

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REPRODUTIVAS E AS LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS – REAFIRMAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS OU NEGAÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS?

Ana Carolina Pedrosa Massaro¹

Rafael Tomaz de Oliveira²

RESUMO

O presente trabalho pretende ser uma análise crítica e um levantamento doutrinário e jurisprudencial para tratar da judicialização das políticas públicas reprodutivas e das limitações impostas pelo orçamento público. É um estudo exploratório que se valeu da pesquisa bibliográfica, documental, quantitativa e qualitativa para analisar a (des)regulamentação da reprodução humana assistida no Brasil, por meio de uma perspectiva crítica sobre a atuação do Poder Judiciário como suposto promotor de direitos sociais não atendidos pelo órgão executivo, quem, muitas das vezes, falha em idealizar e implementar políticas públicas eficientes. Neste sentido, analisa-se se ao adentrar na esfera de atuação dos poderes executivo e legislativo, concedendo judicialmente ao cidadão o direito reprodutivo não atingido pela política pública outrora idealizada, estaria o julgador reafirmando direitos sociais ou negando os mesmos direitos à coletividade.

Palavras-Chave: Reprodução Humana Assistida. Direitos Sociais. Judicialização. Limitações orçamentárias.

ABSTRACT: The present work intends to be a critical analysis and a doctrinal and jurisprudential survey to deal with the judicialization of reproductive public policies and the limitations imposed by the public budget. It is an exploratory study that used bibliographical, documentary, quantitative and qualitative research to analyze the (de)regulation of assisted human reproduction in Brazil, through a critical perspective on

¹ Mestre e Doutoranda no Programa de pós-graduação da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, em Direitos Coletivos e Construção da Cidadania, sob cotutela da Universidade de Paris Nanterre, Professora de Direito no Centro Universitário Moura Lacerda e na UNIP e Advogada. Email:

anacarolina@mjmadvogados.com.br

² Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2013). Possui Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007) e Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2005). Professor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP) na Área de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP/SP), nos cursos de Mestrado e Doutorado. Líder do Grupo de Pesquisa Justiça Política e Cidadania, vinculado à Universidade de Ribeirão Preto (SP). Email: rtoliveira@unaerp.br

the role of the Judiciary as a supposed promoter of unattended social rights by the executive body, which often fails to devise and implement efficient public policies. In this sense, it is analyzed whether, when entering the sphere of action of the executive and legislative powers, judicially granting the citizen the reproductive right not reached by the public policy previously idealized, the judge would be reaffirming social rights or denying the same rights to the community.

Keywords: Assisted Human Reproduction. Social rights. Judicialization. Budgetary limitations.

INTRODUÇÃO

Os direitos sexuais e reprodutivos estão intimamente relacionados às noções de Justiça e de solidariedade, pelo que, em sendo obstados, há uma negativa não apenas dos interesses individuais dos envolvidos, mas sobretudo dos interesses coletivos que conduzem à efetivação da cidadania e da democracia.

Com efeito, o exercício dos direitos reprodutivos implica necessariamente na reafirmação da autonomia do cidadão e no acesso à saúde, garantindo-lhe, além de serviços públicos de qualidade, a privacidade, o respeito, a livre escolha e a ampla informação. Neste contexto, tais direitos revelam limites entre a atuação do Estado e o respeito à esfera privada, a ponderar o controle a ser exercido sobre a sexualidade e sobre a reprodução, sob pena de mutilar a democracia e limitar o exercício da cidadania.

No presente trabalho, pretende-se analisar a atuação do Poder Judiciário quando, uma vez provocado por aquele cidadão que não teve seu direito reprodutivo viabilizado pelo Poder Executivo – cuja implementação da competente política pública falhou –, confere acesso forçado a tal direito social, sem sopesar questões orçamentárias e a prejudicar todo planejamento de gastos do erário público.

Neste contexto, a presente pesquisa se justifica pela necessidade de analisar a judicialização das políticas públicas reprodutivas, a fim de constatar se de fato isso representaria a concretização de direitos sociais outrora descumpridos pelo Estado ou se se trataria de um mecanismo através do qual um indivíduo é beneficiado em detrimento de toda coletividade, que diante das limitações orçamentárias, deixa de ter acesso ao mesmo bem da vida, quando as verbas públicas são realocadas.

As investigações a respeito da judicialização das políticas públicas reprodutivas assumem importância ímpar diante da imprecisão literária e jurisprudencial quanto ao acesso a direitos sexuais e reprodutivos dos brasileiros vulnerabilizados, bem como sobre a análise da possível supressão de competências constitucionais, ao se considerar que o Poder Judiciário passa a ser o próprio executor da Política Pública, invadindo a esfera de atuação política e discricionária que toca ao Poder Executivo, de acordo com os ditames constitucionais.

