que vivenciou, em fins dos anos 1990 e início dos 2000, uma ampliação exponencial de casos de judicialização, despertando interesses dos pesquisadores pela sua compreensão, tanto no âmbito jurídico quanto no impacto para a política pública de saúde, o que produziu uma série de trabalhos acadêmicos sobre o tema, nas diferentes áreas do conhecimento: saúde pública, direito e ciência política/políticas públicas.

O processo de judicialização se expandiu para outras áreas de políticas públicas a partir dos anos 2000, conforme trabalhos aqui apresentados discutem, ao analisarem os casos da educação, do saneamento e da habitação. A extensão deste processo vem se ampliando a cada ano, buscando assegurar a conformidade tanto das normas quanto das ações dos agentes públicos à Constituição, de forma a garantir que as políticas públicas correspondam ao que determinam o texto e os princípios constitucionais. Para isso, mobilizam-se diferentes níveis do Judiciário, assim como promotores e defensores públicos.

Além da extensão temática e institucional do processo de judicialização das políticas públicas, tem-se a ampliação de atores que o lideram. Atores políticos, sobretudo partidos e sindicatos, mobilizam o sistema de justiça para garantirem direitos das minorias ou suas opções políticas (Vianna *et al.*, 1999), assim como atores e organizações da sociedade civil o acionam para garantirem direitos de

grupos sociais específicos. Ainda, a mídia pode ter um papel importante em termos de mobilização judicial, focando em casos de corrupção ou de discriminação, por exemplo (Sieder, Schjolden & Angell, 2009).

Em termos de resultados alcançados, não é tarefa simples medir e analisar os efeitos da judicialização. Os estudos aqui reunidos demonstram que os resultados dependem da política pública envolvida e, em especial, do tipo de bem ou direito que se busca garantir judicialmente. Enquanto o acesso a medicamentos é facilmente obtido pela via judicial, o acesso a leitos hospitalares é mais complexo, pois envolve a obtenção de um bem não facilmente adquirido pelo poder público. Não se produzem vagas em hospitais em 48 horas, assim como se compram medicamentos ou insumos. Tampouco se produzem vagas em creches ou moradias. O que se está demandando judicialmente influencia o resultado do processo de judicialização.

Outro fator que influencia esse resultado, tema a ser mais bem explorado por outros estudos, é a cultura jurídica sobre a política pública em questão. O direito à propriedade, base do direito e do ensino jurídico, tende a ser priorizado, ao ser confrontado com o direito social à moradia, por exemplo, conforme discutido no trabalho de Fernanda Kagan Malak. Este tema, que envolve a questão da "cultura legal interna" (formação, normas, atitudes e práticas dos operadores do direito) e da "cultura legal externa" (percepções sociais sobre questões que chegam à justiça), nos termos de Friedman e Pérez-Perdomo (2003), ainda carece de atenção quando tratamos da atuação do sistema de justiça na garantia de direitos difusos e coletivos no Brasil.

Ao se analisar a judicialização da política e das políticas públicas, outro fator que merece atenção é a natureza do sistema político como um todo:

certos padrões de relação Executivo-Legislativo podem inibir o recurso a uma judicialização *top-down* pelas elites políticas, enquanto outros podem encorajá-lo. Acachapantes maiorias governamentais, por exemplo, e mecanismos ineficientes de proposições legislativas podem encorajar partidos minoritários a perseguir suas agendas por meio das cortes. (...) Ademais, a natureza do sistema partidário e o grau de consenso ou conflito – ou de unidade e fragmentação – dentro dele podem ter um papel central em explicar a presença ou ausência da judicialização da política. (Sieder, Schjolden & Angell, 2009: 15-16)

Não apenas a judicialização da política é influenciada pela natureza do sistema político, mas também a própria judicialização das políticas públicas, como demonstra Juliana Fabbroni Marin Marin em seu capítulo. A maioria legislativa

que compõe a chamada bancada evangélica vem conseguindo se contrapor à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no que diz respeito à união homoafetiva, ampliando o número de projetos de lei que pretendem a sua proibição, ainda que não haja (até o momento) uma lei aprovada nesse sentido.

Por fim, a natureza do sistema político e da relação entre Executivo e Legislativo influencia a judicialização da política e das políticas públicas, nos termos de Sieder, Schjolden e Angell (2009), mas também produz efeitos sobre a relação entre os poderes.

