



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)  
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**MATHEUS SOUSA DE CASTRO ALVES**

**PARÂMETROS INSTITUCIONAIS PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM  
POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DA JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL**

Rio de Janeiro

2024

MATHEUS SOUSA DE CASTRO ALVES

**PARÂMETROS INSTITUCIONAIS PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM  
POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Estado, Sociedade e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura

Rio de Janeiro

2024

## **FICHA CATALOGRÁFICA**

MATHEUS SOUSA DE CASTRO ALVES

**PARÂMETROS INSTITUCIONAIS PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM  
POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_ de março de 2024.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura – Orientador  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO

---

Prof. Dr.  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

---

Prof. Dr.  
Examinador Externo

Rio de Janeiro

2024



## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, por todo investimento em mim ao longo da vida.

Ao já saudoso Doutor Paulo Santos, professor da graduação no Mackenzie Rio, de quem tive o prazer de ouvir que fui sua “última boa descoberta”, por me despertar o interesse acadêmico.

Ao professor Emerson Affonso, meu orientador, por toda confiança e parceria ao longo mestrado, bem como por ser um bom referencial de comprometimento, humanidade e dedicação à causa do direito.

Ao Jorge Eduardo Figueiredo e à Vanessa Schuerz, pela preciosa companhia nas alegrias e tristezas dos últimos dois anos, e por chegarmos juntos até o fim.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, pelo suporte financeiro que me permitiu concluir a pós-graduação.

"Meu corpo e meu coração poderão falhar, mas Deus é a força do meu coração e a minha porção para sempre."

**Salmo da família de Asafe, n.º 73.**

## RESUMO

A presente dissertação de mestrado mergulha na complexa relação entre o Poder Judiciário e as instituições públicas majoritárias no controle das políticas públicas. Por meio da análise dos precedentes firmados no exercício da jurisdição constitucional, o trabalho identifica e analisa os parâmetros que norteiam a intervenção judicial nas políticas públicas, estudando-os e verificando se são capazes de transpor os argumentos contrários à atuação judicial no campo das políticas públicas. Visita-se, ao longo do texto, as técnicas decisórias utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, a questão do ativismo judicial, seus argumentos favoráveis e contrários, a relação entre jurisdição constitucional e as políticas públicas, bem como a utilização da Arguição como instrumento judicial de manejo dessas políticas. Ao fim, identifica-se dois grandes precedentes, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 e a Tese de Repercussão Geral 698 como duas balizas jurisprudenciais que se complementam no mister de balizar a atuação jurisdicional nestes casos, na ausência de diretrizes legais.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional; Políticas Públicas; Parâmetros Institucionais; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Tese 698 de Repercussão Geral.

## ABSTRACT

This master's dissertation explores the complex relationship between the Judiciary and the primary elected public institutions in the control of public policies. Through the analysis of precedents established in the exercise of constitutional jurisdiction, the study identifies and examines the parameters guiding judicial intervention in public policies, studying them and verifying their ability to overcome arguments against judicial involvement in the field of public policies. Throughout the text, the decision-making techniques employed by the Supreme Federal Court are explored, including the issue of judicial activism, its supporting and opposing arguments, the relationship between constitutional jurisdiction and public policies, as well as the use of "Arguição" as a judicial instrument for managing these policies. In the end, two significant precedents are identified, the "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental" no. 45 and the General Repercussion Thesis 698, serving as jurisprudential benchmarks that complement each other in guiding judicial action in these cases, in the absence of legal directives.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction; Public Policies; Institutional Parameters; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 45; General Repercussion Thesis 698.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	Fluxo de tomada de decisões com base nos critérios legitimadores da ADPF nº 45 para intervenção judicial	107
----------	--	-----



## **LISTA DE SIGLAS**

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ECI	Estado de Coisa Inconstitucional
MI	Mandado de Injunção
MIN	Ministro/Ministra
MS	Mandado de Segurança
REL	Relator/Relatora
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1. O ATIVISMO JUDICIAL COMO TÉCNICA DECISÓRIA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	19
1.1. Jurisdição constitucional e o ativismo do Supremo Tribunal Federal .....	19
<b>1.1.1. O ativismo judicial como fenômeno jurídico</b> .....	23
<b>1.1.2 Argumentos doutrinários favoráveis ao ativismo judicial</b> .....	28
<b>1.1.3. Argumentos doutrinários contrários à existência do ativismo judicial</b> .....	33
<b>1.1.4. Diálogo institucional como ferramenta de construção coletiva de decisões e alternativa ao ativismo judicial</b> .....	39
<b>2 A EXPANSÃO DOS INSTRUMENTOS DECISÓRIOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	44
2.2.1. Interpretação conforme a constituição .....	45
2.2.2. Nulidade parcial sem redução de texto .....	45
2.2.3. Súmula Vinculante .....	46
2.2.4. Modulação dos efeitos .....	47
2.2.5. Estado de coisa inconstitucional .....	49
<b>3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	51
3.1. Judicialização das políticas públicas .....	51
<b>3.1.1. Políticas públicas</b> .....	51
<b>3.1.2. O ciclo das políticas públicas</b> .....	58
<b>3.1.3. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais</b> .....	62
<b>3.1.4. A judicialização das políticas públicas</b> .....	68
<b>3.1.5. A judicialização como parte do ciclo das políticas públicas</b> .....	74
<b>3.2. Jurisdição constitucional e políticas públicas</b> .....	79
3.2.1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de combate às omissões inconstitucionais .....	80
<b>4 OS PARÂMETROS INSTITUCIONAIS PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	99
4.1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45, seus parâmetros e potencialidades .....	103

<b>4.1.1. Parâmetros de legitimidade: a previsão constitucional e a mora estatal como legitimadores da intervenção jurisdicional em matéria de políticas públicas .....</b>	<b>106</b>
<b>4.1.2 O mínimo existencial como parâmetro circunstancial de intervenção judicial em políticas públicas e a superação da “reserva do possível” como tese estatal de defesa .....</b>	<b>108</b>
<b>4.1.3 O binômio ‘razoabilidade do pedido/disponibilidade financeira’ como parâmetro circunstancial de intervenção judicial em políticas públicas .....</b>	<b>112</b>
<b>4.2 As contribuições do tema de repercussão geral nº 698 para a parametrização da intervenção judicial em políticas públicas .....</b>	<b>117</b>
<b>4.2.1. A comprovação da ausência ou precariedade do serviço público em razão da inércia ou mora administrativa.....</b>	<b>119</b>
<b>4.2.2. Universalização das providências .....</b>	<b>121</b>
<b>4.2.3. Decisão contendo finalidades a serem alcançadas e não providências a serem tomadas .....</b>	<b>122</b>
<b>4.2.4. Capacidade institucional e embasamento técnico das decisões.....</b>	<b>125</b>
<b>4.2.5. A participação democrática.....</b>	<b>126</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>129</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>134</b>

## INTRODUÇÃO

Dentro das muitas complexidades do sistema jurídico em vigor no Brasil, a relação entre o Poder Judiciário e o campo das políticas públicas produz efeitos diretos na concretização dos princípios e direitos fundamentais, em especial os sociais, que dependem de ações efetivas para seu adimplemento.

A atuação judicial em seara tão sensível e marcada pelo alto teor de discricionariedade nas escolhas administrativas, que é o campo das políticas públicas, é destinatária de muitas críticas por parte da doutrina. Não sem razão, não parece, em um primeiro olhar, que a decisão proferida por um único magistrado alcançará todas as potencialidades que uma equipe de técnicos, conduzidos por um programa de governo consagrada nas urnas, não conseguiu.

Com efeito, as críticas costumam ser no sentido de que a atuação jurisdicional fere a separação funcional de Poderes, porque a decisão administrativa é substituída por uma decisão judicial, ao mesmo tempo que se aponta a incapacidade técnica dos magistrados para decidir em campo normalmente norteado por evidências técnicas. No mesmo sentido, costuma ser utilizada como argumento contrário à atuação jurisdicional a suposta falta de legitimidade democrática para decidir em programas que foram elaborados e implementados por agentes públicos eleitos.

Aquém aos méritos dos argumentos contrários, sabido é que a Constituição da República de 1988 elenca vasto rol de direitos sociais e chama todos os Poderes para adimpli-los, na medida que figuram como verdadeiras promessas feitas pelo legislador à sociedade; a Carta Política, ao mesmo tempo se antevio às possíveis falhas na atuação política majoritária e instituiu ações cujo objeto é a omissão pública inconstitucional - é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, do Mandado de Injunção e, como se verá, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Observa-se, então, que a omissão inconstitucional é uma preocupação constante da Carta de 1988, manifestada por meio dos mecanismos que instituiu, e que o Poder Judiciário é o último vetor de socorro às previsões constituintes quando as esferas ordinárias não as implementam espontaneamente. O Poder Judiciário, com efeito, é, por força constitucional, chamado à dinâmica de atendimento à sociedade e da materialização dos direitos sociais instituídos.

A atuação jurisdicional no controle judicial de constitucionalidade é amplamente regulamentada pelas previsões constitucionais e legais no que toca ao exame da compatibilidade dos atos normativos federais e estaduais com a Constituição, das omissões inconstitucionais, da confirmação de constitucionalidade e da defesa dos preceitos fundamentais. Todavia, a Carta Política e as leis infraconstitucionais são escassas em regulamentar a atuação judicial em matéria de políticas públicas.

Não sem razão, a ausência de regulamentação para atuação judicial nesta área poderia parecer pouco necessária na medida em que o Poder Judiciário costumava esquivar-se em decidir neste campo, deixando para o processo democrático majoritário as decisões importantes. Tal comportamento é chamado de ‘autocontenção judicial’.

Na contramão da ideia anterior, na medida em que se torna mais comum a judicialização dos bens da vida e a atuação jurisdicional nas matérias que envolvem políticas e programas públicos, a necessidade de parâmetros aptos a nortear a atuação judicial no campo se torna cada vez maior. E parece que o próprio Poder Judiciário tem se atentado a isso.

A afirmação de que parece que o Judiciário tem se atentado à necessidade de parâmetros encontra amparo em precedentes relevantes que o Supremo Tribunal Federal tem produzido que, para além de resolverem casos reais, estabelecem premissas que parecem legitimar a intervenção judicial em casos específicos e também dosar a medida dessa intervenção com fins a preservar o âmbito de atuação das demais esferas chamadas à concretização dos direitos sociais por meio das políticas públicas.

Suscita reflexões, no entanto, se fixação desses parâmetros pela via jurisprudencial pode ser eficaz como seria se tais previsões fossem firmadas no processo democrático de elaboração de leis. Tal questão se mostra relevante na medida em que os casos que geram vinculação e efeitos contra todos se destinam às esferas do poder judiciário e da administração pública, mas

não obrigam o Supremo Tribunal Federal a observá-los. Desta forma, a Corte poderia, caso a caso, fixar parâmetros diferentes daqueles delineados anteriormente.

Desta forma, não há parâmetros advindos do procedimento democrático de elaboração de leis que determinem o momento em que o Poder Judiciário poderá intervir em políticas públicas, ou aqueles aptos a modularem a força e os efeitos da decisão judicial, bem como outros que estabeleçam a necessidade de amparo técnico e de participação democrática na tomada de decisões judiciais no campo das políticas públicas.

Nesta medida, o presente trabalho se debruça em descobrir como a atuação jurisdicional na formação dos precedentes que norteiam a intervenção judicial nas políticas públicas pode colaborar para a superação dessas lacunas. Essa intenção pode ser expressa em forma de pergunta, da seguinte forma: como os parâmetros institucionais produzidos pelo Supremo Tribunal Federal podem contribuir para sobrepujar as lacunas normativas com fins a promover maior integração entre o Poder Judiciário e as esferas eleitas, em respeito aos princípios constitucionais e ao arcabouço democrático do Estado Brasileiro?

O questionamento acima formulado permite que se mergulhe nas decisões do Supremo Tribunal Federal, com especial atenção à decisão prolatada nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, no ano de 2004, e do Tema de Repercussão Geral 698, firmado no ano de 2023.

Ambas as decisões fornecem parâmetros cujos objetivos claramente se destinam à formatação da atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, de modo a serem aptos para fundamentarem a atuação das esferas jurisdicionais inferiores e servirem de amparo para construções doutrinárias cuja finalidade é o estudo desses parâmetros e sua construção teórica. Dando suporte ao problema formulado e na tentativa de fornecer respostas provisórias, foram formuladas duas hipóteses.

A primeira é no sentido de que a clareza e consistência dos parâmetros institucionais que possam ter sido instituídos pelo Supremo Tribunal Federal podem servir como instrumentos eficazes na superação de lacunas e críticas formuladas contra a atuação judicial em políticas públicas, propiciando a construção de um ambiente jurídico mais previsível e, ao fim, colaborando para uma integração eficiente entre o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário na produção e controle das políticas públicas.

Tal hipótese sugere que, a partir do momento em que estabelece parâmetros consistentes, o Supremo Tribunal Federal pode ser fonte de segurança jurídica, ao mesmo tempo em que pode ser um fórum de construção de soluções em conjunto com as demais instituições para a concretização dos fins sociais da Constituição. A hipótese, em última instância, sugere que a estabilidade as relações jurídicas advindas desses parâmetros poderão colaborar com um ambiente coeso e eficaz para a implementação das políticas públicas e, ao fim, permitir que essa intervenção esteja alinhada aos ideais constitucionais de harmonia e colaboração entre os Poderes.

A segunda hipótese, ainda, é no sentido se que a aplicação esporádica e maleável desses parâmetros pode, ao invés de fortalecer a integração entre os Poderes e colaborar com a segurança jurídica, acabar por enfraquecer a atuação judicial em contexto já bastante complexo, produzindo efeitos sistêmicos indesejados, mantendo as lacunas legislativas e confirmando as críticas contrárias à tutela judicial das políticas públicas.

A referida hipótese reconhece que a dinâmica decisória e as nuances sociais e democráticas podem influir na forma de aplicação desses parâmetros, de modo que a atuação judicial pode tomar rumos opostos àqueles que se aguardam ao definir limites à intervenção judicial.

Ambas as hipóteses, no entanto, ofertam abordagens possíveis para se entender e interpretar a fixação de parâmetros por parte do Supremo Tribunal Federal. A primeira destaca a necessidade de clareza normativa para que a sistemática esteja bem ajustada e alcance suas finalidades, ao tempo que a segunda reconhece que fatores externos podem influenciar no manejo desses parâmetros, destacando a adaptabilidade para a existência do Judiciário enquanto instituição suscetível aos deslindes sociais e democráticos.

Desta forma, faz-se possível traçar os objetivos da pesquisa. Em um aspecto geral, objetiva-se investigar se os parâmetros institucionais desenhados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal são aptos para superar as lacunas normativas na regulamentação da intervenção judicial em políticas públicas, bem como estabelecer diretrizes que sejam condizentes com as intenções constitucionais, para a plena efetividade dos direitos fundamentais sociais.

De maneira específica, objetiva-se analisar a consistência doutrinária dos parâmetros institucionais já existentes, identificando os padrões neles existentes; investigar a aplicabilidade

prática desses parâmetros e, ao fim, teorizar sobre os institutos agora existentes, de modo a aprimorá-los para que sejam bem observados em decisões futuras.

Para a consecução dos fins desse trabalho, a metodologia utilizada terá uma abordagem indutiva, qualitativa, descritiva e bibliográfica. Indutiva porque as conclusões são aferidas com base em dados isolados e específicos, dos quais se depreende uma conclusão generalista. Qualitativa porque seu objetivo não é a mensuração de dados, mas a identificação da natureza dos fenômenos sob análise. Descritiva porque os dados são coletados, organizados e analisados, mas não manipulados pelo pesquisador. Por fim, bibliográfica porque terá como base o material doutrinário já existente.

Toma-se, por início, uma revisão bibliográfica vasta a respeito das técnicas decisórias que encontram lugar no Supremo Tribunal Federal, do ativismo judicial, da implementação de políticas públicas e, sempre que possível, da interação entre os elementos listados.

Haverá, também, a análise de julgados e de jurisprudências paradigmáticas, como é o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Neste ponto, a ação em voga é posta em análise para se entender a expansão de seu objeto, por meio do qual se pode, então, analisar omissões inconstitucionais que afetem a realização de direitos fundamentais sociais.

Ao fim, estuda-se o caso de dois precedentes relevantes no Supremo Tribunal Federal: a já citada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 e o Tema de Repercussão Geral 698. Postos em perspectiva, os parâmetros ali estabelecidos são estudados um a um com o objetivo de extrair-lhes o máximo de suas potencialidades para o estudo do fenômeno.

O trabalho aqui apresentado guarda aspectos de relevância nos aspectos social e jurídico. Sob o aspecto social, na medida em que as políticas públicas possuem um potencial de afetação direto na vida das pessoas, bem como a sua ausência, o poder judiciário atuando em sua fiscalização e implementação pode significar mais um vetor de transformação social.

Atuando para suprimir lacunas que deveriam ser espontaneamente adimplidas pelo poder público, na medida em que os compromissos legal e constitucionalmente firmados constituem verdadeiras promessas à sociedade, a atuação da jurisdição neste sentido apresenta-se como mais uma alternativa estatal para o efetivo cumprimento daquilo que o legislador constituinte estabeleceu como finalidade social.

Sob a ótica jurídica, a relevância reside nos efeitos que a entrada do poder judiciário no campo da implementação de políticas públicas pode gerar no arranjo institucional definido pela Constituição de 1988. Ou seja, se a jurisdição interfere em um campo que, ordinariamente, está reservado à administração pública e ao legislativo e com alto teor de discricionariedade, os seus resultados podem interferir em várias áreas que interessam à ciência jurídica, como a separação de poderes, os fundamentos jurídicos para a intervenção e a legitimidade democrática.

Considerando, ainda, que a jurisdição constitucional é um aspecto relevante do Estado Democrático de Direito e da democracia brasileira, entender seus efeitos sobre as políticas públicas pode ter um impacto direto sobre a sociedade, uma vez que elas têm o potencial de atingir todas as esferas sociais, podendo-se identificar lacunas entre o que está na Constituição e o que é feito (ou não) na prática.

Compreender as relações entre a jurisdição constitucional e as políticas públicas pode, inclusive, auxiliar na compreensão das instituições do sistema jurídico, colaborando com o aumento da confiança das instituições democráticas e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e fornecer orientações relevantes para os formuladores de políticas públicas.

Assim, a relevância geral da pesquisa está em identificar o Poder Judiciário como vetor da implementação de políticas públicas, figurando como um ator relevante para o atendimento à sociedade, podendo colaborar para a melhoria da aplicação da lei, da formação de jurisprudência e da atuação da jurisdição na análise de questões que só podem ser resolvidas por meio de políticas públicas.

Ao fim, importante frisar que a pesquisa adere perfeitamente ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, em todas as suas interfaces, desde a área de concentração, até a linha de pesquisa e o projeto de pesquisa desenvolvido, porque se coloca na intersecção entre as políticas públicas e as instituições nacionais.

Em se tratando da área de concentração, direito e políticas públicas, a pesquisa é pertinente do ponto de vista que entrelaça o poder judiciário enquanto intérprete do direito e, especificamente, a jurisdição constitucional e o Supremo Tribunal Federal na tarefa de guardião da Constituição, com a implementação das políticas públicas. Ou seja, seleciona um fato relevante para a ciência do direito que se relaciona diretamente com as políticas públicas, adequando-se ao que propõe este programa de mestrado.

A pesquisa adequa-se, também, com a linha de pesquisa instituições e políticas públicas', na medida em que analisa a construção que a Constituição estabelece para a

organização institucional dos Poderes da República em contraponto ao que se vê na prática cotidiana. Ou seja, a expansão da atividade jurisdicional é uma alteração relevante no funcionamento da instituição poder judiciário porque aumenta não somente seu escopo de atuação, mas também sua relação com os demais poderes, atribuindo a si uma posição que vai além daquela estabelecida no Texto Maior. Dessa forma, a pesquisa dialoga com o direito e sua relação com as instituições e, mais especificamente, com como esse novo arranjo interfere nas políticas públicas.

Em tempo, a pesquisa localiza-se no contexto do projeto de pesquisa ‘arranjos, interações e disputas das instituições do Estado Brasileiro nas políticas públicas’. A adequação se dá em virtude de, na medida em que os poderes que, ordinariamente, tratam de políticas públicas se eximem de fazê-lo em havendo um mandamento constitucional, a jurisdição atua para suprir a inércia. Trata-se, então, de uma análise da interação e dos arranjos institucionais que permitem a materialização de políticas públicas para o atendimento à sociedade.

Ao fim da pesquisa, conclui-se que os parâmetros produzidos nos precedentes do Supremo Tribunal Federal são aptos a nortear a atuação judicial em todas as esferas para a tutela das políticas públicas, em especial da própria Suprema Corte no manejo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para apreciar políticas públicas. No entanto, em se tratando da firmeza dos parâmetros, bom seria se fossem fixados em lei, de modo a institucionalizar esses critérios e formalizá-los como legitimadores da atuação judicial neste campo.

## 1. O ATIVISMO JUDICIAL COMO TÉCNICA DECISÓRIA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Inicia-se o trabalho discorrendo sobre o ativismo judicial como uma realidade no contexto da jurisdição constitucional brasileira. Analisa-se, com efeito, seus contornos e formas de incidência, bem como são elencados os argumentos favoráveis e contrários a sua existência. Ao fim, conclui-se que o ativismo é uma forma de se decidir, similar a muitas outras existentes na sistemática jurídica brasileira.

### 1.1. Jurisdição constitucional e o ativismo do Supremo Tribunal Federal

Suponha-se que a sociedade é um grande quebra-cabeça cujas peças representam uma faceta diferente do cotidiano social, tal qual as leis, direitos, instituições, políticas públicas e afins. Os responsáveis por montar esse quebra-cabeça são diversos agentes, como legisladores, administradores públicos e membros da magistratura, tendo umas funções específicas previstas no manual de instruções.

Durante a montagem, um dos agentes não se limita a agir de acordo com as instruções, mas tenta, observando o contexto, encaixar as peças com a finalidade de alcançar um resultado mais justo e ponderado e que melhor represente as ideias de igualdade, justiça e materialização dos direitos individuais de acordo com sua concepção do mundo, mesmo que, eventualmente, se ocupe de tarefas que pertencem aos outros agentes.

Neste exemplo, os agentes de montagem são os poderes da República, o manual de instruções é a Constituição e o agente que não se restringe às regras é o poder judiciário. Sem fazer juízo de valor sobre a postura do agente que vai além das regras, tenta-se ilustrar em que consiste o ativismo judicial em face da dificuldade em defini-lo. Em uma abordagem pouco precisa, poder-se-ia dizer que esse ativismo é a prestação jurisdicional que não se satisfaz com a simples interpretação e aplicação da lei, mas que considera para isso o contexto e as mutações sociais, ampliando direitos, protegendo minorias ou determinando que o poder público tome medidas específicas, ainda que, para tanto, possa haver uma interpretação expansiva e criativa da lei.

As considerações seminais acerca do ativismo decorrem da decisão considerada marco inicial do controle de constitucionalidade pela via difusa, o caso *Marbury v. Madison*, em 1803,

que declarou a nulidade de uma norma federal sob o argumento da inconstitucionalidade. Os debates sobre o ativismo surgem juntamente com a própria jurisdição constitucional (Campos, 2015).

A despeito de não haver uma definição precisa acerca do que é o ativismo judicial, alguns autores se debruçam na tentativa de encontrar uma maneira de descrever com precisão o fenômeno jurídico em questão.

Considerado pioneiro em abordar a temática e cunhar o termo, Schlesinger Jr. (1947) afirma que na medida em que uma Corte se apresente como instituição fundamental da sociedade e do país, seus membros deverão se sujeitar ao julgamento social de suas motivações e relações e tudo o mais que possa ser considerado um fator relevante para a tomada de determinada decisão, porque as decisões proferidas ajudarão a moldar a sociedade por muito tempo.

Para o autor, o ativismo consistiria na substituição da vontade do legislador pela do juiz, que acreditam que devem trabalhar na promoção das liberdades fundamentais e na garantia dos direitos dos grupos minoritários, ainda que para isso aproxime-se da correção dos erros do legislador pela via jurisdicional.

A utilização do termo costuma sugerir uma discordância em relação à forma com que os tribunais aplicam as leis (Silva, 2021; Sustain, 2005), em especial o Supremo Tribunal Federal no exercício da interpretação constitucional. Sob este viés, a decisão e o juiz ativista seriam tidos como arbitrários. O termo seria utilizado, neste caso, tão somente para a discordância com as decisões. Luíz Roberto Barroso, notório estudioso do assunto, afirmou ter abandonado o uso da expressão em virtude da perda de seu conteúdo, na medida em que é utilizada com a finalidade depreciativa.

“A palavra ativismo judicial talvez não seja a mais indicada, porque o Judiciário não busca intervir na realidade política, social e econômica; ele é instado a fazê-lo, e uma vez instado a fazê-lo, deve dar uma solução.” (Lewandowski, 2009, p.85)

Para Virgílio Afonso da Silva (2021), um tribunal pode ser ativista sob dois aspectos: o da competência e o da circunstância. Sob a ótica da competência, ativista seria a Corte que toma decisões que deveriam ter sido tomadas por outros órgãos; sob a circunstância, seria o que toma decisões dentro de suas competências, mas o conteúdo não parece ser lastreado por uma interpretação plausível das normas.

O autor, na tentativa de conciliar os dois conceitos que trouxe e fugir de aspectos quantitativos, afirma que:

“Um tribunal é ativista quando assume competências que não são claramente atribuídas a ele, mas tampouco a outros órgãos, pelo texto constitucional ou pela legislação ordinária. Como competências são recursos limitados, quanto mais o tribunal as assume, tanto menos competências tendem a ter outros poderes.” (Silva, 2021, p.510)

A conclusão a que o Autor chega é a de que pouco importa o número de vezes que o tribunal lança mão dessas competências, mas que o simples fato de as ter a disposição é suficiente para defini-lo como ativista. Tal argumento encontra amparo no fato de o Supremo Tribunal Federal ter atribuído a si muitas atribuições que não lhe foram dadas explicitamente pela Carta Política de 1988, como o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição e a sustação da posse de ministro de Estado, por exemplo.

A abordagem de Campos (2015), mergulhando no assunto, se esforça no sentido de propor uma definição que abarque todo o conteúdo do termo. Partindo do pressuposto de que o ativismo engloba interpretações e decisões que expandem o espaço institucional das Cortes, resolvem lacunas do legislativo e alargam o alcance de normas constitucionais indeterminadas, altera o sentido de leis sob o argumento de conformá-los à Constituição e outros fatores, propõe a seguinte definição:

“Exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.” (Campos, 2015, p.12).

A tentativa de definição levantada pelo autor, fugindo de critérios quantitativos, procura estabelecer um caminho para a identificação do fenômeno. Apesar disso, carece de objetividade e consistência enquanto conceito, mas fornece alguns pontos a serem observados: o exercício expansivo da jurisdição não é necessariamente ilegítimo porque a identificação e avaliação deve ser feita de acordo com os pressupostos jurídicos locais, não se sujeitando a conceitos abstratos e gerais.

Sob a ótica de Barroso (2009), o ativismo judicial consiste em uma atitude proativa no modo de se interpretar a Constituição, de modo a alargar o significado de suas normas e expandir o seu alcance. Anota, também, que o fenômeno está ligado a uma participação do judiciário na realização de valores e finalidades constitucionais, o que implica em interferência no campo de trabalho dos demais poderes.

O autor sugere, ainda, que a atitude ativista se materializa em algumas condutas, que são: a aplicação direta do texto constitucional a contextos não claramente contemplados por ele

e sem que haja manifestação do poder legislativo; declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios pouco rígidos, eventualmente violando a Constituição; imposição recorrente de obrigações de fazer ou não fazer ao poder público, em especial nas matérias de políticas públicas.

“O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.” (Barroso, 2009, p.20)

As observações de Cittadino (2002) são no sentido de que a atuação ampla das cortes constitucionais são uma marca das democracias modernas, na medida em que os textos constitucionais são dotados de princípios, muitas vezes pouco precisos em suas definições, e isso viabiliza o ambiente propício para interpretações construtivas e criativas, o que chama de “direito judicial”.

“Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram e, nesse sentido, as decisões dos tribunais -- especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais - têm necessariamente o caráter de ‘decisões de princípio’.” (Cittadino, 2002, p.141 e 142)

As concepções de ativismo, em regra, contrapõem-se ao que se convencionou chamar autocontenção judicial, que consiste na redução da interferência do poder judiciário nas atividades dos demais poderes, evitando a aplicação direta da Constituição em contextos que não estejam sob sua abrangência de forma expressa, optando por priorizar o pronunciamento do poder legislativo ou ações do poder executivo, utilizando critérios rígidos para declarações de inconstitucionalidade e abstendo-se de intervir em matéria de políticas públicas.

A diferença de abordagem do ativismo e da autocontenção judicial reside no fato de e o ativismo se propõe a extrair o máximo possível do texto constitucional, em termos de interpretação e abrangência, enquanto a autocontenção preza pelo exercício das competências instâncias tipicamente políticas, restringindo a incidência dos princípios constitucionais e da liberdade dos juízes na prolação de suas decisões (Barroso, 2009).