Com a presente pesquisa, baseada em dados empíricos, busca-se saber se a judicialização das políticas públicas reprodutivas representaria a concretização de direitos sociais ou, lado outro, se afiguraria como verdadeira negativa de direitos coletivos, desatendidos pela necessária realocação de verbas orçamentárias.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE BUSCAM VENCER AS POSSÍVEIS DESIGUALDADES NO ACESSO AO ATENDIMENTO MÉDICO-REPRODUTIVO NO BRASIL

As pessoas que procuram atendimento médico procriacional no Brasil podem ter o acesso à saúde obstado por diversos motivos, tais como a orientação sexual, a condição econômica e a raça. Em relação a esse último ponto, além da dificuldade de acesso à saúde que a população negra experimenta por historicamente ter se concentrado nas periferias³, onde a infraestrutura de serviços é precária e muitas vezes inexistente, não se pode olvidar que as condições desiguais às quais as mulheres negras são submetidas, quando comparadas a outros estratos sociais, são fatores decisivos para afastar os direitos sexuais e reprodutivos do referido grupo étnico.

A demonstrar cabalmente o racismo institucionalizado na área da saúde, em 2006, o Governo Federal brasileiro publicou os resultados da *Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher* (PNDS), por meio dos quais se apurou as condições em

³ “A condição do afrodescendente subsaariano nas Américas, hoje, é consequência da violência histórica originária do escravismo moderno responsável pela organização do capital e fundante de um sistema mundo que, sem rupturas, chega à realidade contemporânea. Escravismo que é a base da história do afrodescendente neste continente pautada pela mercantilização e por esforços de desumanização dos sujeitos escravizados, o que os tornou, então, não sujeitos de direitos. E de sujeitos sem direitos, convertendo-os em sujeitos de resistência. Da condição originária de não ter direitos pela negação de subjetividade constrói-se uma trajetória que os constitui sujeitos de conflitos e lutas por direitos.” (TÁRREGA, 2019)

que as mulheres negras são atendidas em suas necessidades relacionadas à saúde reprodutiva.

Para abranger o maior número de realidades socioeconômicas possível, em razão da diversidade e da extensão do território nacional, os pesquisadores entrevistaram 14.625 mulheres brancas e negras, advindas das cinco macrorregiões do país, com idades entre 15 e 49 anos.

As mencionadas entrevistas interpelaram as mulheres sobre o fato de serem ou não assistidas por plano de saúde, terem tido ou não a presença de um acompanhante na ocasião do parto, sobre o nível de escolaridade, a renda familiar, dentre outros. Os resultados obtidos apontaram que mulheres negras, com baixa escolaridade, precárias possibilidades financeiras e sem plano de saúde, têm acesso desfavorável à saúde reprodutiva.

Diversos outros estudos se debruçaram sobre a análise de dados e índices concernentes à vivência sexual e reprodutiva das mulheres negras, inclusive apontando que esse seguimento étnico é o mais vitimizado pela violência obstétrica e pela mortalidade materna⁴. Ainda a demonstrar a segregação racial no atendimento à saúde, o estudo “Nascer no Brasil: Pesquisa Nacional sobre Parto e Nascimento” (2014) é incisivo em pontuar que as puérperas negras, quando comparadas às brancas, estão mais expostas a um acompanhamento pré-natal inadequado e a orientações inferiores sobre o início do trabalho de parto e a riscos e complicações no parto, seja porque tiveram um número menor de consultas, seja porque se submeteram a menos exames de ultrassonografia.

No que diz respeito à violência obstétrica, estudos comprovam uma menor utilização de anestésicos para realização dos partos das mulheres negras, sob o pretexto de que elas seriam estruturalmente mais resistentes à dor (LEAL, 2017)⁵.

⁴ “Dados do Ministério da Saúde mostram que negras são 66,4% das mulheres que morreram em 2019 por causas obstétricas diretas; doutora em Saúde Pública diz que racismo faz com que a violência aconteça de forma mais profunda em mulheres negras, pois é uma intersecção do racismo com o sexismo” (ALMA PRETA, 2019)

⁵ Neste contexto, em 1967, Stokely Carmichael e Charles Hamilton, ativistas e teóricos norte-americanos que compõem o grupo Panteras Negras, conceituaram o racismo institucional como sendo: “O fracasso das instituições e organizações em prover um serviço profissional e adequado às pessoas em virtude de sua cor, cultura, origem racial ou étnica. Ele se manifesta em normas, práticas e comportamentos discriminatórios adotados no cotidiano do trabalho, os quais são resultantes do preconceito racial, uma atitude que combina estereótipos racistas, falta de atenção e ignorância. Em qualquer caso, o racismo institucional sempre coloca pessoas de grupos raciais ou étnicos discriminados em situação de

A vulnerabilização da mulher negra no tocante à saúde reprodutiva é ainda mais clara quando se constata que 80% das pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS), por não contarem com planos de saúde privados, autodeclaram-se negras (pretas e pardas), segundo dados trazidos pela Organização das Nações Unidas (2017).