## Judicialização e Interação entre os Poderes

Um dos efeitos da judicialização das políticas públicas é a maior interação entre os poderes e as instituições envolvidas na política em questão. Esta é uma consequência prevista desse processo, dado que a atuação do Judiciário no tocante às políticas públicas exige, necessariamente, uma resposta do Executivo sobre o direito ou a política demandada judicialmente. Essa interação pode se dar entre diferentes poderes e em direções opostas: não apenas entre Judiciário e Executivo, mas também entre Judiciário e Legislativo; e, ainda, a interação pode ser no sentido de distanciamento ou no de aproximação entre os poderes.

Em relação ao que chamamos de direção da interação, entendemos por *distanciamento* a rejeição à decisão judicial, o que leva os demais poderes a agirem em contraposição ao Judiciário, visando a reverter ou minorar os efeitos da decisão, reafirmando assim sua autoridade sobre a política pública em foco. Por *aproximação* entendemos uma tentativa de estabelecer cooperação entre os poderes, reforçando a posição assumida pelo Judiciário na questão julgada pelos demais poderes (Quadro 1).

Quadro 1 – Judicialização de políticas públicas e interação entre os poderes

Direção e tipos de interação	Instituições do sistema de justiça – Executivo	Instituições do sistema de justiça – Legislativo
Aproximação	COOPERAÇÃO Parcerias institucionais para atendimento e/ou aprimoramento da decisão judicial	POTENCIALIZAÇÃO Apresentação de projetos de lei/emendas constitucionais que reforcem ou aprimorem a interpretação judicial
Distanciamento	OBJEÇÃO Utilização de mecanismos de anulação ou protelação da implementação da decisão judicial	CONTRAPOSIÇÃO Apresentação de projetos de lei/emendas constitucionais em sentido oposto ao da interpretação judicial

As direções da interação e os poderes envolvidos em cada uma das direções possíveis geram quatro tipos distintos de interação (Quadro 1). No caso da interação de aproximação do tipo cooperação entre Judiciário e Executivo, diferentes instituições atuam de maneira conjunta para enfrentar a judicialização das políticas públicas. Este é o caso, por exemplo, da Câmara de Resolução de Litígios da Saúde (CRLS) – uma parceria entre Procuradoria-Geral do Estado e do Município do Rio de Janeiro, Secretarias Estadual e Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, Defensoria Pública Estadual (DPGE) e Federal (DPU), Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro –, que busca soluções administrativas para o atendimento das demandas, evitando assim a judicialização, experiência relatada no capítulo de Vanessa Elias de Oliveira. Especificamente no que diz respeito à aproximação entre as instituições do sistema de justiça e o Executivo, argumentamos que esta é capaz de gerar um entrelaçamento institucional, ou seja, uma relação interinstitucional para o enfrentamento da questão da judicialização das políticas públicas, que seria, portanto, um dos principais efeitos desse tipo de interação. Um exemplo claro de entrelaçamento institucional decorrente da aproximação entre distintos poderes e instituições é o caso da CRLS citada anteriormente. Tal entrelaçamento, conforme veremos, pode ser lido como um dos efeitos positivos gerados pela judicialização de políticas públicas, já que permite a atuação conjunta de instituições distintas, com lógicas próprias e peculiares de funcionamento, muitas vezes em campos opostos, mas que cooperam entre si na busca de soluções para os problemas por ela gerados.

Esta tem sido, aliás, uma estratégia recorrente dos atores envolvidos na judicialização das políticas públicas com o objetivo de atingir resultados mais eficientes. Além do episódio da saúde, é também emblemático desse tipo de cooperação o da demanda por vagas em creches no município de São Paulo relatado por Salomão Ximenes e Adriana Dragone Silveira, em um dos capítulos desta coletânea. O acordo firmado na sentença judicial gerou nesse caso, como parte da decisão, a criação de um Comitê de Assessoramento junto à Coordenadoria de Infância do Tribunal de Justiça do estado. A Coordenadoria começou a realizar audiências semestrais, com a participação do secretário de Educação do município e gestores da pasta, para acompanhamento das ações do Executivo municipal. Assim, Executivo e Judiciário passaram a monitorar a implementação da política, definida em grande medida por meio da decisão judicial. Em uma audiência pública sobre vagas em creches em São Paulo, o secretário municipal da pasta, Alexandre Schneider, afirmou: “queremos ter uma relação extremamente próxima com o Judiciário, o Ministério Público e sociedade civil”,

o que demonstra a reestruturação política do Executivo, levando-o a um necessário diálogo interinstitucional.