“Assim, se, por um lado, o ativismo atribui ao Judiciário um papel de destaque nas relações sociais, tem-se a contrapartida da autocontenção judicial que, para alguns críticos, deveria comedir o ativismo judicial. Nesse contexto, deveria o Judiciário, portanto restringir sua atuação em prol dos órgãos tipicamente políticos.” (Camargo, 2016, p.234)

Em face das múltiplas definições possíveis para o fenômeno, das quais apenas algumas foram trazidas a este trabalho a título elucidativo, assume-se, para fins de rigor conceitual e

lançando mão dos entendimentos listados, que o ativismo judicial é uma técnica decisória por meio da postura proativa e criativa do poder judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, na interpretação das previsões constitucionais e legais com a finalidade de expandir seu significado e abrangência, com a finalidade de atribuir eficácia às normas constitucionais e garantir a materialização de direitos, ainda que para isso se ocupe de competências reservadas aos demais poderes que se quedam inertes, potencializada pela centralidade da Constituição no sistema jurídico brasileiro.

### 1.1.1. O ativismo judicial como fenômeno jurídico

Apesar das múltiplas definições possíveis para o fenômeno, diversos autores têm identificado características que acompanham o ativismo judicial de maneira corriqueira. O primeiro ponto tem a ver com seu núcleo de ações, espécie de *modus operandi*, na medida em que as diferentes decisões sob este aspecto têm como resultado o aumento da importância das cortes e de juízes nos desdobramentos político-institucionais sobre as demais instituições e figuras políticas (Campos, 2015; Young, 2002).

A expansão da autoridade dos tribunais é um exemplo encontrado em quase todas as explanações que versam sobre o assunto. Trata-se de ponto relevante porque engloba o controle dos atos dos demais poderes ou até mesmo a substituição dessas instituições quando as omissões impedem a fruição de direitos.

A ideia de subsunção e legalidade é acrescida pela busca da melhor decisão para resguardar os direitos fundamentais, alargando as capacidades dos juízes. Decisões políticas e sociais são tomadas pelo Poder Judiciário para concretizar a Constituição, o que, afirma essa doutrina, acaba lhe dando proeminência perante os demais poderes.” (Feloniuk, 2014, p.543)

Aquela definição trazida por Silva (2021) dialoga de maneira bastante direta com esse suposto *modus operandi* do ativismo judicial. Afirma o autor:

“O STF já se autoatribuiu uma série de competências não explicitamente definidas pela Constituição, como por exemplo: controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais; limitar a legitimidade para propor ações de controle de constitucionalidade; impedir a nomeação de ministros de Estado; bloquear a deliberações do Congresso Nacional em alguns casos; desconsiderar a inviolabilidade de parlamentares por opiniões e votos; decretar a perda de mandato de deputado que mudar de partido; e, especialmente, não decidir casos nos momentos em que entender não ser conveniente.” (Silva, 2021, p.510).

Outro ponto de atenção é o espaço em que o ativismo judicial toma lugar. A doutrina tem apontado que aqueles casos que envolvem profundas divergências políticas e morais por

parte da sociedade são um solo fértil para uma atuação ativista por parte dos tribunais (Campos, 2015; Barroso, 2017), que Dworkin (1977) chama de “hard cases”, ou casos difíceis.

Este espaço normalmente se reserva às questões constitucionais relevantes, que possuem eco nos processos políticos e são embebidos por valores morais. Esses casos difíceis não trazem consigo uma solução preestabelecida pela norma jurídica ou pelos precedentes judiciais. Neste passo, a solução precisa ser produzida pelo magistrado pela via argumentativa, tornando-o participante do processo de criação e desenvolvimento do direito (Barroso, 2017).

“Tal papel pode parecer natural e óbvio para um jurista anglo-saxão, mas tem uma dose de extravagância para um europeu continental. A legitimação da decisão, assim, à falta de um precedente ou de uma norma, se transfere para a argumentação jurídica, para a capacidade do intérprete de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu.” (Barroso, 2017, p.23)

No mesmo sentido, Vieira (2008):

“O Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de “proteção de regras” constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de “criação de regras”; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder.” (Vieira, 2008, 445 e 446).

Neste contexto, o poder judiciário é tido como um verdadeiro ator político e essa sua nova faceta trás alterações na equação da implementação de políticas públicas, por exemplo. Além de negociar com o congresso, o poder executivo deve se preocupar, também, em não ferir ou obstar a Constituição (Carvalho, 2004).

Existem, também, muitas tentativas de explicar as razões pelas quais o ativismo judicial tem espaço no contexto jurídico. Vieira (2008) sugere que dois aspectos são determinantes para tanto: a ambição constitucional e as competências superlativas do poder judiciário. Barroso (2009) acrescenta como causa a retração das esferas representativas no contexto político.

A Constituição de 1988, em vigor no Brasil e que garante um extenso rol de competências ao poder judiciário, é “analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador” (Barroso, 2009, p.12), “ampla, minudente” (Vieira, 2008, p.446) e “ubíqua” (Sarmiento, 2006). Os fatos adjetivos dados à Carta Política brasileira pelos acadêmicos referem-se ao ímpeto do legislador originário em sagrar no seu texto as finalidades políticas e sociais a que aspiravam. Ambição travestida de norma jurídica, sem juízo de valor com a intenção do constituinte de 1987/88.

Desconfiada do legislador, a Constituição legisla a respeito dos mais diversos temas da vida, indo além de temas de organização política do Estado e dando atenção aos fatores sociais e econômicos, o que Vieira (1999) considera um compromisso maximizador. A essa postura do constituinte convencionou-se chamar de constitucionalização do direito, que levou a um

ambiente de tensão constitucional e a conseqüente judicialização com fundamento jurídico calcado no texto constitucional (Vieira, 2008).

“Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.” (Barroso, 2009, p.12)

Na medida em que há tantos assuntos reservados à esfera constitucional, limita-se consideravelmente o espaço de atuação política. Os movimentos mais contundentes do legislador ou da administração pública podem gerar, sem dificuldades, incidentes de inconstitucionalidade que, por conseguinte, serão tratados nas instâncias judiciais (Vieira, 2008).

Na medida que os assuntos são levados ao judiciário, a Constituição e as leis, apesar de tratarem de muitos assuntos, não fornecem respostas prontas a toda e qualquer demanda. Neste caso, a jurisdição tem duas opções: inovar na prestação jurisdicional, indo além do que a lei propõe, expandindo sua abrangência por meio de técnicas interpretativas, ou se limitar e aguardar que o poder legislativo forneça solução. Independente de qual seja a via adotada, há sempre a possibilidade da prolação de uma decisão considerada ativista em vista da oportunidade dada pelo contexto.

As competências superlativas a que se refere Vieira (2008) têm a ver com o fato de que o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, não é somente uma corte constitucional, mas acumula essa tarefa com a de foro especializado e a de tribunal de apelação de última instância.

Na qualidade de tribunal constitucional, a corte aprecia, pela via de ação direta, a constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais. A corte analisa, também, a constitucionalidade de emendas à Constituição quando atentatórias às cláusulas pétreas, por força do artigo 60, §4º da Constituição, que veda até mesmo a discussão de assuntos nesta seara. Neste mister, o Supremo avaliza os temas com repercussão constitucional no sistema político nacional. Além de que, pela via do mandado de injunção, é possível garantir, de forma imediata, a implementação de direitos fundamentais sem que haja manifestação do poder legislativo.

O caráter de corte constitucional, sob o governo da Carta de 1988, sofreu expansão e fortalecimento em vista do regime pretérito, em especial pela ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações de controle (Vieira, 2008; Fonte, 2009), o que fomenta o

chamamento da corte ao debate nacional, dando-lhe a oportunidade de se pronunciar nos temas de alta controvérsia.

“Foi no tocante à legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Desde a criação da ação genérica, em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mais que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação, sem embargo de posições doutrinárias importantes em sentido diverso”. (Barroso, 2004, p.119 e 120).

Essa expansão do rol de legitimados, por vezes, transforma a corte em uma espécie de câmara recursal das decisões majoritárias tomadas no parlamento na medida em que os derrotados no debate público, comumente, transformam suas derrotas em pretensões jurídicas (Vieira, 2008). Em contraponto a essa abordagem, Feloniuk (2014) afirma que a Constituição de 1988 é fator relevante para a expansão judicial, mas não o único. Para ele, a posição proeminente da magistratura na sociedade brasileira é anterior à Carta de Outubro, e é um dos fatores pontuais para o chamamento do judiciário ao centro do debate público. Mas, apesar da discordância, afirma:

“Os membros dos Supremo Tribunal Federal se tornaram protagonistas das evoluções sociais brasileiras, isso não ocorria antes da Constituição de 1988 e nem no início de sua vigência. Dentre tantos fatores para compor o quadro institucional brasileiro, esse é, possivelmente, o mais significativo. A separação de poderes no Brasil é diferente hoje, não há como precisar em que momento isso ocorreu, mas foi ao longo dos anos 1990 e início dos anos 2000. Nenhuma alteração constitucional estabeleceu claramente essa alteração, ela ocorreu através da atuação diária dos poderes e do advento de nova legislação infraconstitucional.” (Feloniuk, 2014, p.542)

Há, também, o caráter de foro especializado da Suprema Corte. Lhe cabe, dentro dessa faceta, julgar criminalmente as autoridades previstas no Texto Maior, atuando como um juízo de primeira instância. Nesta tarefa, o Supremo analisa os casos aos pormenores e realizando instruções criminais. O que, por vezes, acaba por minar a capacidade institucional da Corte, mas oportuniza, mais uma vez, que a Corte se manifeste sobre assuntos alheios àqueles que uma corte constitucional costuma tratar.

Por derradeiro, mas sem a intenção de encerrar a discussão, cumpre citar a crise de representatividade das esferas eletivas, em especial do poder legislativo, como uma das causas que oportuniza o ativismo judicial. Barroso (2009) afirma a deficiência na representação popular alimenta a expansão da atividade judicial sobre o campo político, em nome da Constituição, em especial quando a jurisdição atua para suprir omissões. Por vezes, essas decisões inovam na ordem jurídica, oportunizando o chamado ativismo.

Sob a ótica de Feloniuk (2014), há uma outorga intencional de responsabilidades, por parte do poder legislativo, que, apesar de ainda decidir sobre fatores essenciais do funcionamento do Estado, como o orçamento público, por exemplo, abre mão de decidir sobre fatores sensíveis à sociedade. Esse fenômeno é observado por Neal Tate (1995), quando relata que órgãos legislativos americanos preferem deixar as decisões acerca do aborto para o judiciário em vista do desgaste político trazido pelo tema.

“Cuida-se de uma delegação intencional (*willful delegation*) das instituições majoritárias, quando não pretendem receber críticas da opinião pública por terem decidido sobre questões polêmicas. Assim, os Tribunais são chamados para preencher os vazios criados (intencionalmente ou não) pelos políticos.” (Leite, 2015, p12)

Não se trata de perda definitiva de importância ou de desprestígio de sua posição institucional, mas um desuso das competências que ainda são suas, às vezes por razões eleitorais, visto que determinada postura frente a assuntos delicados pode acarretar a perda de votos. Fonte (2009) anota que o legislador está acostumado a deixar recair sobre o judiciário o ônus político de invalidar leis inconstitucionais, mesmo que gerem benefícios à coletividade.

“A falta de atividade do legislativo pode se dar pela soma da conveniência política de deixar os tópicos complexos a terceiros aliada à consciência de que se o rumo dos acontecimentos afrontar diretamente a concepção dominante no Congresso, os meios normativos para fazer valer sua vontade continuam disponíveis.” (Feloniuk, 2014, p.550)

A distância entre os órgãos representativos e a sociedade impelem a tomada de decisões relevantes nas instâncias judiciais (Barroso, 2009). Os partidos políticos e o Congresso Nacional são as instituições que dispõem de menor confiança da sociedade, com 31% e 35%, respectivamente, enquanto o executivo e o judiciário gozam da confiança de 53% dos entrevistados (IBGE, 2012). Não é surpresa, então, que o público procure nos juízes um meio de realizar os fins constitucionais, e não no legislador.

“Ocorre que quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de responder satisfatoriamente às demandas sociais, há uma maior propensão para buscar apoio no Poder Judiciário.” (Leite, 2015, p.11)

Esse enfraquecimento das instâncias legiferantes na quadra política e decisória se reflete, ainda, no fato de que muitas discussões sociais relevantes têm sido feitas em sede judicial, por meio das audiências públicas. Barroso (2009) utiliza como exemplo a discussão acerca da possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias que tiveram mais visibilidade quando discutida no Supremo Tribunal Federal do que no processo legislativo que formalizou a lei.

Apesar da sobreposição da jurisdição sobre a tarefa legislativa, em situações de ativismo, o Supremo Tribunal Federal não se nega ao diálogo quando o legislativo discorda de

suas decisões. Há, ao menos, oito situações em que o legislativo contornou julgados da corte das quais discordara por meio da edição de emendas à Constituição contrárias ao teor decisório (Oliveira, 2010, p.161 e 162), de modo que o que se demonstra é que a atuação jurisdicional não tem impedido, em última instância, a ação do legislador. Quando há vontade política, há também mecanismos de diálogo para o aperfeiçoamento e interpretação constitucional conjunta, impedindo a petrificação dos ditames fundantes.

“É nas lacunas normativas ou nas omissões inconstitucionais que o STF assume papel de eventual protagonismo. Como consequência, no fundo no fundo, é o próprio Congresso que detém a decisão final, inclusive sobre o nível de judicialização da vida.” (Barroso, 2015, p.45)

Concebe-se, ao fim, que o ativismo é um fenômeno existente no sistema jurídico brasileiro, e até mesmo de outros países. Seja pelas características da Carta Política brasileira, seja pela vontade do julgador, este fenômeno faz parte do cotidiano jurisdicional e precisa ser entendido em sua completude, com potencialidades e fragilidades.

### **1.1.2 Argumentos doutrinários favoráveis ao ativismo judicial**

Considerando a estrutura conceitual inerente ao fenômeno do ativismo judicial e a exploração dos elementos que concorrem para sua manifestação, procede-se à análise dos fundamentos que justificam sua presença no âmbito jurídico, sob a perspectiva dos adeptos e detratores desse fenômeno, como discutido na literatura doutrinária. Inicia-se a abordagem pelo ponto de vista dos que são favoráveis.

Até o fim da segunda guerra mundial, as Constituições eram vistas como programas políticos e inspiração para a atuação legislativa, mas não como fundamentos jurídicos aptos a sustentarem a defesa de direitos perante o judiciário (Sarmiento, 2009). Hoje, muitas pretensões jurídicas, em especial aquelas que visam a materialização dos direitos fundamentais sociais, encontram fundamento no próprio texto constitucional (Fonte, 2009).

Com o fim da segunda grande guerra, após a percepção de que as maiorias nos fóruns políticos poderiam facilmente perpetrar seus arbítrios levando a sociedade à barbárie, houve o fortalecimento da jurisdição constitucional, dotada de mecanismos para a proteção dos direitos fundamentais. Daí em diante, a Constituição passa a ser encarada como norma jurídica, apta a limitar o exercício do poder político e parâmetro para a invalidação de normas jurídicas (Sarmiento, 2009; Barroso, 2015).

“As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos

de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito.” (Sarmiento, 2009, p.6)

A mudança de paradigma pós-guerra engloba a promulgação de novas constituições, dotadas de normatividade, que assumem centralidade no sistema político em lugar da lei; uma nova interpretação constitucional tomada a partir de seus princípios; o surgimento de cortes constitucionais e ascensão do poder judiciário no contexto político. Essa nova configuração recebe o nome de neoconstitucionalismo (Barroso, 2015).

“Há um relativo consenso na definição das características centrais do novo paradigma: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.” (Sarmiento, 2009, p.20)

Acompanhado dessas mudanças veio a chamada constitucionalização do direito, que consiste no efeito expansivo das previsões constitucionais que passaram a se irradiar por todo o ordenamento jurídico, de modo que os princípios, as finalidades e o sentido das normas infraconstitucionais só encontram validade se tomados a partir da ótica que a Constituição estabelece (Souza Neto e Sarmiento, 2007; Barroso, 2015).

“O fenômeno da filtragem constitucional ou constitucionalização do direito faz com que a Constituição Federal passe a ser um filtro por meio do qual se deve ler e interpretar todos os institutos do Direito. Em decorrência disso, toda a interpretação jurídica passa a ser interpretação constitucional, já que a Carta Magna efetivamente constitui instrumento operacional indispensável à operacionalização do Direito.” (Camargo, 2016, p.251)

Junto da centralidade da Constituição no sistema jurídico e da constitucionalização do direito, vem também a ascensão do poder judiciário como poder de Estado. A percepção no pós-guerra, de acordo com Barroso (2015, p.28) é de que “um poder judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais”.

“Em uma época em que o Estado assumia uma essência liberal, claramente se constatou o Poder Legislativo como protagonista das relações sociais. Por sua vez, quando o

Estado avocou prestações positivas, o que se chamou de Estado social, o Poder Executivo atraiu as expectativas sociais para si. Hoje, em um cenário de Estado democrático de direito, o foco volta-se contundentemente para o Judiciário.” (Camargo, 2016, p.234).

No contexto brasileiro, essas mudanças só encontraram lugar após a promulgação da Constituição de 1988 (Sarmiento, 2009; Barroso, 2015). Até então, as Constituições e as instituições políticas não tinham compromisso com as normas em vigor. A título de exemplo, a Constituição de 1824 afirmava o direito à igualdade enquanto vigorava a escravidão; a Carta de 1937 estabelecia o rito do processo legislativo enquanto o presidente governava por decretos; a Carta de 1969 previa direito à liberdade e à vida enquanto o governo militar prendia ilegalmente opositores e institucionalizou a tortura.

A Constituição de 1988, ao contrário, instituiu amplo rol de direitos e liberdades fundamentais, garantiu-lhes aplicabilidade imediata e protegeu-os da possibilidade de supressão. Em tempo, dotou o poder judiciário da possibilidade de analisar toda e qualquer ameaça ou lesão à direitos, previu remédios constitucionais, ampliou significativamente o acesso ao controle de constitucionalidade pela via de ação ao legitimar diversos atores políticos para sua propositura, quebrando o monopólio do Procurador-Geral da República e passou a considerar a omissão pública como inconstitucionalidade.

Dentro dessa nova ordem, o direito deixa sua zona de descanso e se propõe a promover o avanço social, movido pelo judiciário e liderado pela Constituição (Barroso, 2015). Neste passo, as Cortes desempenham uma função representativa, realizando demandas sociais que não foram atendidas pelas esferas eleitas (Barroso, 2018).

O neoconstitucionalismo e as nuances que contempla, em especial a alocação da Constituição no centro do ordenamento jurídico como balizadora das relações e chave hermenêutica para a interpretação das leis e atos normativos, bem como a elevação do poder judiciário ao patamar de poder de Estado, são comumente utilizados como argumentos que justificam a aparição do ativismo judicial como realidade no contexto jurídico por aqueles que lhe são favoráveis.

Outro ponto de destaque na argumentação daqueles que defendem a pertinência do ativismo judicial é o de que essa postura da jurisdição é uma forma de concretizar e fortalecer os direitos fundamentais. Ao juiz cabe garantir os direitos fundamentais pela ausência de norma regulamentadora ou pela supressão desses direitos por fato alheio à vontade da Constituição (Camargo, 2016).

No contexto do neoconstitucionalismo, em que a dignidade da pessoa humana é o núcleo do sistema jurídico-constitucional, deve-se garantir a eficácia mínima dos direitos fundamentais, em homenagem ao mínimo existencial, ainda que para isso o poder judiciário vá de encontro ao ímpeto das maiorias políticas (Barroso, 2009; Camargo, 2016).

No exercício desse mister, de acordo com Barroso (2017), o poder judiciário atua em uma função iluminista, na medida em que impulsiona a sociedade em avanços civilizatórios, mesmo que contra a vontade majoritária. Ele afirma, ainda, que a proteção das minorias étnicas, dos homossexuais e dos direitos das mulheres não podem depender da vontade majoritária na ocasião.

“A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.” (Barroso, 2017, p.38).

Sob essa ótica, o Supremo Tribunal Federal tem proferido diversas decisões com caráter “iluminista”, se entendido o termo nos parâmetros expostos. Alguns exemplos são dignos de nota: o reconhecimento da união homoafetiva como núcleo familiar e recebendo a cobertura legal dada às uniões heteroafetivas; a criminalização da transfobia e homofobia, equiparando esses casos ao racismo; a possibilidade do aborto de fetos anencéfalos, em homenagem à dignidade da mulher. Cittadino (2022) afirma que a busca pelos tribunais na concretização dos direitos individuais e coletivo é, também, uma forma de participação no processo político.

A essa postura que se choca com o desejo majoritário dá-se o nome de “função contramajoritária”. Essa prerrogativa tem a ver com a possibilidade de anular os atos do poder legislativo e de decidir de maneira oposta àquilo que a sociedade manifesta como vontade da maioria. No exercício desse mister, o judiciário atua como guardião da Constituição e dos procedimentos democráticos (Barroso, 2006).

“Os órgãos majoritários, como se sabe, costumam repercutir o clamor popular, que muitas vezes pode ser no sentido de atropelar os direitos e garantias fundamentais. No mais, as cortes constitucionais assumem a posição de instância de debate racional das decisões políticas tomadas na sociedade, em contraposição à liberdade absoluta nas decisões legislativas. Num Estado democrático, o papel da Constituição é veicular consensos mínimos e regras básicas para a manutenção da própria democracia, dos quais o Poder Judiciário será guardião.” (Fonte, 2009, p.14).

Sobre isso, Cittadino (2002) anota:

“Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.” (Cittadino, 2022, p.138)

Desta forma, de acordo com o que leciona Pereira (2016), a efetivação dos direitos fundamentais requer a inclusão dos titulares desses direitos no processo de interpretação Constitucional. Trata-se, então, de um desafio que o poder judiciário deve enfrentar para a materialização desses direitos. De todo modo, é uma faculdade que possui e que, podendo usá-la, justifica a atuação enérgica que caracteriza o chamado ativismo segundo aqueles que defendem essa hipótese.

Por fim, mas sem esgotar os argumentos favoráveis ao ativismo, há quem sustente que essa postura judicial é necessária para a manutenção do Estado de Direito e da democracia, instituídos no Brasil pela Carta Política de 1988. Vieira (2008) anota que, dada a relevância das matérias decididas pela Suprema Corte nos últimos anos, o resultado é o fortalecimento do Estado de Direito.

Neste contexto, a Corte Constitucional deve atuar como protetora não somente da Constituição, mas também dos procedimentos democráticos que ela estabelece, como o processo de criação do direito, de modo que ele que seja de fato democrático. Assim, o aumento do poder judicial pode ser visto como um reforço à democracia (Cittadino, 2002).

“Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia.” (Sarmiento, 2009, p.30)

A atuação dos tribunais é pertinente em um contexto democrático porque, para além da dimensão que enxerga a democracia como governo da maioria, há a dimensão que a estabelece como o direito de que todos participem de seus processos de forma igualitária, de modo que aqueles que perderam no processo eleitoral conservem a condição de membros da sociedade política.

“Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios<sup>44</sup> — isto é, de valores constitucionais, e não de política — e de razão pública — isto é, de argumentos que

possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem.” (Barroso, 2015, p.37)

Os argumentos listados, por fim, encaram a questão do ativismo judicial como uma postura proativa da jurisdição, na medida em que atua para expandir o alcance das normas jurídicas, em especial as constitucionais. Aqui, então, o ativismo existe e atua como vetor de implementação dos direitos, em especial os sociais, bem como coloca o Poder Judiciário no centro do debate político, transformando-o em um fórum de tomada de decisões que extrapola as partes processuais e alcança a sociedade como um todo.

### **1.1.3. Argumentos doutrinários contrários à existência do ativismo judicial**

Passa-se, então, a verificar os argumentos contrários ao chamado ativismo judicial. Os argumentos contrários que mais recorrentemente são localizados apontam para o abuso no uso dos princípios, a discricionariedade que possui o julgador, o desrespeito à separação de poderes e à democracia. Os pontos serão analisados um a um.

O abuso da utilização dos princípios na interpretação jurídica, de acordo com Streck (2011), enfraquece a autonomia do direito cuja marca é o positivismo, o que chama de “panprincipiologismo”, porque são utilizados pelo poder judiciário com um caráter de correção dos rumos do direito pela ótica do julgador, substituindo o direito produzido pelo legislativo pelo direito produzido nos tribunais. Ele anota:

“Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses princípios) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘panprincipiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo.” (Streck, 2011, p. 221)

Apesar de reconhecer a eficiência do neoconstitucionalismo em validar a Constituição como norma jurídica, como visto nos argumentos favoráveis, Sarmiento (2007) se opõe à utilização desenfreada dos princípios na interpretação constitucional e na construção das decisões judiciais, o que chama de ‘decisionismo’ e de ‘oba-oba’. Para ele, essa postura

enfraquece a democracia porque os julgadores se veem no direito de fundamentarem suas decisões não em critérios racionais, mas em seus ideais de justiça.

“É a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. (Sarmiento, 2007, p. 144)”

Prossegue afirmando que essa prática afeta a separação de poderes, a democracia e a segurança jurídica, porque dá a agentes não eleitos a capacidade de implementar seus valores nas finalidades públicas, bem como impede a previsibilidade das decisões judiciais porque elas variarão de acordo com o que entende o cada juiz. Assim, os princípios constitucionais:

“converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.” (Sarmiento, 2007, p. 144)

Nesta toada, a inovação no ordenamento jurídico estaria nas muitas mãos do poder judiciário, quando não compartilhada com o poder legislativo. Mattietto (2019), analisando a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana nos procedimentos judiciais, afirma que, a despeito das discussões se esse é um princípio, sobreprincípio ou uma regra, é um fato que sua utilização se tornou uma saída previsível para a solução de múltiplas questões.

O autor elenca uma série de decisões cujo fundamento está na dignidade da pessoa humana, sem que, pelo menos em um primeiro olhar, guarde relação com essa temática. A exemplo: o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.390.345-RS, concedeu isenção do imposto sobre produtos industrializados para pessoas com necessidades especiais, afastando a regra de dois anos da aquisição de outro veículo se este tiver sido roubado antes de findo o prazo. A Corte avaliou se tratar de questão de meritória ação afirmativa ao conceder uma isenção não prevista na lei (Mattietto, 2019, p.100)

Em outro caso, no Recurso Especial 1.54.118-RS, a Corte permitiu que uma estudante, oriunda de colégio particular, se beneficiasse das cotas para negros para o ingresso em uma universidade federal cujo requisito, além da autodeclaração, era ter cursado o ensino médio integralmente em colégio público. O tribunal decidiu por garantir-lhe a vaga sob o argumento de que o direito à educação é central no princípio da dignidade da pessoa humana.

“O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido invocado como fundamento para soluções judiciais que afastam regras legais, nem sempre as declarando inconstitucionais, ensejando a temível sub-rogação do legislador pelo juiz, a pretexto de tornar o direito mais justo.” (Mattietto, 2019, p.100)

Ainda sobre o assunto, Grau (2017):

“Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arroga a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensura. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à Humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) quando um determinado valor se apodera de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.” (Grau, 2017, p.26)

Os princípios, em especial o da dignidade humana, se torna a chave argumentativa que fundamenta e legitima as decisões judiciais, protegendo situações subjetivas, e não mais definindo em sua essência o que, de fato, o que qualifica o humano enquanto ser (Mattietto, 2019).

Essa postura, ainda segundo Mattietto (2019), afasta as decisões das vinculações ao ordenamento jurídico, fomenta a insegurança jurídica e favorece o arbítrio judicial, passando à sociedade a impressão de que as leis e os contratos estão em segundo plano em vista da vontade do juiz.

“A introdução de pontos de vista morais e de ‘valores’ na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios ‘superiores’ ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das ‘proibições’ legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Somente a posteriori, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe

foi ‘proibido’, aprendendo a deduzir para o futuro o ‘permitido’ (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso.” (Maus, 2000, p.189 e 190)

A crítica baseada na utilização dos valores na interpretação dos juízes encontra lugar na fragilidade dos institutos suscitados, na medida em que o entendimento sobre sua substância não é padronizado. Ao contrário, é volátil e seu grau de eficiência está legado quase que por completo à dedução do juízo que o manuseia, podendo levar à prolação de decisões contraditórias, reforçando os argumentos acima listados que apelam para a agressão à segurança jurídica.

Esse ponto, então, leva a outra crítica bastante substancial que coloca no centro da discussão a liberdade de decidir do julgador. Também entendida como discricionariedade dos magistrados, se emprestarmos o termo do direito administrativo, onde ‘discricionariedade’ se refere à capacidade da administração pública de escolher entre as soluções disponíveis à luz da legalidade para o manejo de suas competências e deliberar sobre o que fazer com base na conveniência, oportunidade e interesse (Cunha Júnior, 2014).

A discricionariedade tem a ver, então, com a liberdade que goza o administrador público para tomar suas decisões. No âmbito judicial, no entanto, o termo se refere ao campo dentro do qual o juiz seria livre para criar a solução no caso que lhe foi levado, criando um escopo decisório que não encontraria paralelo antes da prolação da sentença, uma vez que extrapola, normalmente, os parâmetros da norma jurídica (Streck, 2013).

Streck (2013) sustenta uma crítica extensa quanto ao ponto aqui suscitado. Para ele, o direito não se resume àquilo que o intérprete, no caso o juiz, deseja. Afirma:

“A doutrina indica o caminho para a interpretação colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos. E isso “aparecerá” de várias maneiras, como na direta aposta na: a) Interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como *sentire*”; b) Interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) Interpretação como produto da consciência do julgador; d) Crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus valores”; e) Razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) Crença de que os “casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) Cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma “abertura de sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete.” (Streck, 2013, p. 30)

Para ele, ainda, essa manifestação da discricionariedade e a utilização da ponderação para suprir as lacunas das cláusulas gerais ferem a integridade e a coerência do sistema jurídico, uma

vez que todas as regras estariam submetidas ao arbítrio do juiz e, com efeito, não há permissivo constitucional ou legal para que o julgador procure soluções fora do sistema jurídico para complementar as normas editadas pelo poder legislativo.