Assim, resta evidente que o acesso à saúde de qualidade no Brasil está diretamente relacionado a critérios de raça, classe e gênero, o que conduz a mulher negra e pobre a ter uma série de direitos sexuais e reprodutivos, condizentes à gravidez e ao parto, violados.

Na tentativa de vencer as desigualdades étnico-raciais acima apontadas, bem como garantir cidadania reprodutiva às mulheres negras, o Estado brasileiro idealizou políticas públicas afirmativas, pretendendo proporcionar condições e estrutura condigna de acesso às práticas médico-reprodutiva para todo e qualquer cidadão, nos termos dispostos na Lei Maior brasileira.

Com efeito, o Ministério da Saúde editou a *Política Nacional de Saúde Integral da População Negra* (PNSIPN), por meio da qual reconheceu expressamente a segregação e o racismo institucionalizado como fruto dos processos escravagistas que subjugarão as populações negras e ainda produzem efeitos nefastos na vida dos cidadãos.

No tocante à reprodução humana assistida, a despeito de o SUS oferecer tratamentos procriacionais⁶, estes não são verdadeiramente acessíveis, uma vez que a mingua de recursos públicos destinados à área conduz à necessidade de racionamento da oferta dos tratamentos através de cadastros de interessados e submissão destes a filas de espera de aproximadamente 4 (quatro) anos (GARCIA; BELLAMY, 2015).

Pela análise dos referidos dados, e relembando que, segundo estudo das Nações Unidas, 80% dos usuários do SUS são negros ou pardos, facilmente se constata que tal grupo étnico é o mais prejudicado pelos óbices criados aos tratamentos médico-reprodutivos especializados, a confirmar o racismo institucionalizado que efetivamente nega o exercício da cidadania reprodutiva.

desvantagem no acesso a benefícios gerados pelo Estado e por demais instituições e organizações.” (CRI, 2006 apud LÓPEZ, 2012, p. 128.)

⁶ Através da Portaria n. 426/GM de 2005, o Governo Federal, através do Ministério da Saúde, instituiu, no âmbito do Sistema Universal de Saúde (SUS), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, contemplando serviços de fertilização in vitro e inseminação artificial. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria426ac.htm>>. Acesso em: 28 Set. 2020.

Nestes termos, a implementação da política pública (PNSIPN) instituída pelo governo federal, que se deu no ano de 2006, não atingiu o objetivo de extirpar o racismo observado na saúde, sendo que muitos profissionais da área e os próprios usuários do serviço público alegam desconhecer seus termos, razão pela qual, ainda em 2021, é possível perceber índices alarmantes de violência obstétrica e segregação racial de parturientes e das mulheres negra em idade reprodutiva.

Há que se pontuar que parte do insucesso da mencionada política pública se deveu à sua própria estruturação, uma vez que a idealização e a implementação dos programas não contaram com a efetiva participação popular. Fato é que a boa condução e a organização da Administração Pública exigem que o povo, através do exercício da cidadania, não apenas atue na tomada de decisões do Estado, mas também compartilhe com o ente público as tarefas e as ações necessárias para o atingimento do bem comum.

As pesquisas e dados analisados no decorrer deste trabalho comprovaram que as hierarquias raciais e econômicas existentes no Brasil são amplamente reproduzidas no atendimento médico dedicado à reprodução, conduzindo as mulheres negras à marginalização quanto ao acesso à saúde de qualidade, especialmente influenciando, coagindo e discriminando tais mulheres em relação às suas decisões procriativas.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE REAFIRMAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS OU NEGAÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS?

O Estado de bem-estar social apregoado pela Constituição Federal de 1988 demanda não apenas a regulamentação, mas sobretudo a promoção dos direitos sociais e das garantias fundamentais elencados em seu bojo, ao passo que a previsão normativa do tema não é suficiente para alcançar o atingimento dos propósitos do Estado Democrático de Direito, quais sejam, viabilizar o acesso à Justiça social, fomentar igualdades e afiançar liberdades.

Neste diapasão, quando da estruturação da Ordem Constitucional posta, a divisão dos Poderes do Estado foi delineada no artigo 2^a como mandamento cogente ou imperativo, a configurar cláusula pétrea e a propiciar a harmonia entre os entes públicos organizados de maneira equidistante, além de favorecer o recíproco e necessário controle

dos atos perpetrados por seus agentes, a partir de um sistema de “freios e contrapesos” estrategicamente articulado para limitar e conformar o exercício dos Poderes estatais.