A interação do tipo potencialização, de aproximação entre o sistema de justiça e o Legislativo, visa a reforçar o entendimento judicial sobre determinada temática de política pública, por meio da aprovação de leis ou de emendas constitucionais. Este é o caso, por exemplo, das seguidas emendas (30/2000, 37/2002, 62/2009) sobre os precatórios judiciais (Vasconcelos, 2014).

A diferença entre os dois tipos de aproximação, seja com o Executivo seja com o Legislativo, diz respeito à possibilidade, no primeiro caso, de se gerar o que chamamos de *entrelaçamento institucional*, ou seja, algum tipo de cooperação interinstitucional. No caso da aproximação com o Legislativo, esta não se dá por meio de um entrelaçamento institucional, mas pela resposta legislativa a um entendimento judicial de questões políticas controversas que foram judicializadas. Enquanto a cooperação visa a lidar com a judicialização em si, a potencialização visa a reforçar o entendimento sobre uma questão de política pública decorrente do processo de judicialização.

A interação de distanciamento entre as instituições do sistema de Justiça e o Executivo, chamada de “objeção”, busca a anulação (por meio de recursos às instâncias superiores do Judiciário) ou a não implementação da decisão judicial, ao menos a curto prazo, por meio da protelação. Esse foi o caso verificado em São Bernardo do Campo, descrito por Vanessa Elias de Oliveira e Thais Fernanda Lopes, sobre a judicialização do conflito ambiental-urbano e a política habitacional. Nele demonstrou-se como a estratégia do Executivo municipal foi, por anos, a utilização de recursos judiciais, sempre que possível, para o não cumprimento das decisões. Somente quando não havia mais recurso cabível, o Executivo começou a se planejar para garantir habitação para os cidadãos que haviam sido removidos de áreas ambientalmente protegidas. Da mesma maneira, no caso do direito à moradia no entorno da rodovia Anchieta, no município de Diadema, também se demonstra como o Executivo se comprometeu a garantir tal direito, mas vem protelando a implementação dessa política pública por meio de diferentes argumentos – ausência de recursos para a construção de habitação para a população removida, em especial.

Por fim, o distanciamento entre instituições do sistema de justiça e o Legislativo gera a interação do tipo contraposição, em que se tenta anular o efeito das decisões judiciais por meio de aprovação de leis ou emendas constitucionais que vão no sentido oposto ao da interpretação jurídica sobre a política pública em jogo. Este é o caso da união homoafetiva no Brasil: em decorrência da decisão

do STF, houve um aumento do número de projetos de lei apresentados pelo Legislativo federal acerca da questão, buscando reverter a garantia do direito à união homoafetiva determinada pelo Supremo. Trata-se de uma reação à decisão decorrente da judicialização, tal como no caso da potencialização, mas, aqui, uma reação no sentido inverso. Da mesma maneira, essa é uma possibilidade no caso da descriminalização do aborto no Brasil, conforme Eloísa Machado de Almeida discute ao tratar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, do Partido Socialismo e Liberdade (Psol), que defende a inconstitucionalidade da criminalização do aborto, quando realizado até a 12ª semana de gestação, por violar o preceito da dignidade humana e da cidadania das mulheres, além de outros direitos fundamentais, como a integridade, a liberdade, a igualdade e a saúde. De acordo com a autora, por se tratar de matéria ainda não definida pelo Legislativo, este poderá posicionar-se de maneira contrária, propondo, por exemplo, leis mais restritivas sobre direitos sexuais e reprodutivos.

Importante salientar que um tipo de interação num momento  $t_1$  não impede outro tipo de interação num momento  $t_2$ . Como exemplo podemos citar a adoção de uma estratégia de protelação para a garantia do direito à moradia, até que não seja mais possível protelar ou descumprir a decisão judicial; nesse momento, o Executivo pode adotar a interação do tipo cooperação com o sistema de justiça, acordando prazos e parcerias para o acompanhamento da implementação da decisão judicial.

Outra forma de caracterizar a interação entre Judiciário e Executivo foi apresentada por Oliveira, Silva e Marchetti (2018), que a analisaram com base em estratégias que denominam “estratégia política” e “estratégia judicial”: na primeira o Executivo busca seu cumprimento, por meio do atendimento individual ou coletivo; na segunda o Executivo se mobiliza para evitá-la e/ou revertê-la, por meio de uma ação que pode ser preventiva ou protelatória.