“É como se a Constituição permitisse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo complementar (portanto à revelia do princípio democrático). Isso seria uma “autorização” para ativismos, que, ao fim e a cabo, deságuam em decisionismos.” (Streck, 2013, p. 43)

No mesmo sentido, a posição pessoal do julgador não busca parâmetro nas previsões legais traçadas pelo legislador, a justiça do caso concreto periga se tornar uma injusta aleatoriedade jurídica, porque a justiça do caso concreto, apesar da boa intenção do juiz, pode falhar quando, em caso similar, outro cidadão procurar a prestação jurisdicional e receber prestação diversa (Guedes, 2012; Streck, 2013).

As aspirações dos muitos intérpretes do direito, quando aplicadas ao caso concreto, por mais que dotadas de boa vontade, podem resultar em injustiça e não em justiça. O que se preza nos argumentos suscitados é a previsibilidade do direito e das decisões judiciais — segurança jurídica, em última instância. Os riscos mais elevados, no entanto, são de afronta à democracia.

Um outro ponto de destaque na crítica ao ativismo judicial é uma suposta afronta aos ideais democráticos e à separação de poderes. Mattietto (2019) anota que o lugar de destaque das leis sobre os agentes públicos, o que inclui os magistrados, é uma das bases da democracia.

Streck (2011) anota que com o advento dos Estados Democráticos, a democracia se faz por meio do direito. Todavia, apesar de o judiciário poder colaborar para o aperfeiçoamento da democracia, o aumento significativo de poder dos juízes pode enfraquecê-la, abrandando a participação dos movimentos sociais e das esferas eletivas nos rumos da sociedade (Maus, 2000).

“É desfavorável à democracia que o legislativo atue menos. A eficiência, a segurança jurídica, a igualdade e a legitimidade das prestações estatais seriam favorecidas se as decisões sociais e de políticas públicas fossem feitas por ele. Ao Poder Legislativo cabe tomar as grandes decisões de um Estado. Todo o quadro institucional funciona com menos chance de alcançar os objetivos traçados na Constituição quando as interações institucionais resultam na diminuição da atividade legislativa.” (Felouniuk, 2014, p.555)

Os argumentos de o ativismo é um óbice à democracia normalmente se congregam sob a alcunha da “dificuldade contramajoritária”. Trata-se das decisões judiciais seguindo um caminho inverso aos anseios das maiorias políticas e isso seria um fator de risco para a

legitimação de suas decisões. Além do mais, as decisões judiciais não estão sujeitas ao controle pelos demais poderes.

Neste ponto, mesmo Barroso (2009), entusiasta da postura ativista e iluminista dos tribunais, afirma que a atuação contramajoritária deve se dar em nome dos direitos fundamentais e valores democráticos; fora isso, porém, o judiciário deve acatar as escolhas legítimas do legislador e prezar pela segurança jurídica e ser deferente com a discricionariedade exercida pelo administrador público.

Por derradeiro nos argumentos contrários ao ativismo judicial, tem-se a questão da capacidade institucional do poder judiciário. Capacidade institucional, em síntese, pode ser entendida como a possibilidade de melhor responder a determinada demanda por parte dos poderes.

Pelo viés da crítica, a jurisdição não estaria aparelhada dos mecanismos necessários para a avaliação de oportunidade, conveniência e das métricas sociais das quais dispõem o administrador público e o poder legislativo, principalmente no que tange às políticas públicas. Barroso (2009) também flexiona seus argumentos neste ponto. Para ele, o juiz de direito pode não ser o melhor mediador nos casos de temas complexos que envolvam questões técnicas e científicas, seja pela falta de conhecimento necessário ou de informações suficientes.

“Em apertada síntese, busca cobrar do Poder Judiciário de modo especial em áreas sensíveis como a do controle de políticas públicas e que envolvem uma grande exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico, um maior grau de deferência em relação às opções e decisões levadas a efeito pelo legislador e pelo administrador, no sentido de uma valorização recíproca das capacidades institucionais de cada esfera estatal e mesmo propondo um produtivo ‘diálogo institucional’”. (Sarlet, 2013, p. 231)

A Constituição de 1988 prevê o chamado ‘princípio da inafastabilidade da jurisdição’, por meio do qual toda e qualquer ameaça ou lesão a direito pode ser levada ao seu conhecimento. Não significa, contudo, que a toda questão deva-se dar uma solução que extrapole os limites do direito. Os efeitos sistêmicos, que não podem ser previstos e são, por vezes, indesejáveis, podem ser evitados por uma postura de cautela da jurisdição, uma vez que nem sempre possui as informações e o conhecimento necessários à realização da justiça que englobe todo o contexto social (Barroso, 2009).

As considerações de Sarmento (2008) são relevantes nesse caso. Ele sugere que as deficiências do poder judiciário devem ser levadas em conta na tutela dos direitos sociais, na medida em que as questões envolvam aspectos técnicos de políticas públicas. Nesses casos,

deve-se adotar parâmetros claros para a tutela, bem como cautela e reverência em relação às decisões das esferas eleitas.

Neste tópico, enxerga-se o ativismo judicial como uma postura indevida e pouco eficaz para os fins que se destina. Elenca-se, com maior rigor, argumentos que versam sobre ferimento à separação funcional dos poderes, falta de legitimidade democrática e pouca capacidade institucional para que o Poder Judiciário interfira em decisões que extrapolam, supostamente, sua alçada.

#### **1.1.4. Diálogo institucional como ferramenta de construção coletiva de decisões e alternativa ao ativismo judicial**

Uma possibilidade de contornar a problemática do ativismo judicial reside na instituição de diálogo entre as instituições e os Poderes. Em virtude da hipotética ausência de legitimidade democrática para a intervenção do poder judiciário em temas sensíveis que, em tese, deveriam ser resolvidos em sede majoritária, as teorias de diálogo surgem como uma alternativa. A finalidade é equilibrar a função judicial contramajoritária, que tutela os direitos individuais das minorias em face das majorias, com o ideal democrático, que clama pela intensa participação dos eleitos pelo voto na definição dos destinos sociais (Hachem e Pethechust, 2021; Brandão; 2012).

A ideia central desse pensamento é o de que a interpretação constitucional não deve se limitar ao poder judiciário, mas ser produto de um diálogo entre a jurisdição e as instituições majoritárias (Hachem e Pethechust, 2021). Aqui, recusa-se a reconhecer um único poder como titular do direito de dar a última palavra em se tratando da hermenêutica constitucional, afastando a ideia de supremacia judicial, assim como a de supremacia legislativa (Maneiro, 2016).

Esta corrente teórica está calcada no trabalho de Hogg e Bushell (1997), tomando como paradigma o direito do Canadá e a relação entre a Corte Suprema e o parlamento daquele país, que entendem não haver déficit democrático em relação ao controle judicial de constitucionalidade, na medida em que demonstram a frequência com que após a invalidação de leis sob o argumento da inconstitucionalidade, houve uma reação legislativa com a finalidade de criar novas leis com a mesma finalidade.

Os autores sugerem, então, que essa relação deveria ser considerada um diálogo entre a atividade jurisdicional e a legiferante, na proporção em que o exercício da jurisdição constitucional não seria mais um óbice à vontade democrática manifestada no parlamento. Ao contrário, operaria como gatilho que inicia um diálogo que permitiria a revisão das leis pelo legislativo com as ressalvas ditadas pelo judiciário. Neste ponto, não se sustentaria mais a justificativa de que o poder judiciário carece de legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade. Brandão (2012) traz considerações relevantes sobre a questão:

“A premissa fundamental dos autores é que a possibilidade de reversão legislativa de decisão constitucional da Suprema Corte permite que se vislumbre o controle de constitucionalidade não como uma barreira intransponível às instituições democráticas, mas como instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade. Assim, se maiorias legislativas podem reverter decisões constitucionais da Suprema Corte, o problema da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade perde muito a sua força.” (Brandão, 2012, p.336)

Um requisito para a existência do diálogo democrático, todavia, é a de que as decisões proferidas permitam uma revisão por parte do legislativo e possam ser “superadas, modificadas ou anuladas pelo processo legislativo ordinário (Hachem e Pethechust, 2021, p.215)”. No desenvolvimento da pesquisa, Hogg e Bushell (1997) demonstraram que dois terços das leis invalidadas foram modificadas pelo legislativo. Em grande parte dos casos, para a adequação dos atos normativos à Constituição bastou alterações mínimas que não comprometiam suas finalidades.

Esta dinâmica, no entanto, não se formou de modo espontâneo. Hogg e Bushell (1997) sinalizam a existência de mecanismos na Constituição canadense que abrem espaço institucional para reações legislativas às decisões judiciais. A *notwithstanding clause*, ou ‘cláusula do entretanto’, garante ao legislativo a prerrogativa de superação que consiste, de acordo com os autores, com a maneira mais hábil e efetiva de superar uma decisão judicial. Hachem e Pethechust (2021), lecionam que essa prerrogativa:

“(…) autoriza que o órgão legislativo inclua em uma lei uma disposição que reafirme expressamente a sua validade, não obstante o que dispõem os direitos previstos na seção 2 ou nas seções 7 a 15 da Carta de Direitos e Liberdades de 1982, permitindo ao legislador, nos casos em que a lei tiver sido declarada inconstitucional judicialmente, reeditar a lei original sem a interferência dos tribunais, com validade de 5 anos. Após o decurso do prazo, o Legislativo poderá reeditar o ato pelo mesmo período, o que ensejará uma renovação do debate acerca da matéria.” (Hachem e Pethechust, 2021, p.215)

Outro mecanismo seria a *limitation clause*, ou a ‘cláusula limitante’, que permite imposição razoável de limites aos direitos fundamentais, desde que compatíveis com uma sociedade democrática e livre. Esta limitação é posta a escrutínio pelo judiciário, que avaliará,

dentre outras coisas: a finalidade que se pretende alcançar; se os meios impostos são aptos a alcançar tal finalidade; se é a medida menos incisiva capaz de alcançar aquela finalidade; se gera consequências desproporcionais sobre os cidadãos (Hachem e Pethechust, 2021).

No caso de algum dos itens sob análise for julgado improcedente e a lei for declarada inconstitucional, o legislativo deverá considerar os argumentos judiciais, reeditar a lei para alcançar sua finalidade com menor impacto sobre os direitos fundamentais ou, em entendendo pertinente, lançar mão da prerrogativa da notwithstanding clause (Hogg e Bushell, 1997).

No contexto brasileiro, em que a Constituição não estabelece caminhos institucionais para a superação de decisões que declaram a inconstitucionalidade de atos normativos, o meio utilizado pelo legislador ordinário tem sido a edição de emendas constitucionais como forma de produzir entendimento alternativos à interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal (Hachem e Pethechust, 2021; Brandão, 2012).

Essa alternativa é considerada viável na medida em que a Constituição de 1988, ao regular os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, prevê que a administração pública e as demais esferas do poder judiciário estarão vinculados a ela; não inclui, no entanto, o poder legislativo. Esta previsão consta do art. 102, §2º da Constituição.

Questionando se a edição de emendas à Constituição que superem o entendimento adotado pela Corte Suprema são uma manifestação de um diálogo constitucional, Hachem e Pethechust (2021) adiantam que esse mecanismo tem servido para reforçar o debate de questões ligadas à Carta de 1988 no âmago da arena política nacional, trazendo também para esse âmbito a discussão sobre as próprias decisões tomadas em sede de controle, rediscutindo-as e, até, democratizando-as.

Na opinião de Silva (2009), essa dinâmica entre a ação do poder judiciário e a reação do poder legislativo fica comprometida no Brasil, não somente pelo ônus político que carrega, mas pela previsão constitucional que impede a mudança e supressão de alguns direitos nela contidos, as chamadas cláusulas pétreas.

Na conclusão do estudo conduzido por Hachem e Pethechust (2021) sob a ótica sedimentada por Hogg e Bushell (1997), constatou-se que, no caso do Brasil, a reação do legislativo em face das decisões proferidas pela Corte Suprema não levaram em consideração os argumentos por ela trazidos. Sob esse prisma, a ação do legislativo não configuraria um

diálogo, mas uma “sobreposição de monólogos” (Hachem e Pethechust 2021, p.233), incapaz, por si só, de conferir legitimidade ao processo.

“caso haja grande dificuldade de reversão das decisões de qualquer instituição política o sistema democrático perde, em boa medida, a sua capacidade de autocorreção, cristalizando decisões equivocadas, ou que, embora certas no momento da sua prolação, tornam-se com o tempo obsoletas ou geram consequências não antecipadas. Sobretudo se tal decisão “definitiva” for da lavra de órgão não sujeito a processos periódicos de aprovação popular, há o risco de ela, ao invés de promover estabilidade social, estimular a polarização das disputas políticas.” (Brandão, 2012, p.344)

Anota-se, em tempo, que no contexto brasileiro é pacífico o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal pode exercer controle sobre as emendas à constituição. Isso porque podem ferir formal, no procedimento de elaboração, e materialmente, em seu conteúdo, a Constituição de 1988 (Barroso, 2022).

Neste passo, apesar de muitos os argumentos e as possibilidades de não haver um único detentor da palavra final em se tratando da interpretação constitucional, um fato é que quando há uma controvérsia acerca da interpretação dos dispositivos constitucionais, conflitos acerca de competências e outras questões que envolvam a Carta Política, o poder judiciário é a sede da resolução desses conflitos.

O poder judiciário possui a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, em especial o Supremo Tribunal Federal, naquelas ações que lhes são submetidas. Mas a Constituição não lhes pertence. O alcance e o significado dos termos constitucionais são produtos de uma interpretação que envolve os demais poderes e a sociedade (Barroso, 2012).

O ativismo judicial, como se demonstrou, não é um fenômeno espontâneo. Ele tem causas, ambientes propícios para sua ocorrência, instituições que se beneficiam e outras que se prejudicam por sua existência, críticos e entusiastas. Trata-se de um verdadeiro instituto jurídico, na medida em que é utilizado, analisado e produz efeitos como tal.

O que se observa é que o ativismo judicial funciona como uma técnica decisória sobre a qual o poder judiciário pode lançar mão ao analisar uma causa, em especial no exercício do controle de constitucionalidade — aqui não exclusivamente o controle concentrado, na medida em que o controle difuso tem se revestido de uma série de ferramentas de abstratização das decisões, tais quais as teses de repercussão geral e as súmulas vinculantes.

Neste sentido, os argumentos favoráveis se mostram mais ambientados com a realidade institucional, uma vez que o ativismo tem funcionado como potencializador dos direitos fundamentais e das políticas públicas, principalmente no que tange à implementação de programas em face da inércia dos poderes executivo e legislativo. No entanto, até os defensores

mais assíduos dessa postura reconhecem a necessidade de deferência por parte do judiciário às decisões majoritárias quando não envolvam pontos sensíveis à Constituição.

O que se depreende é que a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e o zelo pelos processos democráticos não configuram ativismo judicial, mas uma competência dos tribunais no exercício da guarda da Constituição. Por outro lado, a tomada de decisões em sede de competências atribuídas a outros poderes, a inovação na ordem jurídica e as soluções tomadas nos hard cases que extrapolam as previsões constitucionais e legais configuram, sim, uma postura ativista.

Neste trabalho, portanto, o ativismo judicial será encarado como um fato jurídico e uma técnica decisória no controle de constitucionalidade por meio da qual o poder judiciário, em uma atitude criativa e inovadora na ordem jurídica, expande o sentido e o alcance das normas, por vezes ocupando vácuos de competência deixados pelas instâncias representativas e pelos programas de governo sagrados nas urnas mas não implementados e, sobretudo, daqueles programas constitucionais, em especial os objetivos fundamentais da República e os direitos fundamentais.

Na qualidade de fato jurídico, o ativismo não será superado tão cedo. O melhor a se fazer é encontrar maneiras de compatibilizá-lo com a ordem jurídica de modo a que não seja um problema, mas parte da solução na concretização da Constituição. Para isso, enfim, este trabalho se debruça na análise dos parâmetros institucionais com a finalidade de verificar a maneira com a qual a postura ativa dos tribunais pode ser contida, mas não subtraída, com fins a colaborar com a implementação de políticas públicas.

## 2 A EXPANSÃO DOS INSTRUMENTOS DECISÓRIOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma no sistema jurídico brasileiro, em regra, tem o condão de retirá-la do ordenamento. Isso porque uma norma entendida como inconstitucional o é desde seu nascimento e, conseqüentemente, os atos dos quais o fundamento decorre dessa normativa serão também inconstitucionais (Barroso, 2022). As técnicas decisórias, no entanto, têm o condão de mitigar essa ideia (Silva, 2021).

Como regra, as decisões prolatadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade alcançam o nascimento da lei (*ex tunc*), têm afetação contra todos (*erga omnes*) e vinculam todo o poder judiciário e os órgãos da administração pública. Não afeta, no entanto, o poder legislativo (Mendes, 2016; Moraes, 2016; Silva, 2021). Esses efeitos encontram amparo normativo na Constituição de 1988, em seu artigo 102, §2º, e na lei 9.868/99, que regulamenta o processamento dessas ações.

“Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeito *ex tunc*).” (Moraes, 2016, p.793 e 794)

O sistema de controle de constitucionalidade em vigor no Brasil engloba a modalidade difusa e concentrada. As decisões proferidas no controle difuso, em regra, possuem efeito somente entre as partes do processo. Todavia, há mecanismos para que essas decisões produzam efeitos contra todos. É a chamada “abstratização do controle difuso”.

Na medida em que essas técnicas decisórias têm o condão de afetar os efeitos que as decisões no controle de constitucionalidade produzirão, em especial no que tange à abrangência e autoridade da pronúncia judicial, faz-se necessário ter um panorama de como isso se efetua. Desta forma, analisaremos cada uma dessas modalidades e a maneira com que impactam as decisões.

Neste espaço, analisaremos os institutos da repercussão geral, da nulidade parcial sem redução de texto, da interpretação conforme à Constituição, da súmula vinculante, da modulação dos efeitos e do estado de coisa inconstitucional. Anota-se, desde já, de acordo com o que leciona Silva (2021), que a súmula vinculante integra essa discussão porque se trata de uma forma de atribuir os efeitos do controle abstrato ao controle difuso, ao mesmo tempo que o Supremo Tribunal Federal tem lançado mão do instituto com algum teor de discricionariedade em definir a quais decisões dará o efeito vinculativo.

### **2.2.1. Interpretação conforme a constituição**

Trata-se de técnica interpretativa que, em virtude da supremacia das normas constitucionais e da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do poder público, dá preferência ao sentido normativo que mais se adequa ao texto constitucional. Tem lugar quando a norma possibilita mais de um significado. Neste caso, caberá ao judiciário encontrar e dizer qual significado corresponde às expectativas constitucionais, evitando que se declare a inconstitucionalidade e sua retirada do ordenamento jurídico (Moraes, 2016).

Ressalta-se que, para a incidência desse instituto, deve ser possível extrair da norma mais de uma interpretação, dentre as quais uma seja compatível e outra incompatível com a Constituição, fator que legitima a incidência da técnica e a própria decisão.

“A interpretação conforme à Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela.” (Canotilho, 1993, p.230)

Não há espaço para essa técnica, no entanto, quando a previsão normativa não permitir uma interpretação compatível com a Constituição, visto que não é dado ao poder judiciário substituir o legislativo na função legiferante e atuar como legislador positivo, criando um novo diploma legal. Quando for esse o caso, o judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da norma (Moraes, 2016).

Silva (2021) anota que, quando um legitimado se insurge contra a constitucionalidade de uma norma, a defesa da constitucionalidade efetuada pelo Advogado-Geral da União, na qualidade de curador da norma, pode ser uma alternativa interpretativa à inconstitucionalidade suscitada.

A finalidade do instituto, então, é a preservação da norma no ordenamento jurídico, evitando sua utilização em finalidades inconstitucionais, mas determinando a maneira com a qual o diploma deve ser interpretado.

### **2.2.2. Nulidade parcial sem redução de texto**

Há casos em que o Supremo Tribunal Federal pode decidir que uma norma, apesar de não ser inconstitucional em tese, pode ser em alguns contextos. Neste caso, a pronúncia do tribunal é no sentido de que o ato é parcialmente nulo, sem, contudo, alterar seu texto, que permanecerá em vigor, mas com aplicação restrita aos pontos demarcados pela decisão, em um efeito bloqueador (Silva, 2021).

Trata-se, sobretudo, de uma ferramenta para que se estabeleça uma interpretação do ato normativo que se conforme àquilo que a Constituição estabelece. Tem-se, ainda, que esse mecanismo permite a preservação da constitucionalidade da lei, na medida em que a exclusão de determinadas hipóteses permite que ela permaneça em vigor (Moraes, 2016).

Esse instituto guarda algumas semelhanças com a ‘interpretação conforme à constituição’, apesar de não serem a mesma coisa. Moraes (2016) demarca que a principal diferença está no fato de que a interpretação conforme é uma maneira de se interpretar a norma, enquanto a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é uma maneira de se decidir. Mas demarca que nos institutos se complementam, de modo que para se alcançar uma interpretação conforme à Constituição o julgador deverá considerar inconstitucional algumas interpretações possíveis do texto sob análise.

“Identifica-se, assim, uma forte semelhança entre a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição, na qual, como se verá adiante, declara-se, muitas vezes, a inconstitucionalidade de determinadas possibilidades de interpretação com a eliminação de ampla constelação de casos do âmbito de aplicação da norma.” (Mendes, 1996, p.199)

Assim, esse instituto garante a constitucionalidade de determinada norma que pode ter partes inconstitucionais se aplicadas em contextos específicos. Assim, o tribunal resguarda a produção legislativa, apontando em quais casos ela não deve ser aplicada e estabelecendo, em última instância, uma interpretação em conformidade com a Constituição.

### **2.2.3. Súmula Vinculante**

As súmulas são pequenos enunciados que resumem a posição do tribunal sobre um tema tendo como base reiteradas decisões sobre o mesmo assunto. O Supremo Tribunal Federal publicava, desde 1960, as chamadas súmulas de jurisprudência predominante, que serviam somente como instrumento argumentativo, de modo que as instâncias inferiores do poder judiciário não estavam obrigadas a segui-las (Silva, 2021).

A Constituição de 1988, por força da Emenda nº45, no ano de 2004, incluiu o artigo 103-A, que prevê a edição de súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, pela decisão de dois terços dos membros e após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Diferentemente das súmulas pretéritas, essas editadas pelo novo regramento vinculam os demais órgãos do poder judiciário e toda a administração pública.

De acordo com o que leciona Silva (2021), essas súmulas têm como objetivo a atribuição de efeito vinculante àquelas decisões prolatadas em sede de controle difuso, em especial as

decididas em sede de recurso extraordinário que, em regra, só produziriam efeitos entre as partes envolvidas no litígio. Até então, para que uma decisão proferida em controle difuso produzisse efeitos contra todos, havia dois caminhos: o ajuizamento de ação direta de constitucionalidade ou a manifestação do Senado no sentido de suspender a execução do dispositivo declarado inconstitucional.

Tem-se, então, a chamada abstratização do controle difuso, que consiste na atribuição de efeitos contra todos e vinculante aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal sem que, para isso, o Senado tenha que se manifestar (Zamarian e Nunes Jr., 2012). As súmulas vinculantes, então, funcionariam como uma ponte ligando o controle difuso e o controle concentrado (Tavares, 2007).

“Toda vez que o STF vislumbrar a necessidade de concessão dos efeitos erga omnes e vinculantes a decisões oriundas do julgamento de ações subjetivas, basta remetê-las ao Plenário e lá então, depois de cumpridos os requisitos constitucionalmente exigidos, editar súmula vinculante sobre a matéria.” (Zamarian e Nunes Jr., 2012, p.129)

A utilização dessa ferramenta parte do pressuposto que a declaração de inconstitucionalidade em sede concentrada e difusa são tomadas pelo plenário do Supremo, seguindo um rito bastante similar. Não existe, portanto, razão clara para que se atribua efeito vinculante a um e não a outro (Marinoni e Mitidieiro, 2007).

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto as suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. (MENDES, 2004, p.164).

As súmulas com efeito vinculante, para além da abstratização do controle difuso, confere alguma celeridade aos processos normalmente morosos no poder judiciário e também evita decisões contraditórias nos casos com conteúdo similar (Didier Jr., 2006). Há benefícios, em última instância, à prestação jurisdicional em termos de homogeneidade (Zamarian e Nunes Jr., 2012).

#### **2.2.4. Modulação dos efeitos**

A lei 9.868/99, que estabelece o processamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, prevê a possibilidade da modificação dos efeitos da decisão proferida nessas ações, limitando-os.

Como já abordado, a decisão proferida nas ações de controle concentrado, em regra, possui eficácia contra todos e efeito vinculante ao poder judiciário e toda a administração pública. A modulação dos efeitos, no entanto, permite que, em havendo razões de segurança

jurídica ou interesse social excepcional, o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos da declaração ou modificar o momento a partir do qual ela produzirá efeitos.

Questiona-se, no entanto, se essa previsão não seria inconstitucional, em vista de contrariar os efeitos que o texto constitucional informa. A Ministra Carmen Lúcia, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.462/PA, decidida em 15/09/2010, informa que “o sistema pátrio comporta a modulação dos efeitos, sem que isso viole o texto constitucional.” Isso porque adotar esse critério decorre da ponderação entre a expressão da legalidade do Estado de Direito e a segurança jurídica. Em resumo, decorre da cognição constitucional.

A Ministra aponta, ainda, que o procedimento é feito em duas fases, distintas e autônomas entre si: na primeira, avalia-se a questão de constitucionalidade da norma jurídica atacada. Em sendo procedente o entendimento de inconstitucionalidade, parte-se para a segunda fase: a análise referente à modulação dos efeitos. A segunda fase tem como pressuposto a declaração anterior de inconstitucionalidade. Ponto com o qual concorda Martins e Mendes, 2009):

“Daí dizer que, muito embora o texto constitucional não a preveja, a modulação de efeitos, porquanto constitui mecanismo assecuratório da segurança jurídica, decorre da aplicação sistemática da Constituição Federal.” (Martins e Mendes, 2009, p.558)

Ainda sobre essa questão, Abboud (2021) anota:

“Nada obstante o art. 27 da LADIn e o art. 11 da LADPF tenham explicitado ser viável à Corte Constitucional modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o dever-poder de restringir a eficácia da sentença que “nadirifica” lei ou ato normativo é decorrente do próprio Estado de Direito, que só se sustenta enquanto preservar segurança jurídica, ainda que ao arpejo dos interesses do próprio Poder Público.” (Abboud, 2021, p.375)

A preservação da segurança jurídica implica a garantia de que a ordem jurídica terá um comportamento estável, coerente e igualitário (Moraes, 2016). É intrínseco à ideia de Estado de Direito a estabilidade das decisões após seu trânsito em julgado, de modo que o poder público não altere suas decisões de maneira arbitrária e sem aviso prévio, permitindo que os efeitos dos atos normativos sejam calculáveis, fato que, ausente, poderia significar o desfazimento do ordenamento jurídico (Canotilho, 2000).

Abboud (2021) sustenta discussão relevante neste tema. Para ele, a segurança jurídica é um direito fundamental não somente oponível contra todos, mas também motor do Estado de Direito e um dos alicerces da democracia, tendo sua expressão individual, por meio da qual o indivíduo protege seus bens jurídicos privados, e coletiva, figurando como componente da ordem pública.

Para ele, a proteção do interesse público não é o principal fundamento da modulação dos efeitos, uma vez que a proteção da segurança jurídica é imperativa até mesmo em face dos interesses do poder público.

“À luz do regime jurídico instituído pelos diplomas legais que se pretende declarar inconstitucionais, uma série de situações jurídicas se formou e se consolidou. Fosse o caso de prolatar decisão declaratória de rechaço dotada dos efeitos clássicos (i.e., efeitos retroativos), formar-se-ia, ainda que indireta e não intencionalmente, quadro mais grave de inconstitucionalidade, dado que o pronunciamento judicial, a reboque da obliteração das leis, nadificaria aquelas situações que, sob a sua regência, consolidaram-se.” (Abboud, 2021, p.376)

Neste escopo, a consolidação de atos jurídicos baseados no ato normativo que se pretende inconstitucional seriam o limitador da retroatividade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

“Se as questões de facto ou de direito reguladas pela norma julgada inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incidiu caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o acto se tornou inimpugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a dedução de inconstitucionalidade, com a conseqüente nulidade *ipso iure*, não perturba, através da sua eficácia retroactiva, esta gama de situações ou relações consolidadas.” (Canotilho, 2000, p.1073).

Desta forma, admite-se que o Supremo Tribunal Federal manipule os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, chamada modulação ou limitação temporal dos efeitos da decisão, seja em relação à amplitude ou aos efeitos temporais, quando presentes os dois requisitos listados pela lei: o quórum mínimo de dois terços dos membros da Corte e as razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social (Moraes, 2016).

### 2.2.5. Estado de coisa inconstitucional

O estado de coisa inconstitucional, diferente dos outros mecanismos aqui trazidos, não diz respeito a uma lei ou norma jurídica, mas a um estado de coisas que estão em descompasso com o panorama constitucional. Tem a ver com violações contínuas e sistemáticas dos direitos fundamentais e que, para sua solução, requer o trabalho conjunto das esferas de poder. Suas decisões são chamadas estruturais, porque objetivam resolver a inconstitucionalidade em toda uma estrutura problemática (Pereira, 2017). Para Campos (2015), trata-se de um:

“quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.” (Campos, 2015, p.1)

Esse estado de coisa inconstitucional se dá nos chamados casos estruturais, em que há algumas especificidades, dentre as quais: a) atinge um número significativo de pessoas com direitos violados; b) engloba muitas instituições públicas responsáveis por políticas públicas;

c) requer ordens complexas de implementação e composição entre as diversas instituições para a resolução do problema com foco em todos os afetados e não somente os demandantes (Garavito, 2009).