Com efeito, valendo-se da atribuição de competências específicas e distintas, o Constituinte designou funções típicas para os entes. Sucintamente, ao Poder Legislativo coube a elaboração de normas, ao Poder Judiciário, a análise e julgamento dos casos concretos, a partir da interpretação e aplicação das referidas normas, e ao Executivo, a administração dos interesses da coletividade.

Ocorre que a mesma Ordem Constitucional posta reconhece a necessidade de concatenação de esforços dos entes do Poder Público, no sentido de efetivarem os direitos esboçados na norma, a partir do compartilhamento de responsabilidades e da adoção de posturas ativas capazes de tornarem as palavras da lei, uma realidade.

Nesse sentido, o Poder Executivo é incitado a idealizar e implementar Políticas Públicas condizentes com a incrementação do bem-estar social, a partir da efetivação de direitos sociais⁷.

Não se nega que a implementação das mencionadas Políticas Públicas – essenciais para a efetivação de direitos sociais – exija disponibilidade de recursos financeiros, previsão orçamentária e vontade política para sua consecução. Importante sopesar, por oportuno, que a própria Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu artigo 165, orientação acerca do planejamento orçamentário, a ser feito através de um sistema coordenado de 3 normas, quais sejam, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), institutos estes complementados pelo advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Estes instrumentos jurídicos são parâmetros quantificadores e organizadores dos programas estabelecidos pelo ente gestor, quem disporá, de acordo com a discricionariedade do ato administrativo, o destino das verbas.

⁷ Juvêncio Borges Silva e Ricardo dos Reis Silveira (2014) notabilizam que: “[...] as políticas públicas consistem em ações governamentais, previamente planejadas (programa), que se realizam no contexto de um processo ou conjunto de processos levados a efeito segundo leis previamente fixadas, judicialmente definidas e administrativamente realizadas, com objetivos sociais relevantes e determinados politicamente. Tais objetivos devem ser orientados axiologicamente, segundo uma escala valorativa de prioridades, bem como o provimento de meios para sua realização, e a previsão temporal de sua efetivação. As políticas públicas, segundo esta definição contempla os elementos previsão, programação, planejamento, sistematização, coordenação, definição, objetivação, provisão, ação, realização, execução.” (SILVA; SILVEIRA, 2014, p. 76-101).

Limitados, pois, pelas regras e pelo planejamento orçamentário, os gestores públicos não encontram mecanismos para atenderem a todas as necessidades coletivas e individuais da população, o que, inevitavelmente desagua na negativa de direitos outrora estabelecidos na legislação pátria.

Ocorre que direitos sociais não atendidos conduzem ao massivo ajuizamento de demandas dos cidadãos contra o Estado, na tentativa de se socorrerem do Poder Judiciário para finalmente atingirem garantias constitucionais outrora negadas pela função executiva do mesmo Estado.

A crescente judicialização das relações sociais e políticas no Brasil culminam no desvirtuamento das funções dos entes públicos, uma vez que, compelido por seu dever de responder às demandas que lhe são apresentadas, o Poder Judiciário avança sobre matérias que não lhe foram atribuídas quando da repartição de competências estabelecida pela Teoria da Separação dos Poderes.

Neste diapasão, e em última análise, a judicialização transfere ao Poder Judiciário o ônus de promover a efetivação dos direitos sociais, que outrora não foram entregues pelo ente executor, o que é completamente alheio à sua função típica, tendo em vista que não possui meios para desempenhar opções políticas ou apontar alternativas próprias do poder discricionário da Administração, tampouco tem acesso ao orçamento público do ente executor, para averiguar se a omissão no cumprimento da Política Pública se deveu à falta de verbas, o que, diante da Teoria da Reserva do Possível, seria uma justificada escusa para a sua dissidia, a despeito da jurisprudência pátria negá-la.

Não fosse apenas pela inaptidão técnica do Poder Judiciário em exercer a discricionariedade que a implementação das Políticas Públicas exige, há que se sopesar que a intervenção judicial na esfera de atuação dos demais Poderes é conduta potencialmente lesiva aos interesses coletivos.⁸

⁸ Neste sentido, André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira (2016) enumeram decisões do Supremo Tribunal Federal que exemplificam a participação política e legiferante do órgão que deveria se ater a “dizer o Direito ao caso concreto”, mas que age em verdadeiro ativismo judicial. Vejamos: “[...] ADPF n. 378, que, a pretexto de discutir a legitimidade constitucional do rito do processo de impeachment, acabou por interferir na interpretação do regimento interno de uma das casas legislativas (no caso, a Câmara dos Deputados), bem como determinar atribuições prelibatórias ao Senado Federal que parecem não se ajustar ao que determina o artigo 86 da Constituição Federal de 1988. [...] ADPF 347, ao reconhecer um propalado “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, acabou por determinar regras de estruturação de políticas públicas que interferiram no modo como a União gerencia/gerenciava os recursos do fundo penitenciário. [...] Recurso Extraordinário (RE) n.