Essas categorias têm correspondência com os tipos de interação entre os poderes Judiciário e Executivo apresentados no Quadro 1, de cooperação (estratégia política) ou protelação (estratégia judicial). No entanto, essa divisão não parece adequada para descrever a interação entre os poderes em termos de distanciamento ou aproximação, conforme aqui proposto. Ao se analisar a interação por meio deste prisma, ampliam-se as possibilidades de compreensão, incorporando também o Poder Legislativo. Afinal, não se pode afirmar, no caso da interação entre o sistema de justiça e o Legislativo, que, no caso de aproximação, a estratégia seria política, ao passo que a de distanciamento seria judicial. Embora a estratégia de contrapor-se a uma interpretação judicial, ao

aprovar uma legislação que a rechace não seja *judicial*, também lida com recursos políticos e os mobiliza. Entendemos que o olhar a partir da aproximação ou do distanciamento entre os poderes permite estabelecer padrões semelhantes de interação, seja do Judiciário e demais órgãos do sistema de justiça com o Executivo, seja deles com o Legislativo.

Para além da interação entre os poderes, tem-se ainda uma adequação interna de cada poder ou instituição ao desafio representado pelo processo de judicialização das políticas públicas. O Judiciário precisou se reorganizar administrativamente para receber e processar as ações envolvendo direitos sociais e provisão de serviços públicos – estruturando, por exemplo, os Núcleos de Assistência Técnica em Saúde (NATs) dentro dos Tribunais de Justiça. Além disso, os magistrados foram levados a se envolver com o tema da judicialização, promovendo audiências públicas, um mecanismo ainda novo para Judiciário (Jorge, 2017). Como exemplos, podemos citar a Audiência Pública promovida em 2009 pelo STF para discutir a judicialização da saúde ou a primeira audiência pública do TJSP, de 2013, com o objetivo de coletar dados para a Ação Civil Pública que determinou a garantia de 150 mil vagas em educação infantil pela prefeitura de São Paulo (Ximenes, Oliveira & Silva, 2017). Também, cursos sobre essa temática são cada vez mais frequentes, promovidos pelas Escolas Superiores da Magistratura de diversos estados – uma rápida busca pela internet mostra que estes acontecem de norte a sul do país.

Da mesma maneira, DP e MP também passam por processos internos com a criação de departamentos especializados. No caso do MP de São Paulo, foram criados o Grupo de Atuação Especial da Educação (Geduc) e o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação (CAO Educação), para atuarem de maneira mais qualificada na garantia do direito à educação, em seus vários aspectos, sobretudo a partir dos anos 2000, quando o este direito passou a ser judicializado (Silveira, 2006).

O Executivo, por sua vez, para além das diversas cooperações com o Judiciário, vem se capacitando internamente por meio da criação de mecanismos de acompanhamento administrativo dos processos judiciais, como é o caso do S-Codes, sistema criado em 2009 pelo governo do estado de São Paulo com o objetivo de acompanhar as ações judiciais. De acordo com Naffah Filho, Chieffi e Corrêa (2010), a Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS (Codes), responsável pela gestão das demandas judiciais, desenvolveu em 2005 um sistema informatizado para o cadastro das ações judiciais impetradas contra o gestor estadual, o Sistema de Controle Jurídico (SCJ). Esse sistema foi aprimorado em

2009, em decorrência da necessidade de apoiar a aquisição e dispensação dos medicamentos e materiais. O novo sistema, S-Codes, implantado em todo o estado em 2010, cadastra todas as ações impetradas contra a Secretaria Estadual de Saúde (Naffah Filho, Chieffi & Corrêa, 2010).

Outro exemplo é o sistema informatizado (Dados Abertos) da Prefeitura de São Paulo, criado para acompanhar e divulgar a listagem de crianças que aguardam vaga na educação infantil. Por meio do sistema Microdados da Rede Municipal de Ensino – Matrículas, é possível verificar, por exemplo, quem passou para o primeiro lugar na fila por ordem judicial.

O Legislativo também busca, internamente, responder aos processos de judicialização das políticas públicas. Uma das formas é a discussão parlamentar de projetos de lei envolvendo a questão da judicialização. O principal exemplo é o projeto de lei n. 8.058/2014 do deputado Paulo Teixeira, do Partido dos Trabalhadores (PT) de São Paulo, que visa a instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Sem entrar na discussão acerca do teor do referido projeto, basta-nos aqui salientar o fato de que se trata de uma tentativa do Legislativo de lidar, por meio dos seus próprios mecanismos institucionais, com os problemas colocados pela judicialização. Da mesma maneira, o Legislativo pode reagir sobre questões específicas, legislando sobre um tema de política pública decidido previamente pela via judicial, como é o caso da união homoafetiva.