A finalidade do reconhecimento do estado de coisa inconstitucional é uma orientação prática com fins a impelir o poder público a elaborar, implementar, custear e avaliar as políticas estatais necessárias para dar fim à violação de direitos detectada pela Corte (Garavito, 2009). A configuração desse estado requer três elementos: a constatação de violações graves e permanentes de violação a direitos; um quadro de inércia e omissões persistentes do poder público; ordem proferida em face de diversos órgãos públicos responsáveis pela implementação de políticas públicas (Pereira, 2017).

A decisão proferida nesses moldes tem um caráter coletivo, atribuindo responsabilidade conjunta aos órgãos competentes para que estabeleçam uma conduta coordenada com fins a solucionar a situação inconstitucional.

“Esta forma de “responsabilização coletiva” tem como objetivo incentivar os órgãos e poderes públicos a mudarem suas estruturas, visando a correção das falhas estruturais, a revisão e a implantação de novas políticas, a alocação devida, estratégica e necessária de recursos orçamentários, dentre outras posturas e procedimentos.” (Pereira, 2017, p.179)

Essa modalidade decisória trás, ainda, uma diferença em relação àquele pensamento comum de que o tribunal decidirá e seus destinatários somente deverão cumpri-la. Nessas ações que envolvem o controle de políticas públicas ou o dever de prestações positivas, o poder judiciário pode se encarregar de monitorar o cumprimento de sua decisão (Silva, 2021).

### **3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

O presente capítulo se debruça sobre a íntima ligação que existe entre o fenômeno da judicialização e as políticas públicas. Tenta-se, aqui, lançar bases que permitem entender de quais formas a jurisdição constitucional pode intervir nas políticas públicas e suas peculiaridades, os momentos em que essa intervenção poderá ocorrer e se o fenômeno da judicialização faz parte do chamado ciclo das políticas públicas.

#### **3.1. Judicialização das políticas públicas**

A confluência do poder judiciário com a seara das políticas públicas tem sido um tema amplamente debatido na medida em que ocorre com maior frequência, denotando sua importância. A essa dinâmica convencionou-se chamar judicialização das políticas públicas, que tem se demonstrado um fenômeno complexo e de muitas faces. Em suma, trata-se da transferência da tomada de decisões das esferas eletivas, o executivo e o legislativo, para o poder judiciário.

O surgimento da judicialização no contexto das políticas públicas não somente redesenha as relações entre os poderes do Estado, como também suscita pontos relevantes sobre o exercício da democracia, a produção de efeitos das decisões de governo e a proteção aos direitos fundamentais individuais e sociais. Não sem razão, o fenômeno soergue debates acerca da separação funcional de poderes, da legitimidade das decisões judiciais e da função estatal na promoção e implementação do Estado democrático de direito.

Tratar da judicialização das políticas públicas, no entanto, toca em diversos temas que precisam ser abordados para sua maior compreensão. De início, faz-se necessário conceituar política pública. Após, aborda-se o seu ciclo de desenvolvimento. Então, analisa-se a possibilidade de exigência dos direitos sociais em sede judicial para que, por fim, possa-se debater a judicialização das políticas públicas de maneira ampla.

##### **3.1.1. Políticas públicas**

O legislador constituinte, ao elaborar a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, previu uma série de finalidades públicas a serem alcançadas pelo Estado

brasileiro que, naquele momento, era refundado. Foi ambicioso ao instituir os chamados “objetivos fundamentais”, constantes do artigo 3º da Carta Magna.

Esses objetivos, todos na forma de verbos postos no infinitivo, formalizam verdadeiras metas traçadas por aqueles que pensaram a sociedade brasileira quando da elaboração de sua Constituição. “Construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” são, então, os objetivos que fundamentam a República Federativa do Brasil.

A finalidade desses objetivos é de tocar a realidade brasileira através de todos os meios necessários para tanto: a elaboração de um arcabouço normativo que dê sustentação a essas finalidades, o que é visto ao longo da própria Constituição quando erige um extenso rol de direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, bem como a implementação de ações que formalizem esses direitos na prática cotidiana cuja finalidade seja a transformação social.

Ada Pellegrini Grinover (2010), salientando a relevância da inclusão desses objetivos no texto constitucional, afirma:

“Para atingir esses objetivos fundamentais (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF), o Estado tem que se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado social de direito transforma-se em Estado democrático de direito.” (Grinover, 2010, p.12)

Os objetivos fundamentais da república, então, não somente se prestam a garantir direitos, mas a democratizá-los, permitindo que os cidadãos atuem em sua construção e deles possam gozar. Todavia, Grinover (2010, p.12) também questiona: “como atingir os objetivos fundamentais do Estado brasileiro?”

Um norte possível é informado por Bonavides (1980). Para ele, o atingimento dos objetivos por parte do Estado impescinde da instituição de metas ou de programas que, por sua vez, resultem no alcance dos objetivos predefinidos pela Constituição e pelas leis. Assim, é imperativo ao Estado a promoção dos empenhos necessários para sua realização. Neste mister, estariam envolvidas todas as expressões do poder estatal.

O ponto levantado, por mais que não o faça expressamente, aponta para as políticas públicas. Felipe de Melo Fonte (2009, p.7) afirma que essas políticas “compõem o meio principal de efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional”, de modo que são o meio pelo qual o Estado atende a sociedade. Concordando com esse ponto, Freire Jr (2005) sugere:

“As políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los” (Freire Jr., 2005, p.48)

Acompanhando este entendimento, Barcellos (2005) salienta:

“É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção”. (Barcellos, 2005, p.90)

No mesmo sentido, Maria Paula Dallari Bucci (1996) sugere que as políticas públicas buscam fundamento imediato na existência dos direitos sociais, os quais, ainda, justificam sua existência. Para ela, a função de coordenação que recai sobre o poder público para a realização dos direitos encontra legitimidade ao convencer a sociedade de que a realização dos direitos sociais é necessária. Ana Paula de Barcellos (2005, p.90), em tempo, afirma que “apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhado pelo legislador, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.”

Depreende-se do exposto que a finalidade das políticas públicas é a implementação de direitos, em última instância, independentemente de sua natureza. Não obstante às finalidades, é salutar trazer à discussão aquilo que os estudiosos do assunto entendem por políticas públicas, apesar de não haver um consenso acerca da melhor definição para o termo.

Toma-se, de início, a abordagem de alguns autores que enxergam as políticas públicas atreladas aos governos e suas ações. Mead (1995) aponta que as políticas públicas são uma vertente dos estudos sobre política, em que o governo está sob análise à luz das questões de relevância pública. Lynn (1980), por sua vez, sugere que essas políticas são um conjunto de ações governamentais que produzirão efeitos pontuais e específicos. Peters (1986) sustenta que essas políticas são a soma das atividades de governo que geram efeitos na vida dos cidadãos.

Ainda seguindo essa vertente, Dye (1986) sugere que as políticas públicas têm a ver com as decisões governamentais comissivas ou omissivas. Esse ponto é relevante na medida em que Bachrach e Baratz (1962) demonstram que a decisão por não resolver um problema público por parte dos governos também é uma política pública. Laswell (1958) sintetiza a definição afirmando que as políticas públicas têm a ver com quem se beneficia do que, por que e como isso afetará a realidade.

O conceito adotado por Secchi (2017) é no sentido de que a política pública deve ser vista como um direcionamento para o combate a um problema público, destinado à atividade ou

passividade, que possui dois elementos fundantes: intencionalidade pública e resposta a este problema.

A abordagem das políticas públicas por autores brasileiros também não é uníssona. Aborda-se, então, as definições daqueles que conceituam esses programas de forma ampla. Bucci (1996) entende que as políticas públicas são programas de ação governamentais cujos objetivos são determinados e com um horizonte temporal definido. Para ela, ainda, essas políticas configuram categorias abstratas e refletem a definição de prioridades de governo, ganhando forma por meio de planos estatais que exigem a elaboração de atos normativos, apesar de transcendê-los.

Em contribuição mais recente, Bucci (2006, p.38) sugere que “políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” Para ela, ainda, a “política pública só pode ser entendida como arranjo complexo, conjunto coordenado de atos.”

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato (1997) entende políticas públicas como sendo um conjunto harmônico de normas e atos jurídicos que convergem para a realização de um objetivo definido. Este ponto toca o que sustenta Fonte (2009) ao firmar que as políticas públicas são a junção dos atos e normas que lhe atribuem concretude. Ou seja, a atividade administrativa e o embasamento normativo que as legitimam. A concepção de política pública deve ser antecedida por algum grau de generalização. Um bom modo de fazê-lo é vinculá-la a concretização de um direito fundamental (Reck, 2023).

Por outro lado, Felipe de Melo Fonte (2015), reconhecendo a dificuldade em conceituar o instituto das políticas públicas, busca explicá-lo sobre três vieses: o legislativo, o jurisprudencial e o doutrinário. Para ele, no âmbito legislativo:

“O termo *política pública* tem sido reservado para designar os sistemas legais com pretensão de vasta amplitude, os quais definem competências administrativas e estabelecem princípios, diretrizes e regras, e em alguns casos impõem metas e preveem resultados específicos. São as chamadas normas-gerais ou leis-quadro, instituidoras das políticas nacionais, normalmente inseridas no âmbito das competências administrativas comuns ou legislativas concorrentes (...). É importante assinalar que as leis produzidas com a tarefa de delinear competências que inicialmente estão difusas são extremamente importantes, na medida em que permitem correlacionar obrigações constitucionais e respectivos entes federativos.” (Fonte, 2015, p.38)

Em suma, sob o aspecto legislativo, as políticas públicas são produto de leis que estabelecem programas, políticas ou diretrizes com abrangência determinada (local, se produto dos legislativos municipais e estaduais, e nacionais se produto do legislativo federal). A

despeito do fato de que a edição de uma norma não garante sua eficácia, os diplomas legais funcionam como parâmetros do planejamento e da regulação estatal sobre determinada política. Servindo, em última instância, como paradigma de controle judicial.

Sob o aspecto jurisprudencial, Fonte (2015, p.45) entende que “para os órgãos julgadores, as políticas públicas estão diretamente vocacionadas à concretização dos direitos fundamentais de todas as dimensões” e, ainda, que “o desenho das políticas deve ficar a cargo do processo político, dando-se a intervenção judicial apenas em caráter excepcional.”

Sob esse aspecto jurisdicional, então, as políticas públicas configuram a materialização dos direitos fundamentais por parte do poder público, fruto dos deslindes políticos dos órgãos representativos. Reconhece-se a possibilidade de participação jurisdicional no processo nos casos de omissão administrativa.

Em tempo, Fonte (2015) sinaliza que as políticas públicas possuem elementos que as caracterizam. Dentre eles, figuram a formação da agenda pública, em que um problema social é eleito pela administração como passível de ser resolvido por uma política; as leis orçamentárias e as demais que dão sustentação jurídica a essas políticas e a discricionariedade administrativa que, em última instância, será a condutora das políticas.

A abordagem de Janriê Rodrigues Reck (2023, p.30) parte do pressuposto de que a política pública também é um fato social. Para ele, políticas públicas não podem ser resumidas a um ato ou programa pontual e isolado, mas um aglomerado de ações e de decisões.

“a política pública, pode-se dizer que é um conjunto de decisões coordenadas, em forma de rede, que visa a determinados objetivos (geralmente direitos fundamentais) conscientemente estabelecidos de mudança da sociedade e atingíveis via um planejamento que envolve instrumentos administrativos, modelos de decisão e organização, e com isso, além do Direito, recursos de tempo, poder e dinheiro.” (Reck, 2023, p.30)

O autor, prosseguindo, sugere que há três pontos essenciais para a compreensão da definição de políticas públicas: seu cunho político, sua roupagem jurídica e uma orientação iluminista com vocação para mudança social (Reck, 2023, p.31).

No que tange à política, vocábulo que compõe seu nome, o autor sugere que se relaciona com a fase da formulação da agenda pública, em que vários atores, juntamente com seus interesses, atuam para chamar a atenção estatal para a resolução de determinada problemática. Indo além, sugere, ainda, que em vista do seu caráter coletivo, as decisões que são tomadas em sua construção vinculam toda a sociedade, fortalecendo seu caráter político.

“Por política, significa dizer que existe um movimento da esfera pública à formulação da política pública. Esse movimento significa a fase de agendamento do ciclo das políticas públicas. Além desta ambientação política, conforme será abordado mais abaixo, a política pública tem por função carregar decisões vinculantes para toda a coletividade – sendo esse, precisamente, o conceito de política. Formulam-se decisões vinculantes para toda a coletividade e essas decisões serão formalizadas e implementadas na forma de políticas públicas.” (Reck, 2023, p.31)

No que toca à roupagem jurídica, as políticas públicas têm como base um pressuposto normativo, tais quais os direitos fundamentais, a organização da burocracia pública e as ferramentas jurídicas disponibilizadas ao administrador público (Reck, 2023). Na medida em que as “políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato” (Bucci, 2002, p.241).

Esse entendimento se baseia no argumento utilizado por Reck (2023), em que o direito, desde que legítimo e em funcionamento, é o que fundamenta a existência de políticas públicas enquanto ações coordenadas, ao mesmo tempo figura como instrumento de coordenação dessas ações.

Dentro de suas anotações, o autor sustenta, ainda, que as políticas públicas no Brasil já carregam há tempos um caráter normativo. Frisa-se a existência de versas leis cujos títulos propõem “política de...”, em tempo que a Constituição de 1988 já utilizava em sua primeira redação o termo “políticas” referindo-se às ações do poder público. Ademais, diversas emendas à Constituição trazem em seu escopo o termo “políticas públicas” ou alguma variação, tomando-se como exemplo as Emendas à Constituição (ECs) 65/2010, 71/2012, 108/2020 e 109/2021.

A Emenda Constitucional 65/2010, que alterou o artigo 277 da Constituição da República, prevê: “o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de **políticas públicas**.”

A Emenda Constitucional 71/2012, que acrescentou na Constituição o artigo 216-A, no mesmo sentido, prevê: “O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de **políticas públicas** de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade(...).”

A alteração trazida pela Emenda Constitucional 108/2020, que alterou o parágrafo único do artigo 193, estabelece: “o Estado exercerá a função de planejamento das **políticas sociais**, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas.”

No mesmo sentido, por fim, a Emenda 109/2021 que atribuiu nova redação ao parágrafo 16 do artigo 37, informa: “os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das **políticas públicas**, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.”

Sem entrar no mérito do que as Emendas à Constituição estabelecem, fato é que as políticas públicas têm figurado nominalmente como temática na produção legislativa, reforçando seu caráter normativo e em harmonia com o direito.

“A política pública consegue realizar objetivos públicos porque permite a coordenação de ações/decisões. Uma decisão é ligada a outra a partir do direito. O direito é a forma linguística de expressão da política pública. Se o direito é um sistema de coordenação de ações, como diz Habermas, então a política pública é um aspecto do direito e não foge dessa característica de coordenação de ações.” (Reck, 2023, p.32)

Por derradeiro, concluindo o raciocínio estabelecido por Reck (2023), tem-se a orientação iluminista das políticas públicas no que tange a seu potencial de transformação social. a elaboração de uma política pública e sua conseqüente implementação pressupõem que é possível haver mudanças no plano fático social, o que implica em progresso.

Tal pensamento encontra amparo na aspiração da Constituição de 1988, em especial no que tange a sua aspiração de transformação social. Reck (2023) afirma que é um fato que as políticas públicas têm como finalidade as mudanças sociais.

“Somente via políticas públicas o caráter dirigente da Constituição poderá ser realizado e, assim, o conteúdo do art. 3º do mesmo documento, em sua pretensão de transformação da sociedade brasileira em justa, livre e solidária.” Reck (2023, p.32)

Além do mais, essas transformações são, em certa medida, conscientes (Bucci, 2002). A consciência que acompanha o sentido iluminista das políticas públicas é no sentido de que as finalidades a que se pretende alcançar precisam ser públicas e legítimas, na medida em que se baseiam em discussões e justificativas que permitem que os atores sociais saibam qual o fim aquela política pretende alcançar (Reck, 2023).

Frente ao conteúdo aqui debatido, pode-se depreender que as políticas públicas são ações do poder público, coordenadas pelo direito, com a finalidade de atender o comando constitucional de realização de um direito fundamental. Não significa que haverá um único plano ou programa destinado ao atendimento de um direito, mas que toda política deve corresponder à materialização dessa intenção constitucional, permitindo que o Texto Maior realize sua função dirigente e alcance suas finalidades.

As políticas públicas são, em última instância, a atribuição de eficácia às normas constitucionais pelo poder público. Assim, pode-se conceber que as previsões constitucionais de transformação social não são meras promessas, mas são núcleos de ação em potencial para o atendimento à sociedade e sua transformação em justa, livre e solidária.

### 3.1.2. O ciclo das políticas públicas

O ciclo é uma forma de enxergar as políticas públicas como uma sequência deliberativa, composta por diferentes estágios e fases dinâmicas (Souza, 2006). Pode ser tido, também, como uma forma compartimentada do processo de construção e efetivação de uma política determinada, possibilitando a análise de cada uma dessas partes com fins a maximizar seu potencial (Harguindeguy, 2013). Ainda que as partes não reflitam a totalidade de uma política, servem à simplificação de um procedimento burocrático e composto por muitos atores.

A Constituição de 1988, em seu artigo 193, *parágrafo único*, prevê uma espécie de ciclo para as políticas de atendimento à sociedade. Essa normativa atribui ao Estado a função de exercer o planejamento das políticas e estabelece, ainda, a participação da sociedade na elaboração, monitoramento, controle e avaliação das políticas.

O ciclo das políticas pública tem um caráter analítico. Ou seja, destina-se à análise do programa em compartimentos para sua maior e melhor compreensão. Ao fim, as etapas são sobrepostas, não acontecendo, necessariamente, na ordem estabelecida pela doutrina (Reck, 2023; Maximiano e Nohara, 2021).

“Os cientistas políticos usam modelos para explicar o processo de formular, implementar, executar e avaliar políticas públicas. Um desses modelos é chamado ciclo das políticas públicas. Os modelos têm finalidade analítica - significa que as etapas são analisadas separadamente para ser compreendidas. Na prática, as etapas se sobrepõem e não são ordenadas. O processo é bem mais complexo do que os modelos conseguem representá-lo.” (Maximiano e Nohara, 2021, p.191)

A composição das fases desse ciclo não é unanimidade, variando de acordo com o estudioso do assunto, mas há pontos que figuram na maioria das configurações. Harguindeguy (2013) aborda o ciclo com as seguintes fases: definição do problema; inclusão na agenda pública; tomada de decisões; implementação; avaliação. Ao fim da última fase, retorna-se à primeira.

Pela abordagem de Celina Souza (2006), o ciclo é composto por esses estágios: definição da agenda; identificação de alternativas; avaliação das opções; seleção das opções;

implementação e avaliação. A autora formula uma crítica sobre esse ciclo em virtude de sua ênfase na fase de definição de agenda, questionando a razão pela qual algumas questões são incluídas na agenda pública e outras não atraem a atenção do gestor público.

De maneira mais enxuta, Reck (2023) sistematiza esse ciclo com as seguintes fases: agendamento; formulação; implementação e avaliação. Para ele, de todo modo, o ciclo é uma decorrência do direito, ao passo que as fases do ciclo são ligadas e coordenadas pelas normas jurídicas. Para o presente trabalho, a visão de Reck (2023) é suficiente para abordar o ciclo das políticas públicas no que interessa ao tema da judicialização das políticas públicas.

“Levando à linguagem do direito, significa dizer que normas jurídicas coordenam decisões de modo a que exista uma ligação entre agendamento, formulação, implementação e avaliação. Esse ciclo só existe no todo e em suas partes, dadas as possibilidades abertas pela coordenação de ações possibilitada pelo direito.” (Reck, 2023, p.37)

A fase de agendamento é um dos pontos que figuram em quase todas as tipologias do ciclo das políticas públicas. A abordagem cíclica dá bastante destaque para esta fase, também chamada de formação da agenda pública, ao questionar a razão pela qual alguns problemas são eleitos para serem resolvidos por meio de políticas públicas (Souza, 2006).

Relevante a observação trazida por Valle (2016), que relaciona o ciclo das políticas públicas ao fato de que elas ocorrem por meio de um processo, no qual as projeções devem apontar sempre para o futuro.

“Políticas públicas expressam, portanto, decisão - no sentido do conceito supratranscrito que, todavia, se constroem a partir do signo da multiplicidade, e não de ser entendidas numa perspectiva de continuidade, de projeção para o futuro, de resultados almejados, e de obrigações que se tenha por instrumento ao alcance desses mesmos efeitos.” (Valle, 2016, p.35)

A fase de agendamento é aquela em que problemas sociais que atraem a atenção governamental passam a ser objeto de análise para resolução por meio de uma política pública (Reck, 2023). Trata-se do ponto de partida da elaboração de uma política a ser implementada. A definição desse problema e sua consequente entrada na agenda pública, que nada mais é do que chamar a atenção dos órgãos de governo, ao Estado uma razão para agir (Bardach, 2001).

Importante frisar, no entanto, que a definição de problemas públicos para resolução por meio de programas específicos não é discricionária por completo, na medida em que existem exigências constitucionais para a elaboração de políticas públicas em determinadas áreas, o que se convencionou chamar “agenda de Estado” (Reck, 2023, p.38).

Ademais, as problemáticas são resolvidas pelo ente federativo sobre o qual recai a competência constitucional para fazê-lo, em virtude do sistema federal sobre o qual se organiza

o Estado brasileiro. Ou seja, a formação da agenda pública é correspondente àquela prevista no texto constitucional, nas normas do Título III, que atribui competências administrativas aos entes. A resolução de um problema por um ente incompetente pode se tornar um conflito federativo.

Salutar destacar que, na abordagem de Reck (2023), a tomada de decisões não é uma fase isolada do ciclo das políticas públicas. Para ele, uma política pública é um aglomerado de decisões, que são tomadas em todas as fases do seu desenvolvimento, entendendo a tomada de decisão em um sentido amplo e não limitado a um estágio.

“Decisão é uma unidade e um processo ao mesmo tempo. Geralmente se interpreta decisão como uma escolha. Prefere-se aqui adotar um conceito mais complexo, que entende a decisão como um processo de eleição de alternativas, a escolha da alternativa e o teste argumentativo e de consequências da decisão escolhida e sua fundamentação, assim como o engajamento de uma decisão em outra. Tudo em políticas públicas é uma questão de decisão: normas são decisões, modelos são complexos de decisões e, ainda, o cumprimento de norma por um agente público e a ligação de um agente a outro são decisões. Ao decidir elimina-se a incerteza, mas se assume o risco do erro.” (Reck, 2023, p.39)

Feitas as considerações sobre a tomada de decisões, retorna-se aos estágios do ciclo. Aborda-se, então, questão da formulação da política pública. Por formulação entende-se a eleição dos meios pelos quais a problemática social será enfrentada, colocando em contraponto os aspectos positivos e negativos e definindo a abordagem que será utilizada (Harguindéguy, 2013).

Nesta fase, ainda, são levantadas alternativas de enfrentamento ao problema público. Trata-se de opções de política, do levantamento de recursos para ação e estratégias para intervir e resolver a questão que figura na agenda pública (Bardach, 2001). Apesar da concepção ampla de tomada de decisões, Reck (2023) reconhece que nessa fase estão concentradas a maioria das decisões a serem tomadas que nortearão a ação estatal.

A implementação da política pública é a fase em que, efetivamente, ela é materializada, passando a existir no sentido de produzir seus efeitos, apta a alcançar sua finalidade (Harguindéguy, 2017). Nesta fase, inclusive, é onde se pode falar em eficácia do direito no sentido de coordenador das decisões e em seu mister de mudança social (Reck, 2023).

Há quem considere a fase de implementação como sendo uma das mais decisivas e, por conseguinte, exigindo maior atenção do agente público, na medida em que acertar nesta fase implica diretamente nos efeitos e impactos que se deseja alcançar com a política elaborada (Mota, 2020).

“A implementação é um dos elementos mais complexos, mas também mais decisivos do processo de políticas públicas, já que é nesta fase que as políticas encontram a realidade e produzem (idealmente) os resultados e impactos necessários para resolver, mitigar ou prevenir os problemas ou questões que motivaram a sua formulação” (Mota, 2020, p.134)

Reck (2023), no mesmo sentido:

“Implementação é a fase da colocação em movimento dos modelos de organização e decisão, e significa a utilização dos meios do direito, do poder e do dinheiro (via orçamento) para coordenar o uso dos diferentes instrumentos previstos nos modelos, valendo de estruturas da administração pública, como bens e servidores, assim como contratos e parcerias com organizações privadas.” (Reck, 2023, p.43)

Trata-se de uma etapa crítica do ciclo das políticas públicas. Não sem razão, nesta fase, como se verá em tópico próprio, há uma incidência recorrente da judicialização dos programas públicos. Uma boa implementação, então, sugere uma boa política no que tange à realização de suas finalidades, porque “uma política que se judicializa frequentemente certamente apresenta problemas de desenho ou de implementação” (Brasil, 2018, p.77).

A fase de avaliação, por sua vez, consiste na coleta de dados e informações acerca da política já implementada, possibilitando o controle administrativo pela esfera governamental (Harguindéguy, 2013). Justifica-se a existência dessa fase com a busca por modernização, dinamização e legitimação na gestão governamental (Faria, 2005).

Nesta fase é possível que se aperfeiçoe a política sob análise, bem como exigir uma prestação de contas dos agentes públicos responsáveis por geri-la, sendo elemento essencial do chamado *accountability*, permitindo uma melhor alocação dos recursos públicos e o desenho de políticas que tenham um melhor desempenho no alcance das finalidades definidas nas fases embrionárias do ciclo (Costa e Castanhar, 2003; Faria, 2005).

“A avaliação é um instrumento importante para a melhoria da eficiência do gasto público, da qualidade da gestão, do controle social sobre a efetividade da ação do Estado, esse último instrumentalizado pela divulgação de resultados das ações de governo.” (Ramos e Schabbach, 2012, p.1.272)

Apesar de figurar como sendo a última fase do ciclo das políticas públicas na maioria dos estudos, a avaliação é uma tarefa permanente e deve ocorrer concomitantemente com as outras fases, porque serve como instrumento balizador ao gestor público no que importa à continuidade, necessidade de readequações ou mesmo da descontinuação de determinado programa em curso (Costa e Castanhar, 2003).

Enfim, a abordagem do ciclo das políticas públicas é relevante para a presente pesquisa porque será visto que a intervenção judicial, no âmbito da judicialização, ocorrerá em um

momento correspondente a alguma das fases do ciclo. Dependendo de onde ocorra, pode implicar em maior ou menor legitimidade da decisão proferida.

### **3.1.3. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais**

Recheadas de promessas de liberdade e democracia jamais cumpridas, as Constituições que antecederam a Carta de 1988 tinham grande dificuldade de transformar suas previsões em realidade. Em outras palavras, faltava juridicidade às normas ali contidas. Dentro deste contexto, a Constituição promulgada em 1988, e até hoje vigente, teve como desafio a atribuição de eficácia jurídica às normas que a compõem (Barroso, 2006).

Com um forte ímpeto de transformação e emancipação social, a tolerância com os diversos pensamentos políticos e o progresso da sociedade, a Constituição de 1988 tem cumprido um papel fundamental na atribuição de legitimidade ao exercício do poder político e da formulação de mecanismos para que suas previsões não se convertam em promessas vazias (Barroso e Barcellos, 2003).

Neste passo, o farto rol de direitos fundamentais, individuais e sociais, precisam ser observados e, em um plano ideal, espontaneamente cumpridos. Isso porque esses direitos configuram uma direção constitucional para a consecução de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo imperativo ao Estado implementá-los (Grinover, 2010), isso porque “o conteúdo de um direito fundamental também é um estado desejado” (Reck, 2023, p.61).

Nesta linha, os direitos fundamentais condicionam o Estado brasileiro ao alcance de um certo patamar de bem-estar social, na medida em que a omissão administrativa no cumprimento desses direitos pode figurar como omissão inconstitucional. A espontaneidade do cumprimento desses comandos, então, corresponde às finalidades que o Constituinte estabeleceu e, portanto, “constituem-se como uma obrigação constante” (Reck, 2023, p.69).

“Realizar um direito é uma unidade, uma combinação entre um estado a ser atingido e o complexo de decisões que devem ser tomadas pela organização política para realizar aquele estado, o qual está em relação ao destinatário do direito fundamental.” (Reck, 2023, p.68)

Tendo em vista que o direito fundamental é um estado que se pretende alcançar e que se aguarda seu cumprimento de maneira espontânea pelo poder público, a própria Constituição estabelece meios para que estes sejam alcançados. Neste passo, pode-se requerer a intervenção judicial. Assim, “se assegura àquele que seria beneficiado com a produção espontânea do efeito

normativo, o direito de exigir diante do Poder Judiciário esse mesmo benefício” (Barcellos, 2000, p.197). É a chamada justiciabilidade dos direitos fundamentais.

A exigibilidade em sede judicial de uma prestação fundada em um direito fundamental é, em última instância, exigir a implementação de uma política pública (Barcellos, 2005), na medida em que “o direito fundamental tem por conteúdo a política pública” (Reck, 2023, p.69). Significa dizer, então, que a definição de um direito fundamental pressupõe, em última instância, a configuração de uma política pública. Em vista do abordado no tópico do ciclo das políticas públicas, tem-se aqui a formulação da agenda pública pela via constitucional e, então, compulsória.