A ingerência do Poder Judiciário nas atividades tipicamente legislativas ou executivas, pelos ditames da Ordem Constitucional, somente se justificariam como forma de controle da legalidade e da razoabilidade dos atos perpetrados pelos demais órgãos. Contudo, diversos são os exemplos de decisões que maculam o princípio da Separação dos Poderes e, sob o pretexto de promoverem direitos sociais e fundamentais descumpridos, acabam por solapar a oportunidade de acesso indiscriminado da sociedade a um determinado bem da vida, em detrimento do oferecimento forçado deste mesmo bem a uma única pessoa ou a um pequeno grupo de pessoas que se valeu de uma demanda judicial bem-sucedida.

Isso ocorre porque, de fato, diante das amarras legais produzidas pelo sistema instituidor do planejamento orçamentário, bem como em se considerando a finitude dos recursos públicos, ao ser compelido judicialmente a atender o interesse de um indivíduo específico, o representante do Poder Executivo deve, necessariamente, realocar verbas e negar outros direitos que já estavam alinhados no referido planejamento.

Em que pese o entendimento inequívoco de que os direitos fundamentais e sociais devam ser perseguidos, promovidos e garantidos também pelo Poder Judiciário, especialmente para o atendimento do mínimo existencial (condições mínimas de existência humana digna), há que se sopesar que tal ente público não tem aptidão para gerir recursos e administrar políticas públicas consubstancialmente idealizadas para o atingimento da Justiça social.

635.659, iniciado no segundo semestre de 2015 sobre a descriminalização do porte de drogas, no qual um dos ministros que já proferiu voto (Luís Roberto Barroso) chegou a sugerir a quantia de droga que deveria ser tolerada pela lei penal a título de porte, com a finalidade de criar um critério objetivo para distingui-lo das hipóteses de tráfico (nesse caso, parece nítido que, mais além de discutir que tipo de comportamento deve ser tolerado pela lei penal, o ministro Barroso avançou na análise de uma questão cujo locus adequado seria/é o Congresso Nacional). [...] Outro ponto que está contido nesse âmbito de análise – e que merece igual destaque – diz respeito às interpretações que o Supremo Tribunal fixou recentemente a respeito de alguns dos “direitos abstratos” (para usar uma expressão de Ronald Dworkin), previstos na Constituição de 1988. Nesse particular, o caso de maior impacto certamente diz respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5º. LVII da Constituição de 1988) e a decisão exarada no Habeas Corpus (HC) 126.292. Sem embargo das inúmeras discussões jurídicas que podem ser entabuladas a partir desse HC, o fato que importa para estas reflexões diz respeito à contradição que existe entre o entendimento assentado pela Corte e o texto constitucional. A garantia constitucional da presunção de inocência exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o condenado possa ser recolhido à prisão. No HC 126.292, o Supremo Tribunal entendeu que o julgamento em segunda instância já satisfazia as exigências desse princípio constitucional, permitindo a execução provisória da pena. No caso, o Tribunal parece ter agido com atribuições mais fortes do ponto de vista jurídico do que o próprio poder de reforma, uma vez que sua interpretação implicou abolir parte da garantia constitucional, contrariando o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição de 1988” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 752).

Assim, ao compelir o gestor a optar entre o descumprimento de uma ordem judicial ou a incorrência em infração de ordem fiscal, por autorizar dispêndio não orçado, o Poder Judiciário definitivamente extrapola suas competências, no afã de cumprir integralmente os dispositivos da CF/88, pois acaba por implementar diretamente o direito supostamente desatendido, fazendo-o às custas do orçamento público e do atendimento de interesses coletivos, que precisarão ser desprezados.

Neste contexto, ainda que a Judicialização das Políticas Públicas seja vista como uma tentativa de concreção de direitos sociais, a partir do predomínio do mínimo existencial sobre a teoria do possível (que considera a ausência dos recursos orçamentários como justificativa para omissão do Poder Executivo), há que se ponderar que diversos fatores conduzem ao prejuízo da coletividade.

Com efeito, pretendendo realocar verbas previstas no orçamento público para outros fins, com o intuito de cumprir uma decisão judicial, o gestor deixa de promover políticas públicas universais e acentua, gradativamente, o círculo vicioso da não prestação adequada e eficiente dos direitos sociais, conduzindo a população a buscar o amparo do Poder Judiciário, em um movimento sem fim.