Os movimentos sociais também se readequaram para utilizar a judicialização das políticas públicas como estratégia para a garantia de direitos. Dado que “os atores políticos buscam o melhor caminho institucional para influenciar os resultados em termos de políticas públicas” (Taylor, 2008: 6), para os movimentos o caminho jurídico entrou para o rol de estratégias possíveis no jogo dessa luta política. Estes não apenas acionam a justiça, mas também participam de comitês de acompanhamento das decisões, como é o caso do comitê de assessoramento estabelecido na cidade de São Paulo, instituído para monitorar o processo de criação de vagas em creches a partir do acordo estabelecido em 2013 (Rizzi & Ximenes, 2014). Além disso, as organizações da sociedade civil buscam se adequar a fim de garantir assessoria jurídica eficiente para a utilização dessa estratégia.

Em contrapartida, os movimentos sociais também sentem os impactos da sua própria judicialização, conforme estudo de Burckhart (2017) sobre o Movimento dos Atingidos pelo Desastre (MAD) de Blumenau/SC. Esse movimento, após a tragédia socioambiental em 2008 na região do Vale do Itajaí, passou a reivindicar o direito à moradia digna às 25 mil pessoas afetadas pelas enchentes. A Prefeitura

não garantiu uma solução para a população e o movimento foi judicialmente interpelado em decorrência da ocupação irregular de uma área de propriedade do poder público municipal. Segundo o autor, “a judicialização foi o ponto crucial para a desestabilização do processo reivindicativo, funcionando como uma forma de negação da política e do diálogo” (Burckhart, 2017: 245). Enfim, a judicialização dos movimentos sociais pode resultar na sua criminalização.

Para além de influenciar a relação entre os poderes, bem como os próprios poderes e instituições do sistema de justiça internamente, a judicialização afeta as políticas nas diferentes fases do chamado *ciclo das políticas públicas*, ou seja, nas fases da formação de agenda, formulação, implementação e avaliação. Vejamos como esta influência se dá.

### A Influência da Judicialização Sobre o Ciclo de Políticas Públicas

Gauri e Brinks (2008), ao analisarem as políticas de saúde e educação, buscaram compreender se de fato as cortes estão se envolvendo crescentemente nos direitos econômicos e sociais, se tais intervenções são significativas em termos de *policy making* e, ainda, se fazem com que os governos favoreçam os mais necessitados ou os mais abastados. Com base nessas questões, os autores apresentam o “ciclo de judicialização da política pública”, o qual pode ser decomposto em quatro estágios: 1) a etapa da mobilização legal, isto é, a entrada da demanda na justiça; 2) a etapa da decisão judicial; 3) a resposta política, burocrática ou privada; 4) o acompanhamento do litígio.

Cada etapa desse processo envolve um ou mais atores estratégicos, e seu produto é chamado pelos autores de “legalização da política pública em uma determinada área de política”, entendido como um processo no qual cortes, advogados e procuradores se tornam atores relevantes para a formulação e implementação das políticas públicas (Gauri & Brinks, 2008).

Nesse processo de interação estratégica entre diferentes atores, os juízes não apenas decidem com base na probabilidade de *compliance* ou nas reações políticas e seus efeitos sobre o Judiciário (estágio 3), mas também na possibilidade de novos casos ou de acompanhamento dos casos já decididos (estágios 1 e 4, respectivamente).