Não é inovador pensar que se pode requerer a observância de um direito positivado perante autoridade judiciária com fins ao cumprimento da obrigação nele consagrada ou mesmo pela busca de sanções por seu descumprimento (Kozen, 2010). Todavia, para que uma norma possa ser posta ao escrutínio judicial, é necessário que disponha de algumas características: “ser legítima, estar em vigor e ter eficácia jurídica” (Silva, 2004, p.52). No que toca as normas de direitos fundamentais, não há razão para se pensar em exigências diversas dessas elencadas.

A justiciabilidade dos direitos sociais tem a ver, em um primeiro momento, com a eficácia que essas normas podem produzir no plano jurídico, ou com a chamada densidade normativa. Por densidade normativa entende-se a possibilidade de definir, com alguma precisão, o conteúdo estabelecido pela norma jurídica e os critérios que ela estabelece para sua realização (Sarlet, 2001). Essa densidade terá implicações no que diz respeito a justiciabilidade do direito.

“Conforme seja maior ou menor o grau de precisão (ou determinação) do objeto da norma no próprio texto constitucional, diz-se que há maior ou menor densidade normativa, razão pela qual se diz que da densidade normativa têm-se reflexos quanto à vinculação, aplicabilidade e justiciabilidade.” (Lins, 2009, p.54)

Apesar de se reconhecer a abertura do texto constitucional no que toca aos direitos fundamentais, reconhece-se também sua força normativa. Apesar disso, esses direitos têm um perfil “organizador, planejador, diretivo e dirigente” (Haberle, 2002, p. 165). Essa elasticidade é necessária em vista da margem de manobra necessária para sua implementação pelo administrador público (Lins, 2009).

Em vista desse caráter programático e organizador, as normas que preveem os direitos sociais demandam uma atuação contundente do legislador para o alcance dos seus efeitos, na medida em que sua densidade normativa se demonstra insuficiente para o alcance de sua eficácia plena (Sarlet, 2001).

A realização desses direitos, então, está ligada à política e seus deslindes econômicos e sociais em dado momento da história, principalmente em contextos democráticos e pluralistas, em que as escolhas do eleitorado podem implicar em concretizações distintas desses direitos por parte do poder público (Lins, 2009). Significa dizer, de outro modo, que diferentes atores políticos desenham políticas públicas diferentes para o atendimento do mesmo direito.

Por eficácia jurídica da norma de direito fundamental pode-se entender que é a capacidade de “produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular desde logo, em maior ou menor escala, as situações, relações e comportamentos que cogita.” (Teixeira, 2001, p.289).

A Constituição vigente define, em seu artigo 5º e parágrafo 1º, que as normas constitucionais que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, fundamentando a ideia de que “cumpra ao intérprete e aplicador da Constituição procurar sempre dar aos dispositivos desta o máximo de efeitos possível” (Teixeira, 2001, p.332).

Verifica-se, deste modo, que apesar do entendimento de que possuem baixa carga de normatividade, a própria Constituição trata de atribuir-lhes eficácia imediata. Para Sarlet (2004), os direitos fundamentais gozam de uma dupla fundamentalidade, em caráter formal e material, o que, por si, assegura aos direitos fundamentais uma normatividade fortalecida frente as outras normas de estatura constitucional.

Neste passo, deve-se reconhecer aos direitos fundamentais sociais o mesmo regime dado aos demais direitos no que toca a exigência de prestações positivas (Clève, 2003). Para Sarlet (2004), os direitos fundamentais sociais produzem, em tese, efeitos jurídicos-objetivos e subjetivos.

No que tange aos efeitos objetivos, resultam na adequação das normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico às previsões ali contidas. Está adstrita ao caráter dirigente da Constituição. Dentre esses efeitos, pode-se destacar o condicionante, o derogatório, o irradiante, o mandamental e o da vedação ao retrocesso (Sarlet, 2004, p.165).

Por outro lado, os efeitos subjetivos têm o ímpeto de assegurar, em caráter originário, a implementação de alguns direitos em benefício dos cidadãos. Dentro dos efeitos subjetivos encontram-se o efeito de direito de defesa subjetivo e o efeito de direito a prestações positivas (Sarlet, 2004).

Em se tratando do direito de defesa, decorrente dos efeitos subjetivos da norma que define direitos fundamentais sociais, entende-se que é a faculdade que o particular possui de exigir a

abstenção estatal ou de qualquer outro particular que poderia lhe tolhir o exercício do referido direito (Sarlet, 2004).

“Não se aplicam a estas hipóteses (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, especialmente os da ausência de recursos (limite da reserva do possível) e a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação.” (Sarlet, 2004, p.273)

No que tange ao direito subjetivo a prestações positivas, tem-se que é uma decorrência do direito fundamental social que permite ao particular exigir ao poder público o empenho de esforços no sentido de permitir a realização do direito, o que está diretamente ligado à ideia de direito social (Konzen, 2010).

Konzen (2010) traz à discussão o fato de que, em economias capitalistas, caberia a cada indivíduo providenciar os seus meios para o exercício de direitos de acordo com as disposições do serviço no mercado. Considerando, no entanto, que nem todos podem fazê-lo, os direitos sociais figurariam como a salvaguarda daqueles que não possuem recursos para o gozo dos direitos, servindo como ferramentas de justiça social.

“Cabe afirmar que os direitos sociais são direitos contra a lógica do mercado e estão voltados para aqueles cidadãos inteira ou parcialmente excluídos do acesso a ele. A eficácia positiva dos direitos sociais liga-se, portanto, à ideia de que o Estado deve garantir o exercício do direito quando o titular não possa fazê-lo por si mesmo.” (Konzen, 2010, p.76)

No mesmo sentido, Sarlet (2002, p.153) sugere que os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional estão “a serviço da igualdade e a liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade.”

Clèmerson Merlin Clève (2003), em linha de raciocínio similar, sustenta que o direito constitucional se materializa quando os princípios, os objetivos que fundamentam a República e os direitos fundamentais individuais e coletivos geram mudança na realidade social.

Ele segmenta os direitos fundamentais em clássicos e sociais. Os clássicos são aqueles que podem ser exercidos pelos cidadãos desde logo, sem que para isso se exija uma atuação dos órgãos públicos. Esses direitos clássicos incluem a liberdade de locomoção e de expressão, de reunião e de associação, dentre outros, que exigem do Estado uma postura absenteísta. Os direitos sociais, todavia, exigem uma postura comissiva no sentido de implementá-los por meio de prestações que exigem, para isso, um arcabouço jurídico e dotações orçamentárias (Clève, 2003).

O regime que a Constituição em vigor atribui aos direitos fundamentais clássicos é o mesmo destinado aos direitos fundamentais sociais. Razão pela qual as previsões dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º, que preveem a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e a possibilidade de sua majoração pela via dos tratados internacionais, respectivamente, incidem também sobre o que reza o artigo 6º, que elenca os direitos sociais (Clève, 2003).

Apesar de o regime ser o mesmo, a estrutura das normas é diferente e requer, por isso, uma técnica decisória mais apurada por parte do poder judiciário. Em se tratando dos direitos clássicos, o juiz pode censurar a ação do poder público no sentido de desestimular ações que violem aqueles direitos. No que tange aos direitos prestacionais, no entanto, os pressupostos são diversos e não estão, em regra, à disposição do juiz; dependem de manifestação legislativa, não se realizam de uma única vez e dependem de reserva no orçamento. Neste ponto, então, que se discute a questão da eficácia e da justiciabilidade desses direitos (Clève, 2003).

“não é possível deixar de considerar que a estrutura das normas que tratam de direitos sociais é diferente daquela própria dos direitos de defesa. No sítio dos direitos de defesa, ocorrendo hipótese de violação, o papel do juiz como guardião da ordem constitucional não exige, em geral, uma atuação além da censura judicial à ação do poder público. A situação muda em relação aos direitos prestacionais, exigentes de uma atuação positiva do poder público.” (Clève, 2003, p. 154).

Apesar das considerações de pouca juridicidade das normas que erigem os direitos fundamentais sociais, é certo que o artigo 6º da Constituição da República não institui normas meramente programáticas, que não possuem eficácia imediata, mas verdadeiros direitos fundamentais, enquanto integrantes do Título II da Norma Fundante. Este é, portanto, o parâmetro de discussão. Nesta toada, a normatividade das normas que declaram fins estatais ou impõem a implementação de programas públicos específicos não pode mais ser posta em dúvida (Comparato, 2002).

Neste ponto, Clève (2003) também diferencia as porções subjetiva e objetiva da norma definidora de direitos fundamentais. Para ele, no entanto, a dimensão subjetiva caracteriza as condições de direito subjetivo, que autorizam o indivíduo a reclamar judicialmente a ação estatal para o atendimento àquele direito. Ou seja, há, aqui, direito subjetivo a ser buscado judicialmente em caso de inércia do poder público.

“Neste ponto, independentemente das posições jusfundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, incumbe ao poder público agir sempre de modo que confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais)” (Clève, 2003, p. 155)

A dimensão objetiva, aqui, compreenderia a vinculação do poder público aos direitos fundamentais e seu compromisso de respeitá-los. Vinculando, ainda, o poder judiciário no sentido de lhe exigir uma interpretação da lei que seja proporcional aos direitos fundamentais, promovendo uma “releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais” (Clève, 2003, p.155).

Apesar das disparidades doutrinárias acerca do tema da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, é uma realidade que hoje se “pretende a garantia da fruição dos direitos sociais por intermédio da atividade judiciária”, tendo essas ações, inclusive, “seu fundamento no próprio texto constitucional...” (Fonte, 2009, p.1).

As intenções do legislador constituinte, que se tornaram compromissos, precisam ser adimplidas espontaneamente pelo poder público, sob o risco do chamamento da jurisdição neste contexto (Barcellos, 2018; Pereira, 2016). A judicialização funciona, neste aspecto, como “ferramenta de correção de disfuncionalidades políticas e administrativas” (Pereira, 2015, p.2117).

“Vale lembrar que a espécie mais frequente de consequência jurídica criada pelo ordenamento é a perfeitamente simétrica, pela qual se assegura àquele que seria beneficiado com a produção espontânea do efeito normativo, o direito de exigir diante do Poder Judiciário esse mesmo benefício” (Barcellos, 2000, p.187)

Considerando a normatividade constitucional, aquelas previsões que, para que se realizem, exigem a elaboração e implementação de políticas públicas, podem também ser exigidas judicialmente. É o que se extrai das considerações de Barcellos (2005) ao afirmar que a Constituição preza pela realização dos direitos fundamentais como finalidade, o que se dá por meio de políticas públicas. Todavia, a exigência pela via judicial da materialização dessas finalidades, é “preciso também que exista um meio de tutela jurisdicional hábil para implementar a consequência jurídica e realizar o efeito da norma” (Barcellos, 2000, p.187).

No mesmo sentido de clamar por uma tutela jurisdicional propícia para a implementação de políticas de atendimento aos direitos sociais, Clève (2003) também aponta a insuficiência dos recursos processuais disponíveis, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

"Há, sem dúvida, a necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público. Nesse passo, não há como olvidar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Mas, diante da fragilidade dos apontados instrumentos, particularmente do primeiro (controle objetivo) e do último

(controle subjetivo), cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição (...)” (Clève, 2003, p.158)

No mais, dentro do que leciona Reck (2023, p.69), “o direito fundamental é uma unidade de decisões exigíveis em forma de política pública por um indivíduo ou grupo de indivíduos”, razão pela qual pode ser utilizado como fundamentação para se requerer judicialmente a implementação desses direitos por meio de programas públicos.

Muitos argumentos são utilizados na defesa de que o poder judiciário deve se abster nesta seara, tais quais a divisão de poderes, o ativismo judicial e a reserva do possível, temas os quais não serão aqui aprofundados. Todavia, “os argumentos postos acima são fracos quando confrontados com a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais” (Reck, 2023, p.257).

Enfim, dentre as muitas ponderações aqui suscitadas, pode-se afirmar possível ao cidadão a requisição, pela via judicial, do adimplemento dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, com fundamento no artigo 6º da Constituição da República. Konzen (2010, p.78), neste sentido, sugere que “esses direitos possuem plena justiciabilidade, à medida que a precariedade ou a absoluta carência na sua concretização coloca em risco a realização da dignidade humana e, até mesmo, a existência física dos indivíduos.”

#### **3.1.4. A judicialização das políticas públicas**

Tendo sido lançadas algumas bases no que toca às políticas públicas e o seu ciclo, bem como da justiciabilidade dos direitos sociais, pode-se, agora, debater com maior profundidade os ditames da judicialização das políticas públicas e seus desdobramentos.

Como delineado ao longo do trabalho, e de acordo com o que leciona Reck (2023), as políticas públicas, como atreladas ao direito, precisam corresponder a um direito fundamental, porque figuram como um conjunto de ações e decisões que objetivam o atendimento de um comando normativo. Tão logo, não se deveria falar em “políticas públicas de saúde”, no plural, mas em uma política pública de saúde, em atendimento ao comando constitucional, que tem como base diversos programas que atuam como uma rede para o seu atendimento. Caso contrário, sempre que um juiz ordenasse o fornecimento de remédios, estaria erigindo ali uma nova política pública.

“a política pública, pode-se dizer que é um conjunto de decisões ordenadas, em forma de rede, que visa a determinados objetivos (geralmente direitos fundamentais) conscientemente estabelecidos de mudança da sociedade e atingíveis via um planejamento que envolve

instrumentos administrativos, modelos de decisão e de organização, e com isso demandando, além do direito, recursos de tempo, poder e dinheiro.” (Reck, 2023, p.30)

Anota-se, desde o início, que o que se entende por judicialização das políticas públicas é a substituição de uma decisão por outra decisão. Neste caso, dos órgãos eletivos pela do poder judiciário (Reck, 2023). Ademais, a intervenção judicial, e a consequente decisão ali proferida, sempre corresponderá a uma fase do ciclo das políticas públicas. Portanto, a intervenção judicial poderá ocorrer na fase da formação da agenda, da formulação, da implementação ou da avaliação.

Tendo em vista a correlação das políticas públicas com o direito, a atração do poder judiciário para esta seara não é, ou não deveria ser, uma surpresa. Desta forma, a substituição da decisão do administrador público por uma decisão judicial nas fases do ciclo pode ser pertinente e, por fim, passível de ser substituída (Reck, 2023).

“Quando algum poder estatal falhar em seus misteres o próprio sistema jurídico nacional criou mecanismos de *checks and balances*, autorizando que os demais poderes realizem autocorreções ou correções externas nos atos violadores das normas que os vinculam. A medida e a intensidade desta falha capaz de chamar o controle externo corretivo vai ser dada pelo caso concreto (...).” (Leal, 2020, p.168)

Levando em conta que a amplitude da política e seu caráter de eleição dos meios para a realização dos objetivos estatais (Bucci, 2006), o controle das políticas públicas pelo poder judiciário deve corresponder às finalidades definidas na Constituição de 1988, que é o que, por fim, legitimará a decisão (Ribas e Souza Filho, 2014).

Neste caso, os programas e finalidades definidos pelas normas constitucionais figuram não como opções ao poder público, mas como imposições. O juízo de constitucionalidade promovido pelas instâncias judiciais pode, então, não somente reconhecer que as finalidades de determinado programa estão em descompasso com a Constituição, como também reconhecer a omissão estatal que, por sua vez, configura inconstitucionalidade. A intervenção judicial não está restrita, então, à correção de rumos de uma política, mas pode ocorrer reconhecendo que determinado tema precisa ser atendido por um programa público.

A inconstitucionalidade nos casos comissivos ocorre quando há política pública implementada, mas seus objetivos não atendem ao que determina a Constituição. Ribas e Souza Filho (2014) tomam como exemplo uma dada política monetária que se baseia em juros bancários exorbitantes e na sobrevalorização cambial. Neste caso, apontam a inconstitucionalidade do programa por incompatibilidade com a ordem econômica e na existência digna do ser humano. Neste caso, hipoteticamente, haveria uma política em prática

que, em vista dos meios utilizados para o alcance de seus fins, se demonstra incompatível com a Constituição e, portanto, carece de controle.

No plano omissivo, então, Ribas e Souza Filho (2014) tomam como exemplo a exigência do artigo 182, §1º da Constituição, que exige a elaboração do plano diretor para os municípios com mais de 20 mil habitantes. No caso de não cumprimento espontâneo do comando, a intervenção judicial seria procedente para o atendimento à política pública urbana, na medida em que o referido plano figura como instrumento de desenvolvimento e expansão das cidades.

Interessante trazer à baila a discussão sustentada por Ferraz Júnior (1994) que sugere uma transmutação da função do poder judiciário em face da opção do legislador constituinte em configurar o Estado brasileiro como um Estado Social Democrático de Direito. Para ele, em se tratando de Estados liberais, o poder judiciário deve se portar de maneira neutra frente aos desdobramentos sociais. Por outro lado, em um Estado no modelo do brasileiro, o poder judiciário deve estar alinhado ao escopo estabelecido pelo Estado e às diretrizes constitucionais. Neste passo, o que se espera do judiciário não é uma postura de abstenção, mas de uma atuação proativa no sentido de impulsionar o alcance dos fins constitucionais.

Ao se ter em conta os pressupostos do artigo 3º da Constituição e os direitos elencados no Título II, o que se vê é a vinculação de todos os poderes para o alcance de seus fins. Quanto mais o poder judiciário, que “encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal” (Ferraz Junior, 1994, p.14) constitucionalmente estabelecida. Trata-se de um imperativo.

Sob um outro aspecto, a judicialização também informa que as decisões com impactos políticos e sociais não são tomadas exclusivamente pelas instâncias políticas ordinárias, a saber, no executivo e no legislativo. Ao contrário, o judiciário tem também assumido protagonismo neste campo (Ribas e Souza Filho, 2014).

Há críticas bastante volumosas, que parecem ser a mais forte neste tópico, no sentido de que essa interação violaria a separação dos poderes, ao passo que os juízes sairiam de sua atividade típica, a solução de lides, e adentrasse em campo que não lhes cabe (Fonte, 2009). Vocalizando essa posição, Moura (2018) sugere que falta ao judiciário expertise para decidir em matéria de políticas públicas, tendo em vista a separação funcional dos poderes e a capacidade institucional do judiciário.

“As escolhas administrativas envolvem questões de considerável complexidade que demandam conhecimento específico, em que o emprego da técnica, permite tornar o ato administrativo instrumento racional e manejável garantindo a clareza e previsibilidade do fenômeno administrativo, algo que o poder judiciário não está preparado para realizar. Falta à jurisdição

constitucional o conhecimento dos juízos técnicos formulados no processo de tomada de decisão administrativa, na medida em que o mérito administrativo envolve a complexidade de inúmeros interesses públicos, em que o poder judiciário não necessariamente possui capacidade institucional.” (Moura, 2018, p.241)

No mesmo sentido, e atenuando os argumentos favoráveis, Barroso (2019) sugere que:

“Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Embora o direito deva ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política, é inevitável reconhecer que essa política será sempre relativa. O constitucionalismo democrático move-se entre dois polos: a razão pública, da qual a jurisdição constitucional deve ser intérprete, e a vontade política, exercida pelos que têm o batismo da representação popular.” (Barroso, 2019, p.526)

Percebe-se que até mesmo na construção da crítica, Barroso (2019) excetua a questão dos direitos fundamentais. A deferência devida, nestes casos, é ao texto da Constituição. Justamente porque a atuação proativa é desejável, nestes casos, em vista da vinculação dos poderes, em especial do poder judiciário, aos parâmetros constitucionais.

A crítica baseada na separação dos poderes e na capacidade institucional parece não corresponder à estatura da missão conferida ao poder judiciário. Barroso (2009) sugere que a Constituição de 1988 carrega uma desconfiança em relação ao legislador ordinário e, por isso, confere à jurisdição a prerrogativa de velar por seus preceitos.

A separação de poderes não é rígida ao ponto de não suportar uma incursão de um poder em tarefas de outro, na medida em que sua finalidade é justamente a contenção do arbítrio de um poder por outro. Ademais, “o poder judiciário não estará habilitado ao controle irrestrito de qualquer política pública, mas sim somente em relação àquelas sensíveis aos direitos fundamentais” (Fonte, 2009, p.16).

De outro modo, Clève (2003) sugere que o sistema democrático conclama a participação do poder judiciário enquanto guardião da dinâmica constitucional, na medida em que democracia, hoje, não se resume simplesmente ao governo da maioria.

“É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião dessa dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário, que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (constituente) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).” (Clève, 2003, p.158)

No que toca a capacidade institucional, que pode ser entendida como a definição de qual poder está mais apto para proferir uma decisão em determinado assunto (Barroso, 2006). Diz-

se que “o judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata ele, portanto, da microjustiça, da justiça do caso concreto” (Amaral, 2001, p.38) e seria essa a razão pela qual ele estaria prejudicado para a resolução de demandas que envolvam a sociedade enquanto estrutura.

Torna-se mais contundente a crítica ao se observar que em se tratando de aspectos técnicos, o juiz não teria habilitação para se pronunciar, apesar de que, “formalmente, os membros do poder judiciário sempre conservarão sua competência para o pronunciamento definitivo” (Barroso, 2009, p.19) em temas que são levados ao conhecimento jurisdicional.

No que toca a falta de conhecimento técnico sobre determinados assuntos, em se tratando especificamente da jurisdição constitucional, as leis que regulamentam o controle abstrato das normas anteviram o risco e prepararam mecanismos para saná-lo. A lei 9.898/1999 prevê, expressamente, a manifestação de órgãos ou entidades com relação ao assunto que está em discussão.

Não somente prevê a manifestação de órgãos e entidades, mas também a designação de peritos ou comissão de peritos para produzirem parecer sobre a questão. Além do mais, a possibilidade de audiências públicas para o enriquecimento da discussão com a participação de pessoas com experiência e autoridade na matéria em voga.

Em tempo, a referida lei também institui a figura do *amicus curiae*, o “amigo da corte”, que permite a participação de agentes da sociedade civil interessados na matéria durante o julgamento da questão. Sobre isso, Binembojm (2001):

“Com o §2º do art. 7º passou-se a admitir expressamente a participação de órgãos ou entidades (legitimados ou não para a propositura da ação direta), na qualidade de *amicus curiae*, contribuindo para que a Corte decida as questões constitucionais com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões”. (Binembojm, 2001, p.158)

Para fins de exemplificação, é o que afirma a lei 9.868/1999, nos artigos 7º e 20 e parágrafos:

“Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações

adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§2º O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

§3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.”

Portanto, o que se demonstra em vista do exposto, é que, no que toca à crítica da capacidade institucional, a própria lei tratou de resolver a problemática, fragilizando o argumento de quem se opõe à intervenção judicial nas políticas públicas, ao menos em sede de jurisdição constitucional (Fonte, 2009).

Anota-se que aqui, a título de registro, surge uma questão relevante para o debate. Não há, ao menos ao tempo da presente pesquisa, lei que determine qual ação é apta para a resolução de conflitos judiciais que envolvam políticas públicas, seja para correção de rumos ou para o reconhecimento da inércia estatal e consequente ordem de implementação.

No que pese a crítica formulada por Clève (2003) que reconhece a incapacidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção para este mister, há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirmando a aptidão da arguição de descumprimento de preceito fundamental para este fim. Faz-se o registro em virtude da afinidade com o tópico presente, mas a discussão terá lugar em tópico próprio.

Ao afirmar que as políticas públicas são ações para o atingimento dos objetivos que fundamentam o Estado brasileiro, Grinover (2010, p.36) afirma que o judiciário “pode intervir nas políticas públicas (...) quer para implementá-las” ou mesmo “para corrigi-las quando equivocadas”.

No mesmo sentido, Felipe de Melo Fonte (2008; 2021) ao defender a licitude da intervenção judicial em políticas públicas, baliza essa interferência como ‘fraca’ e ‘forte’, sendo a fraca aquela que somente recomenda ao poder público a tomada de determinadas ações, sem interferir em seu âmbito discricionário. A intervenção forte, que importa a este trabalho, vulnera a discricionariedade do poder público, apontando qual a conduta que o Estado deverá adotar para o alcance de determinadas finalidades constitucionais. Sinaliza, no entanto, que o modelo forte de intervenção deve ser ater àquelas questões ligadas ao mínimo existencial e políticas essenciais à dignidade humana.

“O modelo “forte” de intervenção em políticas públicas, além de reduzir a zero os espaços de discricionariedade administrativa e legislativa, desconsidera qualquer argumento de cunho financeiro-orçamentário (reserva do possível) e mesmo questões relacionadas à prática administrativa, como a necessidade de fazer licitação. Sob o argumento de que a decisão a ser cumprida é uma obrigação de fazer, e não de dar, supera-se o teor literal do art. 100 da Constituição Federal de 1988, e legitima-se inclusive o bloqueio de verbas (às vezes pelo mecanismo da penhora eletrônica) das contas do tesouro público para que a ordem judicial possa ser cumprida.” (Fonte, 2021, p.96)

Importante noticiar que, segundo o que informa Reck (2023), não são corriqueiras as decisões judiciais na fase de formulação das políticas públicas, em que são definidos o desenho e as finalidades do programa. Ao contrário, o maior número de decisões se concentra na fase de implementação. Apesar disso, ainda segundo o autor, a maioria dessas decisões abrangem “aspectos muito pontuais de um instrumento específico das políticas públicas, e em baixa intensidade” (Reck, 2023, p.256).

Depreende-se deste tópico que a intervenção judicial nas políticas públicas, a rigor, precisa corresponder ao atendimento aos direitos fundamentais, em especial aqueles que, para sua satisfação, exigem a implementação de programas públicos. Ademais, a intervenção judicial não ofende a separação de poderes. Ao contrário, se bem executada, mais colabora para a sociedade e para a democracia do que o contrário, e a capacidade institucional pode ser suprida, em sede de jurisdição constitucional, pelas ferramentas que a lei estabelece. Identifica-se, ainda, que não há uma ação judicial específica para esta finalidade. Em tempo, concentra-se na fase de implementação, em que o programa público é posto em prática.

### **3.1.5. A judicialização como parte do ciclo das políticas públicas**

Após se verificar que a judicialização das políticas públicas pode ocorrer em qualquer fase de sua elaboração, sempre correspondendo a uma das etapas do ciclo, este tópico se dedica a observar a pertinência de abordar a judicialização como uma dessas fases. Isso porque, como visto, há uma agenda compulsória, imposta ao Estado pela Constituição, que pode ensejar o chamamento da jurisdição para obrigar a administração pública a observá-los, bem como esse chamamento pode ocorrer no caso do adimplemento espontâneo dessa agenda.

Neste sentido, o ciclo das políticas públicas precisa ser visto sob o enfoque de que as políticas públicas não seguem uma trajetória contínua e homogênea, como já alertado. Ao contrário, seu curso interage com os desdobramentos políticos, econômicos, sociais e com as relações estatais como um todo (Ferreira, Alencar e Pereira, 2012).

“(...) não se trata, aqui, de apenas descrever as fases que conformam o ciclo como um quadro referencial para a análise de política pública sob a ótica processual, administrativa e racional, mas, sim, apresentar aspectos de diferentes naturezas que permeiam de forma clara ou oculta a análise de políticas públicas sob a ótica processual. Nesse sentido, o ciclo será compreendido como uma construção política e social que corrobora com a ideia de que as políticas públicas não seguem um processo linear e contínuo, pelo contrário, é um processo interativo movido pela dinâmica das relações entre Estado e sociedade.” (Ferreira, Alencar e Pereira, 2012, p.5)

Considerando, então, que o ciclo das políticas públicas serve à segmentação do programa público, seja para elaborá-lo ou mesmo para analisá-lo, é importante que essa dinâmica considere a possibilidade de judicialização. Essa consideração, com efeito, acrescenta mais atores à dinâmica, aumentando a complexidade da relação entre Estado e sociedade, que já é uma tarefa complexa (Barreiro e Furtado, 2015).

Barreiro e Furtado (2015) sugerem ser possível conceber um ciclo das políticas públicas já apropriado da judicialização. No que toca à formação da agenda pública, os autores consideram que na petição inicial, a causa de pedir da ação, cujo embasamento se dará na Constituição ou em alguma lei, substitui a ação dos agentes políticos. Isso porque a motivação é, normalmente, a negativa por parte de agentes públicos na implementação daquele direito.

Nesta fase reside a crítica mais contundente sobre a interferência do judiciário em matéria de políticas públicas. Isso porque o juiz estaria se travestindo de representante da sociedade, apesar de não eleito. Seria a substituição da representação democrática pela funcional (Barreiro e Furtado, 2015). Neste sentido, o perigoso seria que as instituições jurídicas, cuja missão é a defesa das liberdades democráticas e das garantias fundamentais, se tornassem burocráticas ao ponto de se tornarem dominantes (Vieira, 2008).

Em outra corrente, no entanto, Reck (2023) afirma que não há, ao menos até então, exemplos práticos de agendamento feitos pelo poder judiciário, uma vez que a jurisdição enfrenta e dirime questões práticas, indo do pedido à decisão, apesar de que, tutelando um direito fundamental, pode haver algum grau de agendamento. Seu argumento reside no ponto de que “difícilmente um provimento judicial terá por conteúdo somente o ‘x problema deve ser resolvido mediante políticas públicas’” (Reck, 2023, p.259). Apesar disso, o autor reconhece que há, ao menos, três formas pelas quais o judiciário pode atuar no agendamento, ao menos em sede de controle de constitucionalidade.