Por outro lado, não se pode desprezar o fato de que não há parâmetros objetivos na análise empreendida pelo Poder Judiciário ao exarar decisões concernentes ao oferecimento forçado de direitos reprodutivos, seja porque o ente não conhece as questões orçamentárias que envolvem a idealização das políticas públicas, seja porque há traços de subjetividade na apreciação de demandas sociais, o que colabora para pronunciamentos divergentes sobre matérias absolutamente idênticas e, ao invés de promover pacificação social, tal qual se esperava, acentua a insegurança jurídica e promove desigualdade no acesso à Justiça social.

Neste ponto em especial, Streck pondera que, em nome de uma suposta “razoabilidade” e “proporcionalidade”, os juízes brasileiros vêm adotando três posturas para aplicarem o Direito da forma como bem lhes aprouver, quais sejam, a “Jurisprudência dos Valores”, a “Ponderação” e o “Ativismo Judicial”, o que conduz à seguinte crítica:

Nesse sentido, não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade foram sendo transformadas em enunciados performativos. Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo

existente, nem a uma ideia qualquer; a simples enunciação já faz “emergir” a sua significação. Já “não pode ser contestado”; não pode sofrer críticas; consta como “algo dado desde sempre”; sua mera evocação já é um “em si-mesmo”. O uso performativo de um enunciado objetiva “colar” texto e sentido do texto, não havendo espaço para pensar a diferença (entre ser e ente, para usar a linguagem hermenêutica). Desse modo, expressões como “ponderação de valores”, “mandados de otimização”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”, “decido conforme minha consciência”, no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, tem um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o “sentido próprio” e o “próprio sentido”. São sentidos coagulados que atravessam a gramática do direito rumo a uma espécie de univocidade extorquida no plano das relações simbólicas de poder. Em nome da proporcionalidade e do “sopesamento entre fins e meios” (a assim denominada “ponderação”), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da “ponderação” e da proporcionalidade (ou da razoabilidade). (STRECK, 2011)

Pelo exposto, entende-se que a alternativa mais plausível para superar os obstáculos gerados pela judicialização das políticas públicas ao orçamento seja a participação efetiva dos cidadãos na tomada de decisões políticas concernentes à elaboração e implementação dos programas sociais em comento, fazendo-o através de audiências públicas e demais mecanismos de diálogo entre a Administração e os administrados. Isso porque, a racionalidade e o engajamento do cidadão são essenciais para que as políticas públicas possam ser efetivamente satisfatórias, já que tais políticas devem se dar do povo, pelo povo e para o povo.

Considerando que os mais vulnerabilizados pela miséria, pela raça, pela orientação sexual, dentre outros, se valem do Sistema Único de Saúde para, por meio de políticas públicas reprodutivas, vencerem a infertilidade, a realocação de verbas públicas produzida pela judicialização das demandas reprodutivas faz com que a mesma parcela da população se torne ainda mais excluída do exercício de direitos sexuais e reprodutivos, a agudizar a segregação e a negar direitos sociais para coletividade, em prol do atendimento individualizado, fruto da indevida intromissão do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Executivo.

4. CONCLUSÃO

No presente estudo acadêmico, buscou-se analisar a judicialização das políticas públicas reprodutivas como uma forma de acesso a direitos sexuais e reprodutivos, avaliando-se se tal ato não poderia implicar em negação de direitos coletivos, tendo em vista que as limitações orçamentárias fazem com que o gestor público, compelido

judicialmente a custear o tratamento médico-reprodutivo daquele que teve êxito em uma demanda judicial, acabe por realocar verbas previamente orçadas, deixando de implementar políticas públicas outrora idealizadas em prol de toda coletividade.

Ressalta-se, por oportuno, que mais do que alçar os direitos sexuais e reprodutivos ao patamar de Direitos Humanos, a efetiva garantia de acesso a tais direitos perpassa pela assunção, por parte do Estado, dos papéis promocial e repressor, a conciliar ação e abstenção para atender amplamente às demandas individuais e coletivas de todos aqueles que têm sua autonomia, sua liberdade sexual ou sua privacidade, ameaçadas.

No tocante à análise da discriminação no acesso à saúde da mulher negra no Brasil, foram apurados dados quantitativos apresentados em pesquisas públicas e particulares, as quais compararam os atendimentos de saúde reprodutiva que são ofertados pelo SUS para as mulheres negras e brancas. Constatou-se, inequivocamente, que as mulheres negras, pobres, com baixa escolaridade e não possuidoras de plano de saúde, experimentam desvantagens no atendimento das suas necessidades de saúde, o que reafirma a segregação racial perpetrada naquele ambiente.