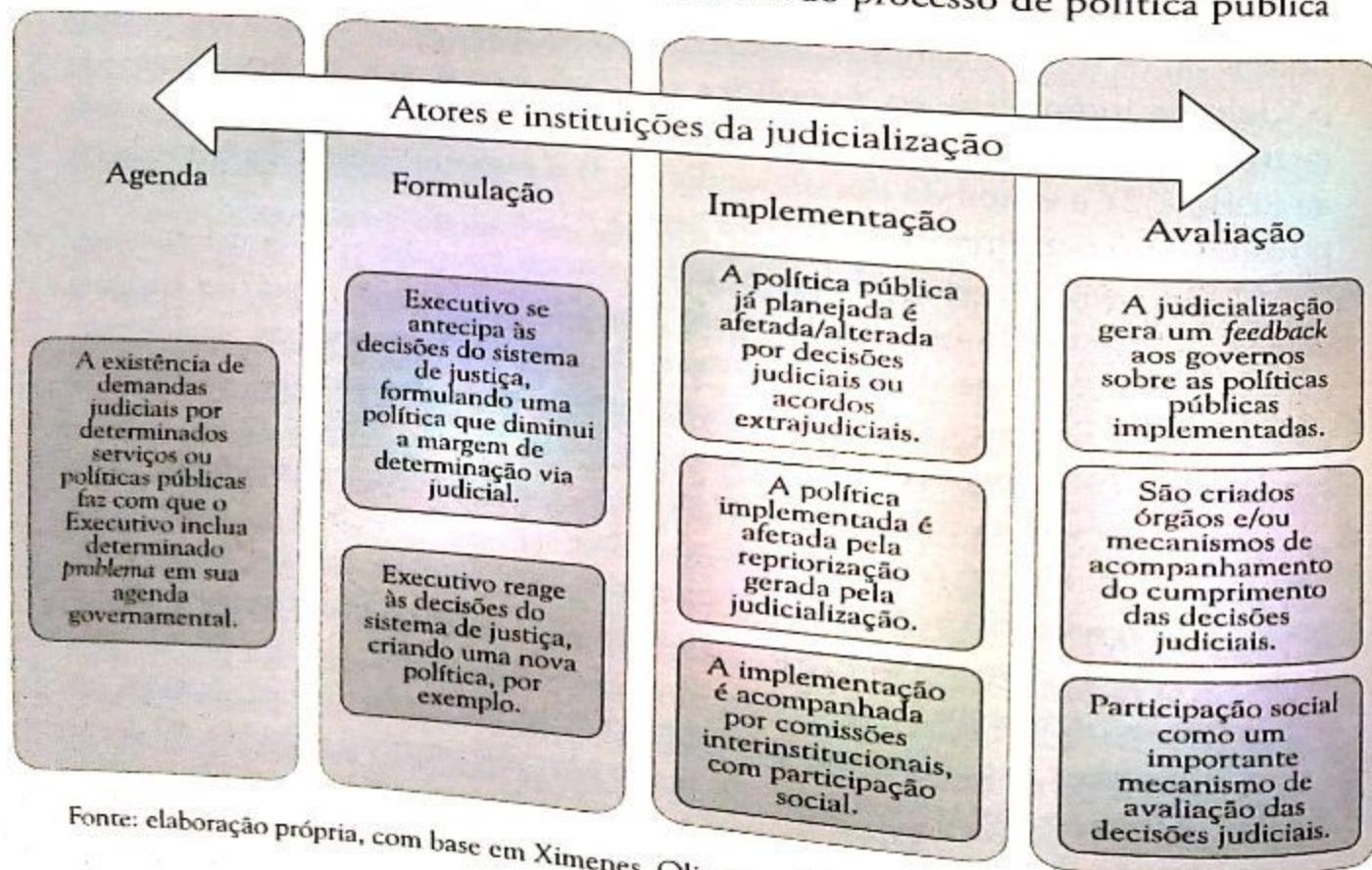
Os autores reconhecem, portanto, a natureza interativa das decisões judiciais. Ademais, as cortes tornam-se um ator relevante no processo, tal como apontado por Taylor (2007), o que não significa que estão usurpando o poder de outros atores ou instituições. Com isso, Gauri e Brinks (2008) enfraquecem a dicotomia entre atuação judicial e atuação política (legislativa ou executiva),

argumento adotado por Ximenes, Oliveira e Silva (2017: 8): “incorporar a natureza interativa das decisões judiciais e o papel das cortes no processo de políticas públicas significa minorar a distância entre as ‘decisões judiciais’, normativamente apolíticas, e ‘decisões de gestão’, eminentemente políticas”.

Ao tratarem do ciclo da judicialização das políticas públicas, Gauri e Brinks não analisam os efeitos da judicialização para as políticas públicas, mas, sim, o processo de judicialização *per se*, dividindo-o em fases como um recurso teórico-metodológico para melhor compreendê-lo, inclusive comparativamente, em diferentes casos de políticas públicas e em distintos contextos socioeconômicos e institucionais. No entanto, o foco está na judicialização, e não em seus efeitos.

Partindo do pressuposto por eles apresentado, de natureza interativa das decisões judiciais, mas sem analisar o ciclo de judicialização das políticas públicas, podemos dizer que as decisões judiciais e extrajudiciais dos órgãos que compõem o sistema de justiça afetam diferentemente as políticas públicas, em suas diferentes fases do processo em questão (Figura 1).

Figura 1 – Efeitos da judicialização sobre as fases do processo de política pública



Fonte: elaboração própria, com base em Ximenes, Oliveira e Silva (2017).