A primeira forma, segundo ele, seria no momento em que a forma de se executar uma política pública é tida como inconstitucional. Esta decisão terá por consequência o refazimento do desenho da política em voga, mas causará, também, um efeito reformador nas políticas já implementadas ou a implementar que compartilhem do mesmo escopo.

“Ao realizar considerações sobre os meios das políticas públicas e, neste caso, declarar inconstitucionais certas formas de realizar políticas públicas, sendo que, neste caso, existirá também um redesenho para aquela política pública, mas também, via jurisprudência, acabará por repercutir em outras políticas públicas.” (Reck, 2023, p.259)

A segunda forma de agendamento residiria na reinterpretação expansiva de um direito fundamental por parte do poder judiciário. Neste passo, a expansão de um direito fundamental teria por consequência a expansão da política pública alinhada àquele direito, na medida em que os programas públicos e os direitos fundamentais guardam equivalência.

“Quando o judiciário reinterpreta um direito fundamental, aumentando seu âmbito de proteção, o que obrigará a um redesenho da política pública, dada a simetria entre direito fundamental e política pública.” (Reck, 2023, p.260)

A terceira hipótese de agendamento de políticas públicas pelo poder judiciário ocorreria quando houver a constatação de uma omissão inconstitucional. Neste ponto, uma questão social que antes não seria atendida por uma política específica porque não teria correspondência com um direito fundamental, passa a integrar a agenda pública obrigatória, em vista da obrigatoriedade da agenda constitucional.

“Quando o poder judiciário declara uma omissão constitucional na realização de um direito, uma vez que, onde antes se considerava não existir um direito, e agora ele passa a existir, será necessário ou criar ou expandir a política pública existente.” (Reck, 2023, p.260)

A proatividade do poder judiciário nesta esfera corresponde ao ímpeto de se atribuir eficácia aos preceitos constitucionais. Aqui a jurisdição atua com estímulos para a introdução de um assunto na agenda pública, diretamente, ou mesmo para promover o debate público sobre aquela temática (Reck, 2023).

“É aqui que o “controle jurisdicional de políticas públicas” ganha espaço, abrindo margem a uma larga discussão acerca da atuação dos tribunais nesta seara, sob o argumento de uma suposta violação do princípio da separação dos poderes, de uma “invasão” do político pelo jurídico, uma vez que, nesta perspectiva, não apenas os fins são fixados pelo direito (Constituição), mas também os meios para sua realização passam a ser passíveis de fiscalização. Dito de outra forma, ainda que a eleição de prioridades (fins) e dos instrumentos (meios) aconteça dentro da esfera da política (discricionariedade), ela está condicionada à consecução de um fim maior, que são os direitos fundamentais.” (Leal e Maas, 2020, p.105).

Concluindo a judicialização do agendamento, é relevante trazer ao debate que parte relevante das decisões entendidas como judicialização de políticas públicas têm como substância, na verdade, a prestação de um serviço público. Todavia, “o acúmulo de pequenas decisões pode gerar o agendamento” (Reck, 2023, p.261), na medida em que decisões sucessivas podem ensejar o redesenho daquela política.

“Em resumo, o poder judiciário não impõe o agendamento de forma direta, mas sim de forma indireta, ao trazer aos formuladores de políticas públicas problemas via o controle de

constitucionalidade ou através da acumulação de decisões de implementação, atuando, por outro lado, como protetor das liberdades políticas de agendamento.” (Reck, 2023, p.261)

No que toca a formulação, quando há a ocorrência de intervenção judicial, seu desenho passa a ser feito não pela promulgação de atos normativos, mas pela prolação de uma decisão judicial (Barreiro e Furtado, 2015). Neste ponto, questiona-se até mesmo se a intervenção judicial na realização das políticas públicas não seria um desejo do legislador constituinte, ao instituir ações que permitem a regulamentação de direitos fundamentais em face da inércia, por vezes proposital, do órgão legiferante (Machado e Dain, 2012).

“Com isso, o Estado-juiz substituiu a administração pública, a gestão pública em todas as quatro primeiras fases do processo de políticas públicas, devolvendo ao Poder Executivo apenas para implementar (“cumpra-se”) a decisão por ele proferida.” (Barreiro e Furtado, 2015, p.306)

O juízo de constitucionalidade em matéria de políticas públicas tem por objeto as finalidades de uma política pública, sejam elas implícitas ou explícitas, e também os meios que serão empenhados para o atendimento dessas finalidades. (Comparato, 1998). Desta forma, se tido como necessário, o judiciário poderá pormenorizar, na decisão proferida, os caminhos a serem trilhados para se alcançar as finalidades que a Constituição estabelece.

As decisões em que o poder judiciário atua na formulação de um programa público, para que possuam algum nível de correição, de acordo com o que leciona Reck (2023), precisam conter alguns elementos, dentre os quais: fundamento em um direito fundamental; inconstitucionalidade por ação ou omissão e mora; intervenção sensível somente o suficiente para a realização do direito; abertura de espaço para a atuação administrativa; utilização de instrumentos de controle constitucional e metodologias de extensão e analogia com outras políticas, evitando a inovação por parte do poder judiciário, em vista de sua não especialização (Reck, 2023, p. 264 e 265).

No que toca à implementação, entendida como o momento em que as políticas públicas ganham contornos de literalidade prática, há um certo consenso de que nesta fase incide a maior parte dos casos de judicialização (Reck, 2023; Machado e Dain, 2012).

Há, ao menos, duas razões que justificam a incidência tão frequente da judicialização nesta fase. A primeira sugere que a falha na implementação das políticas públicas é o que determinará se a política será judicializada, enquanto a segunda propõe que os efeitos da judicialização nesta fase geram maiores encargos à administração pública e aos gestores da política (Machado e Dain, 2012).

Reck (2023, p.278) vai sugerir que há, ao menos, quatro maneiras distintas de se decidir quando se trata de judicialização da fase de implementação das políticas públicas: implementação geral, para todos, no que toca à estrutura da política; implementação geral sobre as prestações de parte daquele programa público; implementação específica, concernente a prestações específicas de uma política pública voltada em caráter individualizado e, por fim, a correção de erros de implementação. As duas primeiras hipóteses, segundo ele, seriam a grande implementação e, as duas últimas, a pequena implementação.

Ainda para Reck (2023), deve-se a incidência da judicialização nesta fase deve observar se há mora da administração pública e quais são os meios usuais de implementação. Neste passo, em face da pouca especialização do judiciário na matéria, deve-se ter algum grau de autocontenção. Todavia, há situações em que a quantificação é possível e já estabelecida, como o caso do número de professores e médicos para o atendimento a determinado número de alunos e pacientes, respectivamente.

Neste passo, Reck (2023) sugestiona que é legítima a interferência jurisdicional na seara quando, cumulativamente, se configurar: mora administrativa na implementação; clara conexão com um direito fundamental; meios técnica e cientificamente possíveis e meios de implementação que não impliquem em inovação na forma de se implementar políticas.

“A soma desses argumentos acima supera precisamente a ausência de especialização do judiciário na implementação de políticas, já que os meios a serem utilizados são os meios consagrados pelo Direito. Nesse caso, não só não há insuficiência de conhecimento em termos de políticas por parte do poder judiciário, como há a total presença desse conhecimento.” (Reck, 2023, p.280)

Trata-se, em última instância, não da elaboração de modelos de políticas públicas ou da criação de um novo desenho, mas da colocação em funcionamento de uma política já elaborada. Legítimo o controle neste ponto, o que se configura são benefícios à coletividade e não prejuízo ao poder público, porque se estão sendo implementadas pelo poder judiciário, é porque já estavam formuladas, na medida em que efetivar uma política pública é, em última instância, realizar um direito fundamental (Reck, 2023).

A judicialização na fase de avaliação pode servir como baliza para a avaliação dos gestores públicos, como um efeito pedagógico (Machado e Dain, 2012). De outro modo, toda vez que uma política pública é levada ao judiciário, esta ação é precedida por uma análise que constatou ali uma insuficiência, em tempo que a decisão proferida na ação também é uma análise (Reck, 2023).

Por fim, o que se verifica é o cabimento da judicialização em todas as fases do ciclo das políticas públicas, o que não é bem uma novidade. Todavia, as fases do ciclo podem ser replicáveis e identificáveis em todas as políticas públicas, ao passo que a judicialização não é fator presente em todo programa já implementado ou que se pretende implementar.

Como proposta para essa temática, o presente trabalho sugere que a judicialização deve ser vista como paralela ao ciclo, e não integrante das suas fases. Isto porque ela pode incidir em qualquer das fases, e em qualquer tempo. Ao passo que os componentes do ciclo podem ser identificados em qualquer política pública, com alto grau de generalização. A judicialização, apesar de figurar corriqueiramente no desenvolvimento das políticas, não é um fator obrigatório que vá figurar no desenvolvimento de todos os programas.

### **3.2. Jurisdição constitucional e políticas públicas**

Como visto ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, a jurisdição constitucional possui um encargo destacado na atribuição de eficácia às normas constitucionais. Na medida em que o dirigismo social é uma realidade na Constituição de 1988, que prescreve uma série de finalidades públicas a serem alcançadas por meio de políticas públicas, a jurisdição constitucional figura como um vetor de materialização dos intentos constitucionais.

O ponto levantado acima é reforçado pelo fato de que o próprio texto constitucional anteviu a possível ocorrência de omissões administrativas na consecução de seus fins e instituiu, no rol de ações de controle concentrado de constitucionalidade, uma ação própria cujo escopo de incidência é a omissão inconstitucional, que é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Fora do rol de ações de controle concentrado de constitucionalidade, a Carta de 1988 também previu um remédio constitucional apto a sanar omissões administrativas que impeçam a fruição de direitos fundamentais por falta de regulamentação. Trata-se do Mandado de Injunção (MI). Tal postura do legislador constituinte ressalta não somente a finalidade social da Carta Política que elaborou, mas reforça a vinculação de todos os poderes na construção de uma sociedade justa, livre e solidária ao chamar a jurisdição para atuar nos casos em que administração pública e o legislativo se eximem.

Ao longo do trabalho, todavia, alguns autores salientam que as referidas ações são insuficientes para sanar as omissões administrativas na seara das políticas públicas. Seja pela pouca possibilidade de as decisões proferidas nas ações em voga produzirem efeitos concretos, seja pela ausência expressa de uma ação que possua o condão de obrigar o poder público a agir frente essas omissões. Isso porque uma decisão que determine a elaboração de um programa público precisa acompanhar o seu cumprimento.

Neste contexto, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) figura como uma possível alternativa às ações que visam suprir omissões administrativas, tanto pela abrangência de suas hipóteses de cabimento, em especial o preceito fundamental, ou mesmo pelo seu caráter residual. Nos tópicos seguintes, então, esta pesquisa se debruçará sobre o instituto e as possibilidades que oferta no campo das políticas públicas.

### **3.2.1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de combate às omissões inconstitucionais**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), regulamentada pela Lei 9.882 de 1999, é uma ação do controle concentrado de constitucionalidade e, por conseguinte, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em caráter originário, podendo ser proposta somente pelos legitimados que a própria Constituição estabelece.

Tendo como fundamento constitucional o artigo 102, §1º da Carta de 1988 e regulamento na lei supracitada, a ação tem por objetivo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” A lei expande, ainda, seu escopo de incidência ao incluir a possibilidade de se arguir a controvérsia constitucional em face de atos normativos federais, estaduais ou municipais, até mesmo aqueles pretéritos à 1988. Apesar disso, a Constituição e a Lei não definem o que é o preceito fundamental.

Há um consenso, com efeito, de que as previsões do título II da Carta de 1988, chamado “direitos e garantias fundamentais”, estão sob o manto do preceito fundamental. Segue afirmando, ainda, que os dispositivos listados no título I, princípios fundamentais, e as cláusulas pétreas do artigo 60, §4ª também fazem parte desse escopo (Sarmiento, 2001; Silva, 2021).

O termo “preceito fundamental” foi utilizado tanto pelo legislador constituinte quanto pelo legislador ordinário. O termo sugere, a despeito de não haver hierarquia entre as normas

constitucionais, que algumas previsões são dotadas de maior relevância do que outras e, por consequência, gozam de primazia quanto postas em escrutínio porque são o esteio do direito pátrio (Canotilho, 1992; Barroso, 1996).

No mesmo sentido, Bastos e Vargas (2000) sinalizam que o objetivo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não é, em última instância, o de fiscalizar o atentado a qualquer dos dispositivos constitucionais, mas aqueles que são mais importantes.

“Não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma.” (Bastos e Vargas, 2000, p.1)

A ausência de uma definição clara a respeito do preceito fundamental, para Silva (2021, p.587) “serve como trunfo nas mãos do STF, que tem liberdade para decidir, caso a caso, o que é preceito fundamental.” Por outro lado, Sarmento (2001) enxerga a ausência de definição como positiva, na medida em que a jurisprudência poderá responder às mudanças da sociedade e à evolução constitucional.

“Neste sentido, parece-nos que o legislador agiu bem ao não arrolar taxativamente quais, dentre os dispositivos constitucionais, devem ser considerados como preceitos fundamentais. Ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição. Caberá, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, definir tal conceito, sempre a partir da consideração do dado axiológico subjacente ao ordenamento constitucional.” (Sarmento, 2001, p.101)

A arguição sob análise possui um caráter subsidiário, por força do artigo 4º, §4º da Lei supracitada, significando que seu cabimento se dará quando outro meio capaz de preservar o instituto constitucional não esteja disponível. Silva (2021) sinaliza que há duas hipóteses em que a ação será sempre cabível: para se questionar a validade de lei municipal ou de lei promulgada antes de 5 de outubro de 1988.

A questão da subsidiariedade, no entanto, não pode ser observada em termos absolutos, de modo que somente frente à ausência cabal de outra ação constitucional a arguição poderia ser manejada de modo eficaz, sob risco de retirar do instituto suas consequências práticas (Mendes, 2008).

Deste modo, frente a sua especialidade no tratamento de preceitos fundamentais, deve-se observar o instituto sob um aspecto objetivo, efetuando uma análise sob a ótica do conjunto da constituição. Na medida em que o objetivo da ação é claro, sugere-se que ela é apta a sanar, de forma ampla e imediata, as controvérsias que versem sobre o preceito fundamental (Mendes, 2008)

“De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, contido no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa) meio eficaz de sanar a lesão, parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.” (Mendes, 2008, p.19)

No mesmo sentido, há certa pacificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que toca ao requisito de admissibilidade do artigo 4º, §1º da Lei 9.882/1999, que sedimentou nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33 (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27/10/2006) a necessidade de que o requisito seja interpretado no contexto do controle concentrado de constitucionalidade e de sua finalidade que é, em última instância, atribuir normatividade às previsões constitucionais. Portanto, desde que não haja outro meio processual pela via abstrata apto a sanar a afronta à Constituição de forma ampliada, generalista e imediata, a arguição será a ação apta para tanto.

Este entendimento é reforçado e reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisões mais recentes, em que se afirma que a subsidiariedade não está adstrita à simples existência de outra ação no ordenamento jurídico por meio da qual poder-se-ia questionar a afronta à Constituição. Ao contrário, para que figure como fator impeditivo, deve não somente haver outro meio processual, mas este deve ser capaz de resolver a problemática suscitada de maneira eficaz e imediata. Toma-se como exemplo a decisão proferida no Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 237/SC, relatada pelo Ministro Celso de Mello. É o que dizem os autos:

“O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes.

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse “writ” constitucional.” (ADPF 237/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 30/10/2014).

Pode-se depreender, então, que em se tratando de preceito fundamental, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será a ação apta a sanar a controvérsia constitucional, ainda que haja outros meios de fazê-lo, mas que não apresentem uma resposta extensiva e imediata à problemática suscitada. Os apontamentos de Mendes (2008) são

relevantes em vista da existência de outras duas ações constitucionais cujo objetivo é o suprimento de lacunas no que toca os direitos fundamentais.

No que tange à efetividade da Constituição, em especial dos seus preceitos fundamentais – se tidos como as normas de maior preponderância –, a inércia estatal em produzir regulamentos que possibilitem sua concretização é uma das maneiras mais factíveis de se minar a efetividade pretendida, em especial das Cartas Políticas promulgadas após a metade do século XX, que buscam um Estado de bem-estar, que é o caso da Constituição brasileira de 1988 (Sarmiento, 2001).

“Uma das formas mais insidiosas de se frustrar a efetividade da Constituição consiste na inércia do Poder Público em regulamentá-la. Sobretudo as Constituições editadas na 2ª metade do século XX, inspiradas na ideologia do Estado do Bem-estar Social, reclamam com frequência a integração, pelo legislador, dos seus comandos dotados de eficácia limitada. Quando o legislador se silencia, ou ainda, quando disciplina o preceito constitucional carente de regulamentação de modo incompleto ou insuficiente para o atingimento do escopo perseguido pelo constituinte (omissão parcial), ocorre também violação à Constituição. Nesse sentido, uma das questões mais graves do constitucionalismo contemporâneo tem sido a busca de mecanismos idôneos para o enfrentamento desta séria patologia da ordem jurídica” (Sarmiento, 2001, p.109)

A questão da omissão inconstitucional, que Sarmiento (2001, p.109) chama de “séria patologia da ordem jurídica”, foi antevista pelo legislador constituinte quando estabeleceu ações para seu enfrentamento por vias diversas. São elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º) e o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, instrumento do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, é o meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal reconhece a mora legislativa em proceder a regulamentação de um direito constitucional. Regulamentada pela Lei 9.868/1999, os efeitos da decisão que reconhece a omissão não possuem o condão de obrigar o Poder Legislativo, quando esse for o órgão omissor, a proceder com a regulamentação. Em se tratando de órgão administrativo, no entanto, a Lei autoriza que a Corte atribua prazo de 30 dias para fazê-lo, ou razoável ao seu critério. É o que diz a Lei:

“Lei 9.868/1999, Art. 12-H: Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, **será dada ciência ao Poder competente** para a adoção das providências necessárias.

§1º: Em caso de **omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal**, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.” (Grifos nossos)

Na medida em que a quase totalidade dos casos de omissão procedem do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal não está legalmente autorizado a constrangê-lo, fixando prazo para a elaboração de norma regulamentadora. Por esta razão, a Ação Direta de

Inconstitucionalidade por Omissão demonstrou-se, ao longo do tempo, pouco eficaz no combate às omissões inconstitucionais (Sarmiento, 2001).

“Ocorre que, na quase totalidade dos casos, a omissão na regulamentação da Constituição é imputável ao Poder Legislativo, e não a órgão administrativo, e, nestas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal não está autorizado a fixar prazo para elaboração da norma necessária. A ADIN por Omissão não permite a aplicação de qualquer mecanismo sancionatório contra o Poder Legislativo, quando este persistir na omissão, mesmo após o julgamento do STF. Por isso, a inconstitucionalidade por omissão revelou-se, na prática, um instrumento praticamente inócuo, pois não se mostrou hábil para corrigir a crônica inércia do legislador em disciplinar certos comandos constitucionais.” (Sarmiento, 2001, p.109)

O Mandado de Injunção, por sua vez, cuja natureza é a de remédio constitucional, objetiva a concretização de direitos contidos em norma constitucional que não fora regulamentada, porém em benefício do impetrante, elaborando um regramento que atenda ao caso concreto e possibilitando a fruição imediata do direito pretendido (Barroso, 1990). A postura da Corte Suprema em relação a este instituto, a princípio, foi conservadora. Em homenagem ao preceito da separação dos poderes, os efeitos da decisão aqui proferida eram semelhantes àqueles da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, restringindo-se a notificar o órgão omissor (Sarmiento, 2001).

"Em outras palavras, para o STF, o Judiciário, no julgamento do mandado de injunção limitar-se-ia a notificar o órgão responsável pela elaboração da norma, mas não poderia, ao contrário do que a doutrina dominante advoga, elaborar a regra para o caso concreto, suprimindo a omissão do legislador e possibilitando, com isso, o gozo imediato, pelo autor da ação, do direito constitucional em causa. Com isso, a Corte Suprema esvaziou o mandado de injunção, tornando-o um instrumento extremamente limitado." (Sarmiento, 2001, p.110)

Todavia, em momentos posteriores, o Supremo Tribunal Federal, flexibilizando o entendimento pretérito, passou a permitir que a decisão proferida em Mandado de Injunção passasse a produzir efeitos concretos. Pode-se tomar como caso modelo o Mandado de Injunção nº 283-5, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence. Neste caso, o impetrante requiritava a reparação econômica àquelas pessoas vitimadas pelos atos da Aeronáutica durante os governos militares, que prevê o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Corte Suprema, nesta ação, decidiu estabelecer o prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional elaborasse norma que regulamentasse o direito supracitado. No caso de não cumprimento, seria reconhecido o direito do impetrante de ter seu direito materializado pelas vias processuais corretas.

No mesmo sentido, em manifestações mais recentes, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado do Mandado de Injunção para proferir decisões de maior impacto, cujos efeitos se estendem para além das partes do processo. Toma-se como exemplo os casos do Mandado de

Injunção nº4.733/DF e do Mandado de Injunção nº 7.300/DF. Em ambas as situações, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, proferindo comandos ao Presidente da República e ao Congresso Nacional, procedeu uma análise constitucional e social por meio do instituto do Mandado de Injunção (Castro Alves e Figueiredo, 2023).

Ao analisar o Mandado de Injunção n 4.733/DF, a Suprema Corte foi demandada a suprir a lacuna regulamentar para criminalizar a homofobia. Neste caso, a Corte reconheceu a mora legislativa e estendeu os preceitos da Lei 7.716/1989 para os casos de homofobia, equiparando-os ao racismo, reconhecendo que os ditames do artigo 5º, XLI e XLII da Constituição da República de 1988 determinam a criminalização da conduta.

Castro Alves e Figueiredo (2023) anotam, no entanto, que a Corte excetuou da conduta os atos de ministros religiosos que exponham suas posições e convicções com base em sua fé e seus livros sagrados. Permitindo, inclusive, que ensinem de acordo com o que sua teologia estabelece.

Nos autos do Mandado de Injunção nº 7.300/DF, o Supremo Tribunal foi instado a se manifestar sobre a ausência de definição do valor da renda básica de cidadania, instituída pela Lei 10.835/2004. A Corte, em elaborada construção argumentativa, afirmando a competência de todos os entes federativos no combate à pobreza, reconheceu a omissão administrativa e deu ordem ao Presidente da República para que editasse norma fixando o valor da renda básica para o atendimento aos hipossuficientes, bem como a atualização do valor do programa bolsa família.

Nesta ação, ainda, a Corte afirmou que as ações de combate à pobreza eram insuficientes para a realidade brasileira. A ordem emitida ao Presidente da República foi para fixar o valor da renda básica aos hipossuficientes e efetivar tais pagamentos no exercício fiscal do ano de 2022.

“Interessante abordagem da questão, uma vez que o pedido central da ação é o reconhecimento da omissão, e não da análise do quadro de assistência social como um todo. Em virtude disso, recomendou que o Legislativo e o Executivo reformulem os programas sociais e atualizem o valor do bolsa família.” (Castro Alves e Figueiredo, 2023, p.288)

As ações supracitadas, apesar de objetivarem suprir as lacunas regulamentares, são ineficientes quando se deseja tirar o poder legislativo da inércia. Apesar de o Mandado de Injunção possibilitar a materialização do direito e figurar como o instituto capaz de instituir efeitos contra todos, é pouco eficaz na retirada da inércia dos poderes omissos em concretizar os direitos constitucionais, permitindo, no entanto, que a jurisdição supra a lacuna.

A respeito de haver ações no ordenamento jurídico que se destinam a responder às omissões, sejam legislativas ou administrativas, Mendes (2008) sugere haver uma espécie de fungibilidade, porque, ao final, o que justificará a existência e a pertinência da ação será a incompletude das normas que, por conseguinte, geram a inconstitucionalidade.

“Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca fungibilidade entre a ação de inconstitucionalidade – direta ou no contexto da arguição de descumprimento e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que as duas espécies – o controle de normas e o controle da omissão – acabam por ter, formal e substancialmente, o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.” (Mendes, 2008, p.33)

Ainda para Mendes (2011), o controle em abstrato da omissão inconstitucional pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorre da própria Lei 9.882/1999, que a regulamenta, em seu artigo 10, que determina ao Supremo Tribunal Federal a fixação das condições e do modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental violado.

“Ao estatuir que o STF fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma nova via processual própria, mas justamente por fornecer suporte legal direto ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.” (Mendes, 2011, p.137).

Em se tratando da postura do Supremo Tribunal Federal no que toca ao enfrentamento em abstrato das omissões inconstitucionais, a decisão paradigmática está contida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 4, relatada pela Ministra Ellen Gracie (DJ 01/08/2000).

Nesta ocasião, a Corte, pela maioria do voto de seus Ministros em plenário, conheceu da arguição que tinha como objeto uma medida provisória que fixou em patamar insuficiente o valor do salário-mínimo, para os fins de atendimento às necessidades fundamentais, em atendimento ao que dispõe a Constituição de 1988 em seu artigo 7º, IV. A ação foi tida como prejudicada em virtude de a medida provisória ter sido convertida em lei pelo Congresso Nacional, mas ficou sedimentada a possibilidade de controle judicial da omissão inconstitucional pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em virtude, naquele caso, da insuficiência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para sanar a lesividade em voga.

O Supremo Tribunal Federal, reafirmando a posição de admitir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como instrumento para sanar omissões administrativas, decidiu da mesma forma nos autos da Arguição nº 272/DF, relatada pela Ministra Carmen Lúcia (julgamento em 25/03/2021), em que se pedia o reconhecimento de

suposta omissão por parte da Câmara Municipal de São Paulo e do Tribunal de Contas de São Paulo na criação de um Ministério Público de Contas no âmbito do município.

A ação foi julgada improcedente por unanimidade, por não reconhecer omissão da Câmara Municipal e do Tribunal de Contas de São Paulo em virtude de não haver simetria entre estas instâncias e as federais. Todavia, nesta ação, se reafirmou que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ter como objeto as omissões do poder público, sejam elas parciais ou totais, fixando-se a seguinte tese:

**“A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é instrumento eficaz de controle da inconstitucionalidade por omissão (1).** Com efeito, a ADPF pode ter por objeto as omissões do poder público, quer totais ou parciais, normativas ou não normativas, nas mesmas circunstâncias em que ela é cabível contra os atos em geral do poder público, desde que essas omissões se afigurem lesivas a preceito fundamental, a ponto de obstar a efetividade de norma constitucional que o consagra.” (ADPF 272/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento em 25/03/2021, Informativo do STF nº1.011)

Com efeito, reforçando essa possibilidade, a própria Lei 9.882/1999 prevê em seu artigo 10 que uma vez “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.”

É atribuição da Corte, por força da lei que regulamenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, fixar as condições e o modo de interpretação, bem como de aplicação, do preceito fundamental questionado. Desta forma, antes mesmo da construção jurisprudencial que existe em torno da possibilidade de utilização da ação para tratar de omissões, já havia amparo legal para tanto.

“Parece-nos inquestionável que não só na hipótese tratada na ADPF nº 4, mas em qualquer caso de inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial, em que o dispositivo constitucional possa ser considerado, pela sua relevância, como preceito fundamental, e a omissão não recaia sobre órgão administrativo, a Arguição será cabível. É evidente, neste sentido, que a ADIN por Omissão não basta para sanar a lesividade em tais hipóteses, já que a sua decisão é praticamente inócua, cingindo-se à mera ciência do poder competente para adoção das providências cabíveis, sem fixação de qualquer prazo ou estabelecimento de sanção.” (Sarmiento, 2001, p.111)

Assim, após uma análise que leve em consideração os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do que define a Lei 9.882/1999, como afirma Mendes (2011, p.38), “resta inequívoca, pois, a possibilidade de utilização da ADPF no âmbito das omissões [in]constitucionais, especialmente em casos nos quais os instrumentos processuais existentes se revelem inaptos para solver a controvérsia posta.”

### **3.2.2 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO INSTRUMENTO JUDICIAL DE INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS**

As políticas públicas são o principal meio de efetivação dos direitos fundamentais sociais elencados na Constituição de 1988 (Fonte, 2009). Neste passo, as omissões do poder público são o principal meio de tolher a efetividade constitucional e, com efeito, prejudicar as prestações públicas à sociedade (Sarmiento, 2001).

Como visto no tópico anterior, é possível a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para atacar as omissões do poder público, permitindo a integração do direito e servindo de vetor para a efetividade das disposições constitucionais; em específico, quando se trata de direitos fundamentais sociais, que são, como define a doutrina quase que de maneira uníssona, preceitos fundamentais. Ademais, cumpre destacar que, por força do artigo 5º, §1º da Constituição de 1988, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e, por conseguinte, são bens jurídicos protegidos e podem ser tutelados judicialmente.

Neste passo, cumpre analisar os precedentes do Supremo Tribunal Federal que tocam esta temática. Toma-se, de início, o caso paradigma em que a Corte reconheceu a procedência da Arguição para intervenção em políticas públicas. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que, segundo leciona Sampaio (2014, p.98) “é considerado paradigmático e representa a ruptura com o entendimento jurisprudencial clássico, que se resignava com a falta de efetividade dos direitos sociais.”

Proposta pelo Partido da Social-Democracia Brasileira – PSDB, a arguição em voga, relatada pelo Ministro Celso de Melo, e julgada em 29/04/2004, colocava em escrutínio o veto presidencial a artigo da Lei de Diretrizes Orçamentárias discutida naquele ano. A proposição vetada previa no orçamento a destinação de valor a ser aplicado em programas e serviços públicos de saúde. O veto presidencial faria diminuir recursos da saúde pública, sob a justificativa da escassez de recursos, indo de encontro ao que estabelece o artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, e, por conseguinte, fazendo deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade.