Demonstrou-se que, a despeito da implementação de políticas públicas estruturadas para combater o racismo institucionalizado, o Estado brasileiro não foi bem-sucedido no seu intento porque falhou em capacitar os gestores do programa e os profissionais da saúde, bem como na informação da sociedade de maneira geral, que sequer foi envolvida nos programas, desconhecendo seus conteúdos. Referida falha estatal compromete gravemente a persecução da igualdade racial traçada pela Carta Magna brasileira, assim como relega a população negra à negatória de direitos fundamentais, a comprometer a democracia e a cidadania.

Por fim, a pesquisa acadêmica se debruçou sobre a análise da judicialização das políticas públicas reprodutivas frente às limitações orçamentárias, com o intuito de apontar parâmetros para classificar a atuação do órgão judiciário como sendo a maneira legítima de reafirmar direitos sociais ou como instituidoras de discrepância no acesso aos mesmos direitos, vez que verbas públicas precisam ser realocadas e a coletividade deixa de ser beneficiada com as políticas públicas já orçadas no planejamento estatal, mas que deixaram de ser implementadas, para se atender à ordem judicial que privilegia o direito de uma única pessoa.

Com efeito, estudou-se o fenômeno do “ativismo judicial” e suas potenciais consequências lesivas, fazendo-se a partir da análise da teoria da Separação dos Poderes e das leis orçamentária que limitam a atuação do gestor público.

Concluiu-se que, diante da ignorância quanto ao orçamento público, bem como da inaptidão política para prática de atos discricionários que implicam na escolha da destinação das verbas públicas (competências exclusivas do Poder Executivo), o órgão judiciário extrapola sua esfera de poder ao emitir decisões subjetivas que compelem o gestor a ofertar o direito reprodutivo desatendido, o que, além de acentuar a insegurança jurídica, ainda desestrutura todo planejamento orçamentário e faz com que novos direitos sociais sejam desatendidos, criando um círculo vicioso de busca por respostas judiciais.

Quando se analisa os dados emitidos pela ONU sobre o acesso da população pobre, negra, analfabeta e vulnerabilizada ao SUS, representando 80% dos atendimentos médicos ali praticados, constata-se facilmente que é essa parcela da população que vem sendo prejudicada pela realocação da verba pública ocasionada pela judicialização, vez que políticas públicas universais deixam de ser implantadas para que interesses particulares, representados por demandas judiciais individuais, possam se atendidos.

Não se acredita, portanto, que a judicialização das políticas públicas seja uma ferramenta para concretização de direitos reprodutivos, mas sim um instrumento que potencializa a insuficiência de atendimento das necessidades coletivas da população, a negar acesso a direitos sociais, especialmente àqueles mais vulnerabilizados e que se valem do Sistema Único de Saúde para realizarem tratamentos médico-procriacionais.

REFERÊNCIAS

ALMA PRETA. **Marcas da violência obstétrica atingem majoritariamente as mulheres negras**. Reportagem publicada em 16.07.2020. Disponível em: <https://www.almapreta.com/editorias/realidade/marcas-da-violencia-obstetrica-atingem-majoritariamente-as-mulheres-negras>. Acesso em: 21 set. 2020.

ABEP – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE PESQUISA. **Critério de classificação econômica Brasil**. 2008. Disponível em: <<http://www.abep.org/Servicos/Download.aspx?id=07>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

ADORNO R, ALVARENGA AT, VASCONCELOS MP. **O quesito cor nos sistemas de informação**. Estud Av 2004.

AQUINO EML. Gênero e saúde: perfil e tendências da produção científica no Brasil. **Rev Saúde Pública** 2006.

BARATA, R. B. et al. Health Inequalities based on ethnicity in individuals aged 15-64, Brazil, 1998. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 305-313, 2007.

BARBOSA MISB. **Racismo e saúde [Tese de Doutorado]**. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo; 1998.

BATISTA LE, ESCUDER MML, PEREIRA JCR. A cor da morte: causas de óbito segundo características de raça no Estado de São Paulo, 1999 a 2001. **Rev Saúde Pública** 2004.

BACCELLI, Luca. **Critica del repubblicanesimo**. Bari: Laterza, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BRASIL. **Manual de Gestão para Implementação da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_gestao_implementacao_politica_nacional.pdf> Acesso em 28 de mai. 2019

BRASIL. Ministério da Saúde. **Indicadores e dados básicos para a saúde - 2007 (IDB-2007): tema do ano: nascimentos no Brasil**. 2007. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2007/tema.pdf>>. Acesso em: 2 mai. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher **PNDS 2006: relatório final**. Brasília, DF: Decit: Cebrap, 2008. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/pnds/img/relatorio_final_pnds2006.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM/MS nº 1.678, de 13 de agosto de 2004**. Cria Comitê Técnico para subsidiar o avanço da equidade na Atenção à Saúde da População Negra, e dá outras providências. Diário Oficial da União 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 992, de 13 de maio de 2009**. Diário Oficial da União; 2009.