De acordo com o modelo de análise dos efeitos da judicialização sobre as fases do ciclo de políticas públicas aqui apresentado, não há um “ciclo de políticas públicas judicializado”, tal como proposto por Barreiro e Furtado (2015: 309), em que falhas na implementação levam a uma formulação judicial, à exigência de implementação e/ou à reformulação por parte do Executivo ou do Legislativo. Não há um ciclo judicializado ou ciclo não judicializado. A judicialização pode alterar as diferentes fases do processo de políticas públicas, nos termos apresentados por Oliveira (2013): não se trata de um processo cíclico, mas composto por fases não necessariamente sequenciais. Às vezes podem ser concomitantes, com processos e atores que interagem entre si e podem estar envolvidos em mais de uma fase.

Portanto, se não há um ciclo fechado, único, mas sim processos que estão acontecendo e alterando a política pública reiteradamente (como as análises sobre implementação de políticas públicas demonstram), a própria possibilidade de ser judicializada já altera a lógica da política pública, levando não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, a se anteciparem e preverem os efeitos de uma provável judicialização.

Enfim, o que podemos concluir é que a atuação crescente do sistema de justiça nas políticas, em suas diferentes fases, alterou significativamente o processo de políticas públicas como um todo, complexificando-o ao incluir atores (operadores do direito) para os quais as análises não se atentavam antes da expansão global do Poder Judiciário (Tate & Vallinder, 1995). Por isso, já não é mais possível compreender este complexo processo sem levar em consideração a atuação dos atores do sistema de justiça, suas preferências e culturas institucionais (Sieder, Schjolden & Angell, 2009) nas diferentes áreas de políticas, dado o contexto institucional apresentado: constitucionalização de direitos e de políticas públicas; ampliação do acesso à justiça; protagonismo de instituições do sistema de justiça, como o MP e a DP.

## Uma Ampla Agenda de Pesquisa a Ser Explorada

Reiterando, os autores desta coletânea pretendem analisar o processo de judicialização das políticas públicas no Brasil, tendo por objetivo principal compreender alguns aspectos insuficientemente explorados pela literatura nacional sobre o tema: casos de judicialização de políticas públicas pouco estudados, como o caso do aborto, união homoafetivas, da assistência social ou do direito à moradia, além dos casos mais conhecidos da saúde e da educação. Ademais,

ao analisar as distintas áreas de políticas públicas, demonstram como a judicialização enseja um duplo movimento: de interação entre poderes e instituições, podendo gerar cooperação institucional, e o de influência sobre o *policy making*, alterando os resultados possíveis em termos de produção e implementação de políticas públicas.

Os trabalhos aqui apresentados, para além dos temas desenvolvidos, apontam para uma ampla e ainda pouco explorada agenda de pesquisas envolvendo a judicialização das políticas públicas, merecendo a atenção da academia e das pesquisas futuras por ela desenvolvidas. Alguns desses temas devem ser destacados.

Em primeiro lugar, sabe-se pouco sobre as causas da judicialização, para além das falhas de implementação. Embora seja óbvio que não há demanda judicial por insumos e serviços públicos onde estes são adequadamente provisionados, não se sabe ainda explicar por que estados e municípios com políticas públicas ineficientes não contam com altas taxas de acionamento das instituições de justiça. Em pesquisa sobre a judicialização das vagas em creches, por exemplo, Silveira, Ximenes e Oliveira (2015)<sup>2</sup> verificam que municípios com baixas taxas de cobertura não são os que apresentam os volumes mais elevados de judicialização. Algumas hipóteses podem ser aventadas, como ausência ou debilidades da DP ou do MP no município ou região, ou desconhecimento da população desse canal de busca por direitos, no caso da baixa judicialização; em contrapartida, pode-se supor uma postura proativa de promotores ou defensores, onde a judicialização é elevada. Estas são, todavia, apenas hipóteses ainda não exploradas pela literatura.

Em segundo lugar, e relacionada com a primeira questão, tem-se uma lacuna no entendimento sobre os processos de judicialização de políticas públicas nas diferentes regiões do país, tanto em termos de causas quanto de efeitos. Há uma significativa concentração de estudos empíricos sobre estados e municípios do Sul e Sudeste, mas pouco se conhece sobre processos, mecanismos e atores da judicialização no Centro-Oeste, Norte e Nordeste do país. Ademais, diferenças territoriais são pouco exploradas. Luciana Gross Cunha e Fabiana Luci de Oliveira demonstram que os residentes de capitais acionam mais o Judiciário do que moradores de outras localidades. Qual o impacto desse fato para a judicialização e, ainda, para o *policy making* propriamente dito? Pode-

2 Trata-se de um projeto de pesquisa com apoio do CNPq (Processo n. 444068/2015-5), "Efeitos da atuação do sistema de justiça no direito à educação infantil: um estudo da judicialização da política educacional em três estados brasileiros", no qual os pesquisadores investigam os efeitos da judicialização da educação infantil para a política pública nos estados do Paraná, de São Paulo e do Ceará.

mos levantar, como hipótese plausível, que demandas judiciais em termos de insumos, serviços e políticas públicas são territorial e socioeconomicamente determinadas, variando regionalmente. Futuras pesquisas empíricas poderão aprofundar essas questões.