Ocorre que, após a propositura da ação, o Congresso Nacional aprovou uma lei de iniciativa da Presidência da República, cujo conteúdo guardava exata simetria com o que fora vetado, fazendo com que o objeto da ação se esvaísse. Mesmo neste contexto, o relator teceu

considerações que externam sua posição sobre o cabimento da Arguição como instrumento relevante e idôneo para tutelar políticas públicas, bem como declarando que a não observância de quesitos que efetivam direitos sociais ferem a Constituição.

Primeiramente, o Ministro destacou a procedência da utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para viabilizar a materialização de políticas públicas quando já definidas no Texto Magno e não instituídas pelo poder público, ainda que em partes. É o que diz:

“Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191)

Trata-se, aqui, do que aponta Reck (2023) acerca do agendamento compulsório de determinadas políticas públicas que, inscritas na Constituição e que, dotadas de imperatividade, têm de ser instituídas pelo poder público, sob o risco do reconhecimento da omissão inconstitucional. Neste caso, não é opcional a sua implementação, antes, é uma determinação do legislador constituinte, seja o originário ou o derivado. Ou seja, aquelas determinações que constam do Texto Maior que ainda não foram cumpridas, desde que sejam preceitos fundamentais, podem ser exigidas via ADPF, porque “a obrigação de realizar direitos fundamentais nunca prescreve” (Reck, 2023, p.69).

Prosseguindo nesta temática, o Relator afirma a tarefa da jurisdição de realizar os direitos fundamentais quando omissos o poder público no mister de fazê-lo, sob pena de comprometimento da integridade constitucional. Reconhece, ainda, que tal encargo é uma demonstração da dimensão política que a jurisdição constitucional guarda pra si. Prossegue dizendo:

“Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191)

A argumentação do Ministro Relator segue no sentido de afirmar que a omissão estatal, no que tange às normas constitucionais que exigem prestações positivas, são revestidas de

“maior gravidade político-jurídica”, impedindo não só a aplicabilidade dos princípios contidos na Constituição, como também da própria efetividade da Carta Política.

“A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

A decisão proferida também visita os postulados da capacidade financeira do Estado. Neste ponto, a Corte veda a possibilidade de a administração pública produzir uma “indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa”, com fins a obstaculizar as condições mínimas de existência digna da população.

A decisão, no entanto, não dá ao judiciário possibilidade irrestrita de intervenção nas políticas públicas, que devem ser elaboradas e implementadas por aqueles que detêm mandatos eletivos. Reconhece, ainda, que sua intervenção é legítima em havendo conduta desarrazoada, que comprometa, de maneira clara e intencional por parte do poder público, os direitos sociais que se destinam à dignidade humana, a que chama de “núcleo intangível”.

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191)

A decisão proferida na ADPF 45 lançou as bases para a utilização desta ação do controle concentrado como ferramenta de retirada do poder público da inércia, bem como estabeleceu alguns parâmetros para a atuação do Poder Judiciário. Por tais razões, ela tem um caráter “paradigmático e inovador” (Sampaio, 2014, p.102). Neste sentido, Bontempo (2009) tenta esquematizar os pressupostos ali estabelecidos ao dizer que:

“Essa decisão representou um grande avanço na jurisprudência por ter enfrentado expressamente aspectos cruciais para a acionabilidade dos direitos sociais, por admitir que:

a) A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é instrumento idôneo e apto para viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas na Carta de 1988 e venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelo Estado;

- b) o Poder Judiciário, em bases excepcionais, se e quando os órgãos estatais competentes descumprirem as normas constitucionais fundamentais, poderá formular e implementar políticas públicas;
- c) A cláusula ou teoria da “reserva do possível” não pode ser usada como “escudo” para que o Estado se exonere do cumprimento de suas obrigações constitucionais;
- d) Presentes cumulativamente os elementos do binômio “razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado”, há o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais;
- e) O princípio da separação dos poderes não resta vulnerado quando o Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelos Poderes do Estado (Legislativo ou Executivo), assume uma postura de protagonista.” (Bontempo, 2009, p.299)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 figura como o primeiro precedente a enfrentar, de maneira direta, os argumentos que dizem respeito às políticas públicas no Supremo Tribunal Federal (Fonte, 2015). Esse caráter de primariedade lhe confere destaque no assunto, mas seu caráter paradigmático se dá pelo que Sampaio (2014, p.102) chama de “efeito irradiante e fundante de decisões judiciais”. Ou seja, o precedente passou a figurar como fundamentação das decisões judiciais tomadas posteriormente nesta seara.

Neste passo, ainda de acordo com Sampaio (2014), a utilização da ADPF 45 como fundamento para decisões posteriores em matéria de políticas públicas suscita algumas questões, dentre as quais a de que os argumentos aduzidos na ação foram assimilados e aceitos pelos tribunais, em especial os dos Estados, e que a problemática ali enfrentada – a falta de efetividade das previsões constitucionais que garantem direitos sociais, em especial –, é um problema que atrai a atenção da jurisdição em suas mais variadas esferas e, a partir da prolação da decisão, passou a ser enfrentado com maior destreza.

“O crescimento exponencial de referências ao julgado da ADPF n.º 45, que segue aumentando ao longo dos anos, mostra dois pontos: em primeiro lugar, que os fundamentos da ADPF foram devidamente aceitos, especialmente pelos Tribunais de Justiça Estaduais que utilizam largamente sua fundamentação; em segundo lugar, que o problema enfrentado pela ADPF n.º 45 (isto é, a falta de efetividade das normas constitucionais garantidoras de direitos econômicos e sociais) é um problema recorrente e que, cada vez mais, é “solucionado” (na medida em que isso é possível) pelo Poder Judiciário.” (Sampaio, 2014, p.105)

Neste passo, cumpre salientar que diversas decisões têm sido tomadas na seara das políticas públicas por meio das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Este trabalho elenca, a título de exemplo, algumas manifestações do Supremo Tribunal Federal em um contexto mais recente cujo objeto tenha sido um preceito fundamental que se materializa por meio de políticas públicas, atraindo a incidência da referida ação. Pode-se, inclusive, identificar em qual fase do referido ciclo das políticas públicas essas decisões se encaixam.

Frisa-se, ainda, que o período de crise sanitária em virtude da COVID-19 foi um solo fértil para a proliferação de decisões versando sobre políticas públicas. Para a tomada dessas decisões, a via utilizada para se alcançar o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes, foi a da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Algumas dessas ações estarão aqui em análise.

Toma-se, como ponto de partida, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/2020, relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Movida pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, juntamente com o Partido Comunista do Brasil – PCdoB, Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT, Rede Sustentabilidade – REDE e pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; a ação buscava a tutela do direito à vida e à saúde de populações indígenas que vivem em isolamento em virtude da pandemia do COVID-19. Tal pedido tem como base omissões e falhas no combate ao vírus por parte do governo brasileiro.

Nesta ação foi deferida tutela antecipada com ordem para que o Executivo Federal tomasse as “providências indispensáveis para assegurar a vida, a saúde e a segurança dos povos indígenas”, em virtude dos ilícitos e doenças oriundos da presença de agentes invasores em suas terras, situação que se agravava pela pandemia do COVID-19.

A decisão abarca, com detalhe, ações a serem tomadas em face de povos indígenas em isolamento, daqueles de contato recente e aos povos indígenas em geral. Assim ficou fixada a tese:

“Cabível o deferimento de tutela provisória incidental em arguição de descumprimento de preceito fundamental para adoção de todas as providências indispensáveis para assegurar a vida, a saúde e a segurança de povos indígenas vítimas de ilícitos e problemas de saúde decorrentes da presença de invasores de suas terras, em situação agravada pelo curso da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus (Covid-19).” (ADPF 709 TPI-Ref/DF, rel. Min. Luís Roberto Barroso, jul. 18/06/2021)

No desenvolvimento dessa decisão, foram proferidos diversos comandos que, de acordo com Reck (2023, p.276), “foram formulados realmente tanto modelos organizacionais quanto modelos decisórios de políticas públicas.” Essas formulações podem ser vistas na ementa do julgado, conforme segue:

DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

3. Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.

4. Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

5. A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

#### DECISÃO CAUTELAR

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

8. Determinação de criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

9. Determinação de instalação da Sala de Situação, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão.

Quanto aos povos indígenas em geral

10. A retirada de invasores das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, fica determinado, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

11. Determinação de que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas terras estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral.

12. Determinação de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão.

(ADPF 709 TPI-Ref/DF, rel. Min. Luís Roberto Barroso, jul. 18/06/2021)

A ação em voga fornece muitos subsídios para a análise da utilização da Arguição para o manejo de políticas públicas por parte do poder judiciário. Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal procede o agendamento de um problema público a ser enfrentado por meio de ações governamentais, como se vê no item 3 da decisão supra, ao informar que “os povos indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas para as quais

apresentam baixa imunidade...”. Por outro lado, pode-se interpretar que grupos minoritários se utilizam da jurisdição para forçar a entrada de determinados assuntos na agenda pública.

Seguindo, a Corte toca na formulação da política. Não totalmente, porque a formulação envolve o estabelecimento de metas e objetivos e de modelos para o funcionamento (Reck, 2023). Porém, na decisão, são traçados metas e objetivos, tais quais a “elaboração e monitoramento de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros”, bem como que “os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados”. Ademais, determina a “criação de barreiras sanitárias”, “instalação de Sala de Situação” e a “retirada de invasores das terras indígenas”. Note-se que o Tribunal determina o que fazer, mas não como se fazer.

A decisão prevê que a estratégia de atuação teria de ser elaborada juntamente dos povos indígenas, na medida em que eles “têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são designadas” e que há “necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição”.

No que toca à implementação da política pública elaborada em sede judicial, ou seja, a passagem do planejamento para a prática, salutar destacar o que anota Reck (2023), que sinaliza que o Judiciário instituiu um regime misto, ao decidir pela aplicação do modelo por ele elaborado, ao tempo que abriu certa margem de discricionariedade ao Poder Executivo para colocar em prática alguns outros aspectos existentes na decisão.

“Judiciário determinou a implementação direta do modelo por ele adotado e, ao mesmo tempo, deixou certa liberdade para a Administração implementar outros aspectos determinados no modelo decisório do acórdão.” (Reck, 2023, p.278)

Outro exemplo relevante no que toca às políticas públicas é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Ajuizada no ano de 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, cujo objetivo é o de “sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição ante o quadro de violações massivas e persistentes de direitos fundamentais decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos no tratamento da questão prisional”. Buscava-se, ainda, a declaração do estado de coisa inconstitucional – ECI – do sistema prisional do Brasil, evocando-se como preceitos fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a proibição da tortura e do tratamento degradante (art. 5º, III), a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII), dentre outros direitos fundamentais.

A ação fora relatada pelo Ministro Marco Aurélio e, em 09/09/2015, reconheceu-se, por meio de Medida Cautelar referendada em Plenário, o Estado de Coisa Inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Eis a ementa:

“CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. **Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.**

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de **falhas estruturais e falência de políticas públicas** e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.”

(ADPF nº 347 MC/DF, Min. Rel. Marco Aurélio, jul. 09/09/2015, DJE 14/09/2015) (Grifos nossos).

Em um primeiro momento, verifica-se que a Corte, mais uma vez, referendou a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em ação que versa sobre a omissão estatal em aspectos dos direitos fundamentais, neste caso, da violação comissiva e omissiva de muitos deles.

A decisão afirma, ainda, que há políticas públicas voltadas para a questão da situação prisional do Brasil, mas que a violação massiva dos direitos fundamentais decorre de sua falência. Os três Poderes são responsabilizados e chamados à solução da problemática, de modo a sinalizar que o problema não decorre da falta de coordenação institucional (Magalhães, 2019).

“A responsabilidade por essa situação recai sobre os três poderes, em todos os níveis federais, muito embora o problema do ECI não seja de formulação e implementação de políticas públicas, ou de interpretação e aplicação da lei penal, mas da falta de coordenação institucional para sua concretização. Trata-se de uma situação de inércia ou omissão que ocasiona problemas estruturais na concretização normativa da Constituição e da legislação correlata, e nada é feito para melhorar a situação. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos quanto a perpetuação e o agravamento da situação.” (Magalhães, 2019, p.5)

Apesar de o foco do trabalho não se voltar para a análise do Estado de Coisa Inconstitucional, é salutar a contribuição dada por Magalhães (2019) neste ponto, ao sinalizar

que o reconhecimento deste estado depende de alguns aspectos, dentre os quais: a) situação evidente e generalizada de desrespeito aos direitos fundamentais; b) inércia dos agentes públicos na resolução do problema; c) o empenho de todas as autoridades públicas na superação do imbróglio.

Na decisão, o Ministro Relator aponta que o Supremo Tribunal Federal seria a instituição capaz de retirar os demais atores da inércia para iniciar a resolução do problema, porque possui capacidade institucional para contornar os percalços políticos que impedem a construção de uma solução, potencializar os debates para a elaboração de políticas eficazes, bem como coordená-las e monitorar seus efeitos.

A questão da monitoração, inclusive, é bastante relevante aqui. Tradicionalmente, em sede de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal resolve a questão, afirmando a constitucionalidade, ou não, dos atos levados a questionamento e, após proferir decisão, caberá cumpri-la a quem é de direito. Todavia, em se tratando de decisões tomadas no controle de constitucionalidade, em especial o abstrato, principalmente quando se está em debate a constitucionalidade de políticas públicas, o processo não se finda com a decisão. Ao contrário, a Corte permanece presente em seus desdobramentos, realizando uma espécie de monitoramento (Silva, 2021).

“Especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade de políticas públicas, sobretudo quando envolvem direitos sociais ou outros deveres de prestação positiva, pode haver alternativas à visão tradicional segundo a qual a decisão judicial resolve o problema e seus destinatários devem apenas cumpri-la(...). Muitos vêm defendendo que as decisões de controle de constitucionalidade que envolvem a criação ou alteração de políticas públicas devem ser tomadas após diálogo com os poderes políticos e, mais do que isso, que o papel do Poder Judiciário não se encerra com a publicação da decisão: os tribunais deveriam envolver-se no processo de implementação, por meio de monitoramento.” (Silva, 2021, p.590)

Seguindo a análise da decisão, o Relator prossegue argumentando que há bloqueios institucionais que embaralham a solução do problema: a não representação parlamentar, na medida em que os presos não votam e nem são votados, e a falta de apelo social, ou popularidade, dos indivíduos presos e, por isso, os gastos públicos não priorizam a situação dessa população, constituindo uma minoria desprezada.

O Relator pondera que a opinião pública constitui pilar da democracia parlamentar, de modo que priorizar políticas para a população carcerária poderia, em último caso, frustrar as estratégias políticas dos parlamentares e dos gestores públicos. Neste ponto, há uma comparação com a saúde pública, nos seguintes termos:

“Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não pautar a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.” (ADPF nº 347 MC/DF, Min. Rel. Marco Aurelio, jul. 09/09/2015, DJE 14/09/2015)

Pelo intento do Relator, então, o Supremo Tribunal Federal atua de maneira democrática ao destravar essa questão, agendando-a à pauta pública, por ser um vetor de superação dos referidos bloqueios. Não haveria, segundo ele, ônus democrático, na medida em que a Corte não está se substituindo aos demais Poderes, mas tornando-se um fórum de catalisação da política pública carcerária, em conjunto com as demais instâncias políticas. De acordo com a análise de Magalhães (2019):

“Cumpriria ao STF formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e concretizadas pelos demais Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. O tribunal funcionaria como um coordenador institucional que produz um efeito desbloqueador, e não como um elaborador de políticas públicas.” (Magalhães, 2019, p.7)

Pode-se verificar que na decisão proferida na Medida Cautelar da ADPF 347, há elementos que se enquadram no ciclo das políticas públicas. Toma-se, como exemplo, o próprio agendamento já citado. Por se tratar de uma pauta que não possui apelo popular no que toca a popularidade dos gestores públicos, a problemática dificilmente seria objeto de políticas gestadas por eles. A jurisdição, neste caso, serviu para forçar a entrada da temática na agenda pública e, por conseguinte, ter o seu tratamento por meio de programas elaborados com a finalidade de resolvê-lo.

No mesmo sentido, no que toca à formulação, o Supremo Tribunal Federal estendeu a responsabilidade do problema a todos os Poderes, convocando-os a resolvê-lo. Neste caso, houve a definição de premissas para o atendimento ao problema, mas a formulação da política pública a ser implementada dependerá de diálogo entre os três Poderes.

Os traços de implementação, por outro lado, antevendo a necessidade porvir, a Corte se manifestou pela liberação de verbas retidas no Fundo Penitenciário Nacional, bem como a observação da obrigatoriedade das audiências de custódia, que têm o condão de liberar detidos que não precisam aguardar o julgamento em prisão, colaborando para o desafogamento das unidades prisionais.

Em vasto trabalho que desenvolve sobre o controle judicial de políticas públicas, Grinover (2010, p.35) sugere que “qualquer tipo de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual –, pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas.”

Todavia, segundo Reck (2023, p.291), “quando a política está apenas desenhada de forma legislativa, envolvendo direitos fundamentais” e havendo alguma espécie de omissão do poder público, “o STF dá preferência às ADPFs.”

Por fim, para os fins deste trabalho, resta demonstrada não somente a possibilidade, mas a usabilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para o manejo das políticas públicas, seja para análise daquelas já existentes e pouco eficazes, ou incompletas, seja para a exigência de implementação de políticas já definidas constitucionalmente, mas que carecem de implementação.

A problemática que resta, e que será debatida no tópico seguinte, é aquela levantada por Sarmiento (2001, p.111), ao sinalizar que “o mais difícil é definir qual será o efeito da decisão da ADPF nesses casos”.

#### **4 OS PARÂMETROS INSTITUCIONAIS PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Em vista do caráter dirigente da Constituição da República de 1988, que preza pela realização dos fins nela elencados, o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado um órgão de atuação contundente e relevante no que toca a obrigação de regulamentar direitos fundamentais e emitir comandos para sua implementação por meio de programas públicos, atuando, em alguns casos, como legislador positivo (Sampaio, 2014).

Com efeito, em muitas situações o Poder Judiciário figura como a última alternativa da sociedade para o implemento de determinados direitos. Não sem razão, a ele cabe se manifestar quando o Executivo e o Legislativo são omissos (Barroso, 2009) e, neste mister, tem sido um bom aliado da sociedade e alcançado seu propósito (Sampaio, 2014).

“a atuação judicial quanto às omissões legislativas estatais tem funcionado de modo adequado, não havendo efetiva intromissão do Poder Judiciário em esfera de atuação do Poder Legislativo, salvo quando há necessidade por força da reiterada e insanável mora deste último.” (Sampaio, 2014, p.109)

Uma das maiores dificuldades no que toca a concretização dos direitos fundamentais, em especial os sociais, é o fato de que esses direitos frequentemente se fundam em conceitos ou princípios jurídicos de difícil determinação, principalmente a nível constitucional (Barroso, 2009; Sampaio, 2014). Neste meio é que se demonstra problemática a falta de parametrização da atuação judicial nestes casos, porque a busca por soluções pela via judicial pode se transformar em problema ainda maior.

A indeterminação na previsão de um direito pode ser boa nos casos de obrigações negativas. Em se tratando de direitos que exigem prestações positivas, no entanto, por requererem certo grau de detalhamento para sua efetivação, a indefinição pode ser perigosa. Por tal motivo, definições conceituais e de alcance, bem como da instituição e dos mecanismos responsáveis pela tutela, principalmente dos direitos sociais, são caminhos para aclarar a dificultosa tarefa de realizá-los. Neste sentido, salutar a contribuição de Neves (2013) ao ponderar a pouca instrumentalização dos precedentes judiciais para a fundamentação de

decisões futuras e da pouca preocupação dos tribunais em construir argumentos que de fato sirvam como parâmetros institucionais.

“Na jurisdição constitucional brasileira, problema persistente em relação ao manuseio dos princípios constitucionais, técnica da proporcionalidade e do modelo de ponderação, assim como também no emprego de outras estratégias argumentativas, reside no fato de que a decisão e os argumentos utilizados para fundamentá-las tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, ms não oferecem critérios para que se reduza o “valor surpresa” das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes. Dessa maneira, começa a história, novamente, a cada caso, ao saber das novidades metodológicas e doutrinárias. Não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos.” (Neves, 2013, p.199)

Prossegue a argumentação no sentido de que a maleabilidade e imprecisão na utilização dos princípios e critérios de sopesamento atuam, na verdade, como enfraquecedores da normatividade constitucional e o descolamento do sistema jurídico com a própria sistemática constitucional que o fundamenta. Como abordado anteriormente, a tentativa sem parâmetros de solucionar a falta de efetividade de direitos sociais pode, na verdade, colaborar para o seu aumento.

“A principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como um estimulante de um “casuismo” descomprometido com a força normativa da Constituição e a autoconsciência constitucional do sistema jurídico.” (Neves, 2013, p.201)

Ainda sobre o “casuismo” que aponta Neves (2013), a análise de Sampaio (2014) sinaliza que eles podem criar situações prejudiciais àqueles que aguardam o adimplemento espontâneo dos direitos pelo poder público em face daqueles que buscam individualmente a tutela de seus direitos pela via jurisdicional, o que, para ele, viola frontalmente o princípio da isonomia e fere o objetivo constitucional de se alcançar a igualdade.

Essas decisões particulares, que muitas vezes se amparam em julgamentos que Sampaio (2014, p.115) chama de “levianos”, discutem de maneira extensiva o direito em tese, sem focar o juízo no direito que se está em escrutínio e, por isso, não são formados os parâmetros de julgamento. Neves (2013), neste sentido, faz dura crítica à prática narrada ao comentar o julgamento da ADPF nº 54, que analisou a possibilidade do aborto de fetos anencéfalos:

“A primeira manifestação da Procuradoria-Geral da República sobre o caso (...) implica em uma imersão em um tipo de principialismo que permite a introdução de qualquer valoração moral e religiosa, sem limites, na argumentação constitucional. Fonteles faz inicialmente, em grande parte de seu Parecer, com base na obra de Rui Medeiros, uma crítica ao emprego da interpretação conforme a Constituição por Barroso. Essa ilação doutrinária conduz, de certa maneira, ao desvio do foco da questão. Em seguida, Fonteles invoca genericamente o art. 5º da Constituição Federal (“inviolabilidade do

direito à vida'), o art. 2º do Código Civil (proteção do direito do nascituro), art. 41 da Convenção Americana sobre direitos humanos (proteção do direito à vida a partir da concepção) e o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança (proteção especial da criança por falta de maturidade física e mental, antes e depois do nascimento), sem desenvolver argumentos mais específicos a partir desses pontos, permanecendo nas generalidades. Por fim, Fonteles invoca retoricamente o 'jurídico princípio da proporcionalidade' e ponderação de bens, para afirmar a precedência do 'direito à vida' perante o 'direito da gestante não sentir dor' (de dar continuidade compulsória à gravidez). Apresenta-se, assim, um modelo ad hoc de ponderação, sem contornos definitórios, que se presta muito mais a uma decisão em torno das preferências particulares de indivíduos e grupos do que a uma argumentação normativa no plano constitucional de uma sociedade hipercomplexa, na qual as preferências valorativas variam de grupo para grupo." (Neves, 2013, p.217 e 218)

A crítica tecida conclui que o Judiciário não detém solução possível para a complexidade das questões que lhe são levadas e que versam sobre direitos fundamentais sociais. No entanto, Sampaio (2014) sugere haver solução para a problemática, desde que calcada em alguns pilares: uma melhoria na fundamentação das decisões que versam sobre direitos sociais, possibilitando a construção de uma jurisprudência autêntica e a eleição de meios processuais que gozem de maior afinidade com a questão das políticas públicas - justo o que aqui se defende: a apuração da ADPF para o atendimento dessas demandas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Outro ponto relevante na necessidade de determinação de balizas para a atuação judicial no campo das políticas públicas é a necessidade de segurança jurídica. A observância aos precedentes são, em última análise, um avanço civilizatório, porque abre espaço para um tratamento igualitário, aumenta a eficiência judicial e põe a segurança jurídica em patamar estimado (Mello, 2007).

Nesse mesmo sentido, Barroso (2009, p.19) sustenta que o Judiciário guarda pra si a tarefa que lhe fora outorgada pela própria Constituição, que é o dever de guardá-la. Por isso, deve fazê-lo até mesmo quando sua atuação confrontar outros Poderes, desde que, neste mister, dissemine "uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica e eficiência do sistema."

Aprofundando a temática da segurança jurídica, Sarlet (2004) salienta que o instituto possui ares de direito fundamental em um Estado que se pretende democrático, bem como na Constituição de 1988, que, apesar de não prever expressamente tal direito, seus contornos podem ser extraídos de diversos comandos constitucionais, em especial dos direitos e das garantias contidos no artigo 5º, conforme diz:

“No caso da ordem jurídica brasileira, a Constituição Federal de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, incluiu a segurança no seletivo elenco dos direitos “invioláveis” arrolados no caput do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Muito embora em nenhum momento tenha o nosso Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do artigo 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a segurança jurídica.” (Sarlet, 2004, p.6)

O autor prossegue a argumentação ao dizer que a segurança jurídica está ligada de forma fundamental à Carta de 1988, na qualidade de subprincípio, porque é um dos fundamentos do Estado de direito e do próprio sistema constitucional pátrio, de modo que nem mesmo os direitos fundamentais são capazes de delimitar o âmbito de incidência de uma garantia à segurança jurídica (Sarlet, 2004).

Tal argumento encontra guarida, a título exemplificativo, no plano infraconstitucional. As Leis 9.868/99 e 9.882/99, que regulamentam o processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e inconstitucionalidade por omissão, bem como da arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente, preveem a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, pela maioria de 2/3 de seus membros, calcados no fundamento da segurança jurídica, limitar os efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade, ou mesmo aplicar-lhes eficácia posterior a tempo determinado pela Corte.

“O fato é que (...) a segurança jurídica assume um caráter tão relevante para o legislador pátrio, a ponto de justificar até mesmo – mesmo que em caráter excepcional – que não se venha a anular os atos praticados sob a égide de uma lei declarada inconstitucional na esfera do controle concentrado de constitucionalidade.” (Sarlet, 2004, p.6)

Lançados esses fundamentos, o trabalho passa a buscar no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 os pressupostos balizadores da intervenção judicial em políticas públicas. Sejam aqueles permissivos à atuação jurisdicional, como aqueles limitadores, verificando se são suficientes ou não para suprir o que os argumentos contrários à atuação jurisdicional chamam de falta de legitimidade democrática, bem como se eles servem

para enquadrar a atuação do Judiciário nos conceitos de segurança jurídica e firmeza do precedente.

Em tempo, neste tópico o trabalho visitará os fundamentos assentados na Tese de Repercussão Geral 698, recentemente firmada. Apesar de não ser, por excelência, extrato do controle concentrado de constitucionalidade, a fixação da tese tem o condão de atribuir eficácia vinculante ao que fora posto, de modo que sua observância se faz obrigatória a partir de sua prolação e, por isso, é relevante para a pesquisa.

#### **4.1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45, seus parâmetros e potencialidades**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 fornece importantes contribuições para o estudo da intervenção judicial nas políticas públicas. Além de afirmar a possibilidade dessa intervenção por meio da ação em voga, afirma que as omissões inconstitucionais no caso de políticas públicas constitucionalmente previstas são o ponto inicial capaz de deflagrar tal intervenção.

Para Grinover (2010, p.17), os critérios elencados na ação configuram um “imperativo ético-jurídico”. Ético porque representa uma delimitação na atuação jurisdicional em deferência às competências que possuem os demais Poderes. Jurídica porque configuram verdadeiras regras de direito que, pelo caráter vinculante e *erga omnes* da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, precisa ser observada pelas esferas inferiores do Poder Judiciário.

Da decisão proferida nos autos da ADPF nº 45, conforme análise de Grinover (2010), pode-se depreender, ao menos, três lições que servem como parâmetros institucionais: o mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; a razoabilidade da pretensão deduzida em face do poder público; a disponibilidade financeira do Estado. São os termos da decisão:

“Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) **a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.** (...)

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do

Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191) (grifos nossos)

Citando o trabalho de Ana Paula de Barcellos (2022), que versa sobre a eficácia dos princípios constitucionais, o Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 45, faz referência também ao mínimo existencial, conforme se demonstra:

“A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo **ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.** Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (**o mínimo existencial**), estarão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191) (grifos nossos)

Para além dos três parâmetros identificados por Grinover (2010), acima elencados, o presente trabalho identifica mais um. A Corte especifica as circunstâncias em que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ser utilizada para o controle de políticas públicas: a política pública precisa estar prevista no texto constitucional; o poder público precisa estar em mora com o seu cumprimento.