CAMPOS, Carmen Hein de. Legislação, Políticas Públicas e Histórico dos Direitos Reprodutivos no Brasil. In: OLIVEIRA, Guacira Cesar de. CAMPOS, Carmen Hein de. **Saúde Reprodutiva das Mulheres: Direitos, Desafios e Políticas Públicas**. Brasília: FEMa, IWHC, Fundação H.Boll, Fundação Ford, 2009.

CAVENAGHI, S. Aspectos metodológicos e comparabilidade com pesquisas anteriores. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher PNDS 2006: dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança**. Brasília, DF: Decit: Cebrap, 2009. p. 13-32.

CUNHA, E. M. G. de P. da. Ítem raza/color: inclusión en las bases de datos brasileñas. In: JORNADAS ARGENTINAS DE POBLACIÓN, 10., 2009, Catamarca. Anais. Catamarca, Argentina: Asociación de Estudios de Población de la Argentina (AEPA), 2009.

FRASER, Nancy (2001). Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”, em SOUZA, Jessé (org.) Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora UnB, 2001.

GARCIA, Sandra; BELLAMY, Marian. **Assisted Conception Services and Regulation within the Brazilian Context**. JBRA Assist Reprod. 2015. Nov 1; 19(4):198-203. doi: 10.5935/1518-0557.20150039. PMID: 27203192. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/27203192/>. Acesso em: 21 set. 2020.

GOLDENBERG P, MARSIGLIA R, GOMES MHA, organizadores. **O clássico e o novo: tendências, objetos e abordagens em ciências sociais e saúde**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2003.

KALCKMANN S, SANTOS CG, BATISTA LE, CRUZ VM. **Racismo institucional: um desafio para a equidade no SUS?** Saúde Soc 2007.

LAGO, T. D. G.; LIMA, L. P. Assistência à gestação, ao parto e ao puerpério: diferenças regionais e desigualdades socioeconômicas. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher PNDS 2006: dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança**. Brasília, DF: Decit: Cebrap, 2009.

LAURELL, AC. A saúde-doença como processo social. In: Nunes EDN, organizador. **Medicina social: aspectos históricos e teóricos**. São Paulo: Global; 1983.

LEAL, M. C.; GAMA, S. G. N.; CUNHA, C. B. Desigualdades raciais, sociodemográficas e na assistência ao pré-natal e ao parto, 1999-2001. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 39, n. 1, p. 100-107, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2a Ed. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LOPES F. Para além da barreira dos números: desigualdades raciais e saúde. **Cad Saúde Pública** 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL. **Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher Secretaria de Políticas de Saúde**. Área Técnica de Saúde da Mulher. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books-MS/01-0420-M.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL. **PORTARIA Nº 426/GM de 22 de março de 2005**. Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, contemplando serviços de fertilização in vitro e inseminação artificial. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria426ac.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Quase 80% da população brasileira que depende do SUS se autodeclara negra**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/quase-80-da-populacao-brasileira-que-depender-do-sus-se-autodeclara-negra/amp/> Acesso em: 21 set. 2020

NAGAHAMA, Elizabeth Eriko Ishida; SANTIAGO, Silvia Maria. **A institucionalização médica do parto no Brasil**. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 651-657, 2005.

NASCER NO BRASIL. **Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento**. Cadernos de Saúde Pública, v. 30, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de & SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XVIII, n. 22, p. 2-26, jan./dez. 2013. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/301/324>. Acesso em: 16 fev. 2020.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 11, n. 2, p. 751-772, ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 05 mar. 2021. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369422912>.

SCHIOCCHET, Taysa. Direitos sexuais a partir de uma perspectiva emancipatória: reconhecimento e efetividade no âmbito jurídico. In: SALES, Gabrielle Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira; CASTILHO, Natália Martinuzzi (org.). **A concretização dos direitos fundamentais na contemporaneidade**. Fortaleza: Boulesis, 2016.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Drecho Privado, 1932.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A judicialização das políticas públicas no brasil e sua legitimidade como instrumento de efetivação dos direitos sociais e concreção da cidadania. In: **ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 23.**, 2014, João Pessoa. Anais [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 76-101. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=374b03a72295954c>. Acesso em: 05 mar. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Forense, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Direito, devir negro e conflito ecológico distributivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 42, n. 2, p. 120-140, 4 jan. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/56534>. Acesso em: 03 out. 2020.

WERNECK, J. Racismo institucional e saúde da população negra. **Saúde Soc** 2016.

Submetido em 05.10.2021

Aceito em 14.10.2021