Em terceiro lugar, se a presença das instituições judiciais no processo de políticas públicas é cada vez maior, conforme os trabalhos aqui apresentados demonstram, urge conhecermos quais são os mecanismos de *enforcement* das decisões judiciais. Se estas são sistematicamente desconsideradas ou descumpridas pelos atores políticos, a via judicial deixa de ser um caminho a ser percorrido para a garantia de direitos (Taylor, 2007). A capacidade de acompanhamento do cumprimento das decisões judiciais é uma das etapas do ciclo de judicialização das políticas públicas, segundo Gauri e Brinks (2008), o que significa que este não se completa se a decisão não é implementada – se o leito hospitalar, a vaga em creche não é obtida, os efeitos são nulos, do ponto de vista do requerente (ainda que não o seja do ponto de vista do gestor). Relacionada a essa questão encontra-se, por exemplo, a aplicabilidade da sanção prevista; no caso das multas pelo descumprimento de decisão judicial acerca da garantia de vagas em creches públicas, percebe-se que estas variam de maneira aleatória, independentemente do orçamento municipal para a educação, e algumas são aplicadas contra a municipalidade, ao passo que outras recaem sobre o próprio gestor público.

Em quarto lugar, são escassos os estudos que relacionam os movimentos sociais com a judicialização das políticas públicas, especialmente no que diz respeito à compreensão da forma como a justiça tem sido utilizada por esses atores como instrumento de luta e defesa de direitos sociais, garantidos constitucionalmente ou por meio de interpretações da Constituição. Pesquisas nessa direção contribuirão não apenas para o debate sobre a judicialização, mas também para a compreensão da relação entre movimentos sociais e produção de políticas públicas no Brasil.

Por fim, mas não menos importante, uma questão a ser explorada é a discricionariedade do juiz ou promotor, ao definir o que deve o gestor público fazer, e o quanto essa autonomia pode ser (ou é) um limitador da discricionariedade do próprio gestor em definir suas prioridades em termos agenda de governo e de implementação de políticas públicas. Essa questão torna-se mais complexa quando adicionamos a ela o tema, discutido por Oliveira e Couto (2016), da *accountability* e controle sobre os operadores do direito. Segundo os autores, “a intensa interferência judicial na política pode se constituir num risco à

democracia, na medida em que confere a um poder não-eleito (e, por isso, insuscetível ao controle democrático do voto) a capacidade de alterar um *status quo* produzido por agentes públicos eleitos” (Oliveira & Couto, 2016: 2). Soma-se a isso a ausência de mecanismos de controle externo dos agentes do sistema de justiça. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado em 2005, é formado em sua ampla maioria por membros do próprio Judiciário, assim como o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), constituindo-se como instrumentos de controle interno desses dois corpos político-burocráticos. Um terceiro elemento que amplia o problema da ausência de mecanismos de controle é a falta de transparência do Judiciário na publicização de informações, como salários dos juízes, processos administrativos contra os operadores do direito, dentre outros aspectos. Portanto, como afirmam Oliveira e Couto (2016: 5), “é imenso o insulamento dessa burocracia dotada de prerrogativas de um poder de Estado, que desfruta de uma autonomia maior do que aquela esperada pelos que teorizaram originalmente sobre os mecanismos de freios e contrapesos do poder estatal”.

Em suma, compreender como essas questões influenciam as instituições envolvidas nos processos de judicialização ou nos processos de políticas públicas é uma agenda de pesquisa ainda inexplorada.

### Organização do Livro

Para dar conta da tarefa de compreender a judicialização das políticas públicas no Brasil, os capítulos deste livro dividem-se em duas partes: na primeira busca-se compreender os alicerces institucionais mais amplos do processo de judicialização das políticas públicas no país; na segunda analisam-se casos específicos de judicialização de políticas públicas em áreas relacionadas à saúde (acesso a medicamentos e aborto), educação, casamento homoafetivo, habitação e conflito ambiental-urbano, bem como seus efeitos para a ação governamental.

Os autores buscam analisar o processo de judicialização das políticas públicas com base no esquema argumentativo apresentado na Figura 2.