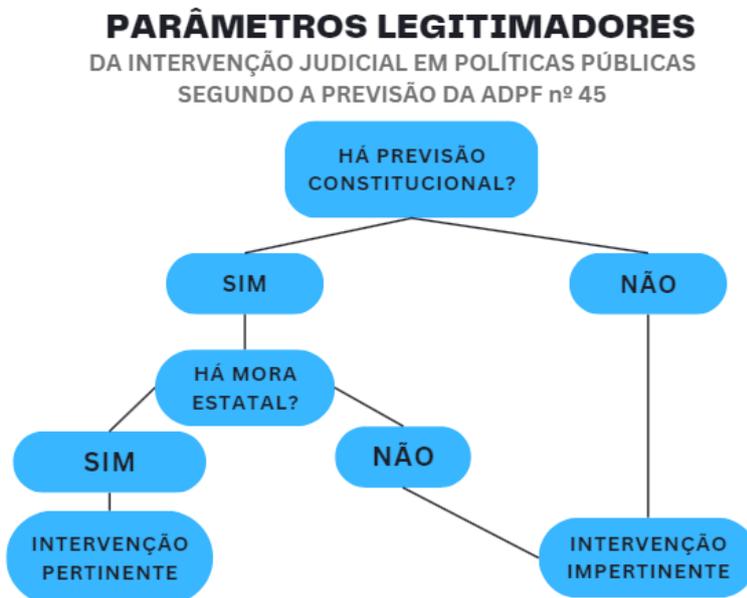
“Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, **previstas no texto da Carta Política**, tal como sucede no caso (EC 29/2000), **venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais** destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191) (grifos nossos)

Os parâmetros acima listados, da previsão constitucional e da mora governamental, precisam ser tidos como os primeiros e mais importantes, porque são, com efeito, o que legitimarão a intervenção judicial em matéria de políticas públicas. Este trabalho os vê, então, como parâmetros legitimadores.

Os demais parâmetros, do mínimo existencial, da razoabilidade e da disponibilidade financeira do Estado, podem ser definidos como circunstanciais, na medida em que serão os parâmetros dosadores da força com a qual o Poder Judiciário promoverá sua intervenção no programa público, seja para instituí-lo quando ausente, ou para corrigi-lo quando insuficiente.

A cognição jurisdicional, de acordo com os parâmetros contidos na ADPF nº 45, devem seguir um fluxo de contínuo de aferição: num primeiro momento, verifica-se a pertinência da

intervenção, que pode ser definido pela existência, ou não, de previsão constitucional; seguido pela análise da existência, ou não, de omissão estatal, como demonstrado no quadro abaixo:



Quadro 1: fluxo legitimador de tomada de decisões com base na ADPF nº 45 para intervenção judicial. Produção própria.

Esses critérios legitimadores funcionam, de início, como um filtro. Caso o pedido contido na ação judicial encontre pertinência, pode-se, então, passar para a análise circunstancial.

Os parâmetros circunstanciais, então, são os que equalizarão a medida da intervenção judicial. Tal definição encontra amparo no que discorre Felipe de Melo Fonte (2021), ao defender a licitude da intervenção judicial em políticas públicas, baliza essa interferência como ‘fraca’ e ‘forte’, sendo a fraca aquela que somente recomenda ao poder público a tomada de determinadas ações, sem interferir em seu âmbito discricionário. A intervenção forte, por sua vez, vulnera a discricionariedade do poder público, apontando qual a conduta que o Estado deverá adotar para o alcance de determinadas finalidades constitucionais. Sinaliza, no entanto, que o modelo forte de intervenção deve ser ater àquelas questões ligadas ao mínimo existencial e políticas essenciais à dignidade humana.

“O modelo “forte” de intervenção em políticas públicas, além de reduzir a zero os espaços de discricionariedade administrativa e legislativa, desconsidera qualquer argumento de cunho financeiro-orçamentário (reserva do possível) e mesmo questões relacionadas à prática administrativa, como a necessidade de fazer licitação. Sob o argumento de que a decisão a ser cumprida é uma obrigação de fazer, e não de dar, supera-se o teor literal do art. 100 da Constituição Federal de 1988, e legitima-se inclusive o bloqueio de verbas (às vezes pelo mecanismo da penhora eletrônica) das

contas do tesouro público para que a ordem judicial possa ser cumprida.” (Fonte, 2021, p.96)

Desta forma, divide-se conceitualmente os parâmetros definidos pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a que sejam observados em dois blocos: um que legitima a intervenção jurisdicional e outro que equaliza o tom da intervenção. Passa-se, então, a abordar os parâmetros isoladamente com fins a compreendê-los e extrair suas potencialidades.

#### **4.1.1. Parâmetros de legitimidade: a previsão constitucional e a mora estatal como legitimadores da intervenção jurisdicional em matéria de políticas públicas**

A existência de direitos sociais e previsões constitucionais que se materializam por meio de políticas públicas tem a ver com a expectativa do legislador constituinte de transformação social. Não sem razão, os objetivos que fundamentam a existência da República Federativa do Brasil estão todos no infinitivo, como metas a serem materializadas. Ademais, a própria previsão de políticas públicas se traduz numa visão iluminista de sociedade, no sentido de que a realidade pode ser mudada por meio da ação pública, como bem reflete Reck (2023).

Neste sentido, Barroso (2018, p.8) salienta que um caráter iluminista se traduz em “promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história”, reconhecendo que tribunais podem ter protagonismo nesta seara. Todavia, em se tratando das aspirações da Carta de 1988, ele ainda afirma:

“Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado” (Barroso, 2006, p.4)

Estas considerações são importantes sob o ponto de vista de que a Carta de 1988 se põe a ser a ponte para o desenvolvimento social no Brasil. Portanto, as aspirações do seu artigo 3º, ao definir os objetivos da República, bem como do artigo 6º, que define os direitos sociais, não podem ser ignoradas ou banalizadas pelo governo de ocasião. Ao contrário, todos os que exercem o poder político sob sua tutela estão a ela vinculados – o que não exclui a realização de seus objetivos fundantes.

Para o alcance desses objetivos fundamentais, de acordo com Grinover (2010), o poder público deve se organizar ao redor *facere* e *praestare*, de modo a fazê-los incidir sobre o cotidiano da sociedade. Para ela, neste momento é que o Estado social de direito se converte em Estado democrático de direito. Neste mister, todos os Poderes são chamados a realizá-los.

“Para o Estado social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis [BONAVIDES, 1980]. Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária.” (Grinover, 2010, p.12-13)

Sem embargo, as políticas públicas buscam fundamento tanto nos objetivos fundamentais da República quanto nos direitos fundamentais. Conforme anota Reck (2023), o direito fundamental é o ponto de partida dos programas públicos que visam atendê-lo. Ou seja, a política pública é instituída pelo texto constitucional e os programas que são elaborados e postos em prática visam atendê-la. A Constituição e os direitos fundamentais são o ponto de partida, como afirma Reck (2023), e não o ponto de chegada, como sugere Fonte (2009). Apesar disso, reconhece-se que “as políticas públicas compõem o principal meio de efetivação dos direitos fundamentais de cunho prestacional” (Fonte, 2009, p.7).

“O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais (...) a função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – se legitima pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.” (Bucci, 1996, p.135)

É no mesmo sentido a argumentação de Barcellos (2005):

“É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção”. (Barcellos, 2005, p.90)

Assim, então, ocorre a manifestação do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45 tratando das situações em que o poder público pode agir contra a Constituição. São sedimentados na decisão os aspectos comissivos, que ocorrem quando há a edição de normas que contrariam os termos constitucionais, originando-se de uma atuação positiva e gerando a inconstitucionalidade por meio da ação; e os aspectos omissivos, quando o poder público deixa de praticar atos necessários à consecução de fins constitucionais, fazendo brotar a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser parcial, quando insuficientes as medidas adotadas, ou total, quando nenhuma medida é posta em prática.

Sobre a inconstitucionalidade por omissão, que Sarmiento (2001) entende como sendo a principal forma de se tolher a efetividade constitucional, o Supremo Tribunal Federal a considera como sendo um “comportamento de maior gravidade político-jurídica”, isso porque o agendamento constitucional de políticas públicas é compulsório (Reck, 2023).

“A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em vista da gravidade da violação dos termos constitucionais pela postura omissiva do Estado e da vinculação de todos os Poderes no cumprimento dos termos e finalidades constitucionais, essa omissão pode fazer recair sobre o Poder Judiciário a tarefa de fazer valer o conteúdo da Carta de 1988, em especial quando a violação por omissão fizer ferir a eficácia dos direitos fundamentais, mesmo que de caráter programático, sob risco de transformá-los em “promessas constitucionais inconsequentes (...) por um gesto de irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” .

“Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191)

Tem-se, então, o fundamento jurisprudencial e doutrinário que justifica a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, inclusive por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. De acordo com o que se depreende, a intervenção é legítima porque não se pode permitir que as previsões constitucionais se tornem meras promessas, sem que afetem o plano dos fatos. É responsabilidade do Poder Judiciário, em última instância, atribuir-lhes eficácia, quando esta é negada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Tira-las do plano das ideias e desejos do legislador constituinte e transportá-las para a realidade.

Reforça-se aqui, ainda, a pertinência de classificar a previsão constitucional da política pública e a mora estatal como parâmetros legitimadores da interferência judicial, colocando-os em primeiro plano nesta discussão, porque fornecerão as primeiras balizas para a intervenção da jurisdicional: a primeira baliza é a necessidade de intervenção do poder judiciário, seguida pela possibilidade de verdadeiramente se intervir. Por fim, o que se está em discussão, de todo modo, é a eficácia das previsões constitucionais e a possibilidade não somente de exigí-las em juízo, mas de tê-las efetivamente implementadas.

#### **4.1.2 O mínimo existencial como parâmetro circunstancial de intervenção judicial em políticas públicas e a superação da “reserva do possível” como tese estatal de defesa**

De acordo com o que leciona Grinover (2010), o mínimo existencial pode ser entendido como um direito que garante as condições mínimas de existência com dignidade às pessoas e é

materializado por meio de prestações positivas, ou o dever de fazer. Ainda para ela, este direito constitui, de fato, o núcleo central dos objetivos fundamentais da república, do artigo 3º da Constituição de 1988.

No mesmo sentido, Barcellos (2002) salienta que o mínimo existencial é parte fundamental do que vem a caracterizar o princípio da dignidade humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, de acordo com o artigo 1º da Carta de 1988. Ainda para ela, este princípio é dotado de eficácia jurídica, ao passo que, em caso de sua não observância, é legítima a intervenção judicial para garanti-lo.

Apesar das definições de o que é o mínimo existencial, Bontempo (2014) pondera a dificuldade de selecionar os direitos que o compõe esse núcleo mínimo apto a garantir dignidade à pessoa. Para ele, a escolha de quais direitos residem esse núcleo varia de acordo com o momento histórico e econômico enfrentado pelos países, afirmando que, ao fim, trata-se não somente de quais direitos são essenciais, mas de uma questão de efetividade dos direitos positivados constitucionalmente.

“A ideia do núcleo essencial busca responder à seguinte pergunta: o que é o mínimo que um cidadão pode demandar e, de outro lado, o mínimo que se pode exigir do governo? Respondida essa questão, tudo o que for incluso no núcleo mínimo poderá ser judicialmente tutelado. De nada vale, por exemplo, o direito à educação estar constitucionalmente assegurado, se, em nenhuma situação, esse direito puder produzir efeitos concretos. Nesse caso, não seria um efetivo direito, mas sim uma promessa, insincera e frustrante, por parte do poder constituinte originário.” (Bontempo, 2014, p.87)

O mínimo existencial não é, com efeito, uma média ponderada entre os direitos econômicos e sociais. Ao contrário, figura como o padrão tangível, passível de realização, que tem de ser colocado em prática em curto prazo, assegurando o objetivo definido pela Constituição de que toda pessoa possua os recursos necessários para que ela seja cumprida de fato (Maldonado, 2013).

Esse mínimo existencial configura uma fração imediatamente realizável das finalidades constitucionais de longo prazo, de implementação paulatina que, em última instância, visa assegurar que as pessoas sejam dotadas das condições necessárias para viverem em liberdade e sem ameaça de sua sobrevivência (Maldonado, 2013), afinal, os direitos fundamentais sociais são de implementação extensiva e não prescreve, exigindo sempre medidas para sua observância e prestação (Reck, 2023).

De outro ponto de vista, a determinação de quais direitos elencam o rol do mínimo existencial tem como objetivo amplificar a incidência dos direitos fundamentais, na medida em

que se delimita uma linha a partir da qual as pessoas deixariam de ter dignidade. Cruzada essa linha, poder-se-ia exigir que as pessoas que ali se encontram sejam elevadas em seu patamar de vida (Young, 2012).

“Em outras palavras, a existência do núcleo essencial dos direitos fundamentais deixa claro que há limites fundamentais que são inderrogáveis e indisponíveis: abaixo de tal patamar, perde-se o caráter civilizatório, de modo que nenhuma norma pode suprimir tais direitos e, mais importante, o Estado deverá adotar medidas concretas e efetivas para fomentá-los.” (Bontempo, 2014, p.88)

Na tentativa, então, de promover uma composição desse núcleo essencial, Rocha Junior (2008) sustenta que o compõem o direito à educação fundamental, saúde e saneamento básicos, a assistência social, o acesso à justiça, a tutela ambiental e outros direitos. “É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las” (Grinover, 2010, p. 18).

“A violação do mínimo existencial – isto é, a não garantia de tais condições elementares – importa o desrespeito do princípio da dignidade da pessoa humana sob o aspecto material, ou seja, uma ação ou omissão institucional. Em suma: o mínimo existencial e núcleo material do princípio da dignidade humana descrevem o mesmo fenômeno.” (Barcellos, 2002, p. 230)

Deste modo, fixado o rol de direitos que compõem o mínimo existencial, ainda que de forma precária, os fatores econômicos não podem mais ser utilizados como justificativa para o inadimplemento dos direitos fundamentais sociais por parte do Estado (Bontempo, 2014). Esse é justamente o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal ao proferir decisão nos autos da ADPF nº 45, definindo que o poder público não pode se eximir de sua obrigação em adimplir direitos fundamentais com base no argumento da ausência de recursos, desde que comprovadamente, de modo que sua omissão torne nulos ou aniquile esses direitos como segue:

“Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191)

O argumento da reserva do possível, com efeito, vinha sendo utilizado como tese de defesa da Administração Pública para se esquivar das obrigações que a Constituição lhe impõe no que toca as políticas públicas. Na medida que implementar essas políticas exige recurso, o argumento circunda justamente este ponto: não há recursos suficientes para colocar em prática tal programa.

A abordagem de Grinover (2010) sobre este ponto resvala em argumentos processuais. Para ela, pode incidir na utilização do argumento a inversão do ônus da prova, instituto

emprestado do direito do consumidor, ou mesmo a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, do processo civil, para impor ao Estado que comprove a impossibilidade de adimplir tais direitos, na medida em que ele teria maior facilidade em comprová-lo por sua proximidade com os fatos.

Ainda para Grinover (2010), em havendo real insuficiência de recursos financeiros para a execução de programas públicos, e ausente previsão orçamentária, é lícito ao Judiciário determinar que faça constar na próxima lei orçamentária as verbas necessárias para a implementação do programa em questionamento; e, em existindo descumprimento do comando anterior, que determine a implementação de programa para atender o direito fundamental lesado.

“Desse modo, frequentemente a “reserva do possível” pode levar o Judiciário à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida à inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.” (Grinover, 2010, p.25)

A ADPF nº 45 não vulnera a reserva do possível enquanto transmita a realidade de escassez de recursos. O argumento pode ser utilizado, desde que amparado na realidade, comprovado por meios idôneos. O que não se pode, com efeito, é lançar mão do argumento com a única finalidade de se eximir de atribuições imperiosas. Trata-se, então, da queda da reserva do possível como tese genérica de defesa estatal. É o que afirma o Relator:

“É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191)

Por fim, destaca-se o caráter circunstancial do presente parâmetro. Defini-lo assim significa, ao fim, dizer que a sua existência e configuração será um fator determinante para o grau de atuação do Poder Judiciário na questão a ele levada. Ou seja, quanto maior a violação do chamado mínimo existencial, ou quanto menor a atuação do poder público para seu adimplemento, maior e mais enérgica deverá ser a atuação jurisdicional.

Tal conclusão encontra amparo nas considerações de Grinover (2010) aqui elencadas. Situações mais gravosas exigem respostas mais contundentes. Desta forma, a configuração da omissão poderá equalizar as circunstâncias da decisão judicial. Uma omissão pública constante

e antiga, por exemplo, exige uma decisão mais enérgica. Uma omissão pontual, por outro lado, pode ensejar uma decisão mais branda.

Pelos motivos elencados, então, em havendo omissão estatal inconstitucional no que toca a realização de direitos sociais por meio de políticas públicas e da gravidade que a atitude omissiva gera na sociedade, a resposta da jurisdição será a ela proporcional.

#### **4.1.3 O binômio ‘razoabilidade do pedido/disponibilidade financeira’ como parâmetro circunstancial de intervenção judicial em políticas públicas**

O princípio da razoabilidade, de acordo com Grinover (2010), integra o que se entende por proporcionalidade, instituto constitucionalmente firmado que, em última instância, pressupõe um equilíbrio justo entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. Nos ensinamentos de Stumm (1995, p.121), a proporcionalidade é um “princípio jurídico geral fundamental” que, apesar de não escrito, pode ser exigido em vista de sua natureza, comportando um aspecto negativo, de limitar o poder estatal e a atuação de suas vertentes em detrimento do indivíduo, bem como uma faceta positiva, que requer a obediência de seus conteúdos.

“Em sendo um princípio jurídico geral fundamental, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à Constituição. No caso brasileiro, apesar de não expresso, ele tem condições de ser exigido em decorrência da sua natureza. Possui uma função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva de obediência aos seus respectivos conteúdos.” (Stumm, 1995, p.121)

Canotilho (1996) sustenta que existe um sentido amplo e um estrito para o princípio da proporcionalidade. O sentido amplo, com efeito, engloba alguns subprincípios que são dignos de nota: a) princípio da conformidade/adequação de meios, que determina que a medida adotada seja adequada ao fim desejado; b) princípio da exigibilidade/necessidade, que sugere que o cidadão deve ter a menor desvantagem possível em relação ao Estado; c) proporcionalidade em sentido restrito, que afirma a justa medida entre fins e meios.

“O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção (Zielkonformität, Zwecktauglichkeit). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim. [...] O princípio da exigibilidade, também conhecido como “princípio da necessidade” ou da “menor ingerência possível”, coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. [...] 3) Princípio da proporcionalidade em sentido restrito (“Verhältnismässigkeit”) Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à “carga coactiva” da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fim são colocados em equação mediante um

juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim. (CANOTILHO, 1996, p. 360).

A proporcionalidade tem um carácter de princípio aberto, porque exige que se empenhe valorações exteriores para sua determinação. Seus fundamentos estão ligados à ideia de justiça, porque têm a ver com equilíbrio. Sua formulação, então, requer apenas que exista uma relação entre os meios e o fim, equilibrando a equação (Larenz, 1997).

No mesmo sentido, Bonavides (1980) salienta que a proporcionalidade enquanto princípio vincula, na qualidade de regra fundamental, os que exercem o poder político e aqueles que por ele são governados, porque o princípio, em si, faz presumir que há uma ligação proporcional entre os meios que se empenha e os fins que se pretende. Desta forma, sempre que os meios utilizados para a consecução de uma finalidade são inapropriados, fortes ou fracos em demasia, a desproporção ali existente faz vulnerar o princípio da proporcionalidade, fazendo incidir em sua violação.

“Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é regra fundamental a que devem obedecer aos que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Nesta última acepção, entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.” (Bonavides, 1980, p. 357)

Ainda para Bonavides (1980), o princípio da proporcionalidade tem sua aplicação mais destacada na qualidade de instrumento interpretativo em face de antagonismos existentes entre direitos fundamentais. Em sua sede pode haver, então, uma solução conciliatória, finalidade para a qual o princípio é apropriado.

A proporcionalidade, ou razoabilidade, aqui tratadas como sinônimos, vincula todo o poder público, e, conseqüentemente, todos os três Poderes. Segundo Canotilho (1996, p.266), o princípio da proporcionalidade “aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição.” A aplicabilidade desse princípio em face do Poder Judiciário, segundo Lopes (2001), faz com que o magistrado pondere os interesses a ele levados e dê razão àquele que apresentar maior expressão em face da ordem jurídica posta.

“Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão. [...] Não se cuida, advirta-se, de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir a razoabilidade dos interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico.” (Lopes, 2001, p. 72-73).

Neste sentido é a manifestação do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF nº 45. Denota-se, então, que a razoabilidade não impera somente nas relações estatais, porque o pedido formulado pelo autor que requer judicialmente a implementação de políticas públicas precisa formular pedidos que sejam proporcionais ao direito constitucionalmente fixado. Ou seja, se o direito requerido é o de acesso à educação fundamental pública com a disponibilização de uma vaga para criança, não se pode requerer que, com base no referido direito, o Estado construa uma escola do zero somente para atendê-lo.

Tal colocação, por conseguinte, tem amparo justamente na disponibilidade financeira estatal. Antes utilizada como tese de defesa do pedido como um todo, após a ADPF nº 45, deverá ser vista como parâmetro de proporcionalidade. Basicamente, uma vez que o pedido formulado encontrar amparo nas previsões constitucionais, sua realização, mesmo que por ordem judicial, se dará na medida das condições financeiras em que se encontra o ente público.

A previsão desse parâmetro, por parte do Poder Judiciário, em suma, significa apontar que a realização do direito social deve ser proporcional à previsão jurídica amparada constitucionalmente, bem como às condições do ente público. A ausência de um dos dois pilares fixados vulnera a possibilidade de implementação da pretensão. De um lado, se a Constituição não prevê tal direito, não há encargo público no mister de realizá-lo. Por outro lado, em havendo previsão, mas ausentes os recursos financeiros, não há possibilidade de adimpli-los. Isso porque os direitos fundamentais, de segunda geração, sempre requerem o empenho de recursos para sua implantação. É nesse sentido a manifestação da Corte Suprema:

“Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191)

Anota-se, em tempo, que a omissão do poder público deve ter sido desarrazoada, com a intenção manifesta de neutralizar os direitos sociais, afetando o chamado “núcleo intangível

deconsubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”. É o que diz a Corte:

“É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191)

Neste sentido, pertinentes as considerações de Grinover (2010), ao salientar que o magistrado utilizará os parâmetros de proporcionalidade para avaliar a pertinência do pedido autoral, e se a escolha do administrador público tem amparo fático ou foi tomada de maneira desarrazoada.

“Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191)

A capacidade financeira do Estado, aqui, é um fator relevante porque a própria Corte reconhece que os direitos fundamentais sociais não são espontaneamente implementados, como os direitos negativos, que exigem somente abstenção estatal para sua fruição. Ao contrário, exigem empenhos públicos efetivos, ainda que graduais, para que se realizem. (Holmes e Sustain, 2019).

Por essa razão, então, a razoabilidade do pedido e a disponibilidade financeira estatal se congregam em um binômio, na medida em que a ausência de um desses fatores retira o encargo estatal de cumprir com a implementação de direitos fundamentais sociais, em virtude da não obrigatoriedade de se realizar um pedido desproporciona, ao mesmo tempo que não se pode implementar um direito se ausentes os recursos para tanto.

A ponderação trazda por Farraresi (2008) tem contornos que permeiam a questão da discricionariedade administrativa. Para ele, a atividade discricionária tem a ver com decisões equilibradas e harmoniosas, devendo o juízo verificar se as escolhas públicas correspondem às previsões legais, não cabendo a ele modificar as decisões do agente público quando meramente

discordar, mas não apresetar ilegalidades. Na medida em que houver margem para uma atuação discricionária, a jurisdição só atuará legitimamente no controle quando as medidas forem carentes de razoabilidade.

“Vale dizer que, quando se discute atividade discricionária, discutem-se opções que devem ser tomadas pelo agente público, de forma equilibrada e harmoniosa [...]. Evidentemente, o juiz não apenas pode, como deve, verificar se a escolha feita pelo administrador público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público quando ela não se afigure inapropriada. No momento em que o ordenamento jurídico permite ao agente público atuar com determinado campo de independência, permite-se, discricionariamente, a revisão judicial apenas nos casos em que a escolha feita seja desarrazoada [...].” (Ferraresi, 2008, p. 19 e 20)

No que toca a discricionariedade, a ADPF nº 45 é no sentido de afirmar a margem de liberdade que o legislador e o gestor público detêm, até mesmo pela unção do voto popular e que, neste mister, não cabe ao Judiciário intervir em questões que envolvem conveniência e oportunidade. Todavia, é pertinente sua intervenção quando se tratar de de violações arbitrárias da incumbência constitucional, e alerta que a negativa em cumprir os direitos fundamentais sociais serve, em última instância, como uma negação de sua estatura de direito e como fontes de obrigações.

“A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45, MC/DF, jul. 29/04/2004; DJ. 04/05/2004, p.12, RTJ 200-01-191)

Esse binômio, ainda, configura um dos parâmetros aqui definidos como circunstanciais, porque também serve de equalizador da intervenção estatal. Não se reconhece que um pedido pode ser enquadrado, categoricamente, como desproporcional, porque pode haver algum nível de correspondência entre o que se se almeja com o que a lei prevê. A proporcionalidade, então, configura-se como circunstancial neste estudo, porque maior o nível de correspondência da pretensão com o direito, maior pode ser o arrojo da decisão jurisdicional proferida.

No mesmo sentido, a disponibilidade financeira do Estado figura como fator circunstancial porque na medida que é maior, maior também pode ser as pretensões da decisão judicial proferida. Ou seja, a pretensão autoral apresentada de modo proporcional ao direito encontrará maiores chances de ser implementada com recursos maiores disponíveis. Da mesma

forma, o pedido proporcional ao direito encontrará maior dificuldade de implementação se os recursos forem mais escassos. Portanto, a disponibilidade financeira equaliza aquilo que pode ser feito pelo Estado e, conseqüentemente, aquilo que será definido na decisão judicial.

Por fim, em referência a todos os parâmetros delineados na ADPF nº 45, Grinover (2010) aponta que seriam suficientes para conter atitudes abusivas por parte do Poder Judiciário. Todavia, ao contrário do que ela propôs, a própria jurisdição tem caminhado no sentido de erigir novos parâmetros para sua atuação em matéria de políticas públicas.

#### **4.2 As contribuições do tema de repercussão geral nº 698 para a parametrização da intervenção judicial em políticas públicas**

A repercussão geral, por força do artigo 102, §3º da Constituição da República, cujo parágrafo fora acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, prevê a necessidade de que se demonstre, quando da interposição de um Recurso Extraordinário, que o assunto em discussão tenha desdobramentos para além dos limites da ação em voga (Silva, 2021).

O reconhecimento da repercussão geral se dá mediante a aquiescência de, pelo menos, dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que entendam haver conseqüências sob o aspecto político, econômico e social que transponham os interesses subjetivos das partes que compõem o processo. Esse entendimento decorre do que prevê o artigo 1.035, §1º do Código de Processo Civil.

Reconhecida a repercussão geral em determinado Recurso Extraordinário, a decisão que ali uma vez for proferida, passará a gozar de efeitos vinculantes a todos os tribunais inferiores para o futuro (Silva, 2021). É o caso do Tema de Repercussão Geral nº 698, cujo caso paradigmático que é o Recurso Extraordinário nº 684612/RJ, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, e redator para o acórdão Ministro Luís Roberto Barroso.

Na ação em questão, discutia-se, à luz dos artigos 2º e 196 da Constituição da República, a possibilidade de o Poder Judiciário proferir decisão que termine a implementação de políticas públicas em caráter de urgência, com fins a garantir o direito à saúde, lançando mão do juízo de conveniência e oportunidade típico da administração pública, sem que, para isso, indicasse as receitas orçamentárias exigidas para o cumprimento da decisão prolatada. A proposta de tese pelo Relator foi a seguinte:

“É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, seguido da nomeação e posse dos profissionais aprovados, bem como determinar a correção de procedimentos e o saneamento irregularidades apontadas em relatório

do Conselho Regional de Medicina”. (RE 684.612/RJ. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 30/07/23, DJ 07/08/23)

Sob essa redação, a Corte reconhecera a procedência da decisão judicial que instituiu obrigação à administração pública para a realização de concurso público para provimento de cargos médicos, funcionários e técnicos, bem como suas nomeações e posses, ao tempo de ser possível a determinação de correção de procedimentos e irregularidades levantadas pelo Conselho Regional de Medicina.

Sob a análise de Reck (2023), tal decisão recai sobre o aspecto da implementação de políticas públicas, na medida em que se trata de ordem de implementação de soluções, na medida em que a política já está desenhada e carece, somente, de meios que possibilitem sua efetivação e que já estão amplamente consagrados, que é o caso do concurso público. Para ele, ainda, a decisão não requer conhecimento detalhado por parte do magistrado, na medida em que os caminhos apresentados já são de conhecimento público.

Aquela tese, no entanto, não fora acatada pelo Tribunal. Em seu lugar, reconhecida a repercussão geral do caso sob análise, e vencido o relatório apresentado pelo Min. Ricardo Lewandowski, ficou fixada a tese seguinte, cujo redator do acórdão foi o Ministro Luís Roberto Barroso:

**“1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).”** (RE 684.612/RJ. Redator Min. Luís Roberto Barroso, julg. 30/07/23, DJ 07/08/23) (Grifos nossos)

Note-se que a tese fixada estabeleceu, ao menos, três premissas que são relevantes para o desenvolvimento deste trabalho, que são: a) a intervenção judicial em políticas públicas que se destinam a atender direitos fundamentais, caso ausentes ou precárias, não viola a separação de poderes; b) a decisão deve apontar finalidades a serem alcançadas e requerer da administração pública um plano de trabalho; c) elenco de alternativas por meio das quais o problema pode ser sanado. Mendonça (2023) sugere que os termos do voto apresentado e referendado poderão, ainda, servir de baliza para casos que envolvam a judicialização de políticas públicas.

Sem embargo, a decisão proferida no Recurso Extraordinário que deu ensejo à formulação da tese 698, decidiu para além da possibilidade de o Poder Judiciário intervir nas

políticas públicas, mas se ocupou de lançar fundamentos que servem de norte para essa intervenção (Mendonça, 2023). É justo neste sentido que se manifesta a Corte, ao sedimentar que a atuação jurisdicional precisa resguardar o âmbito de discricionariedade que detém o gestor público:

“Nesse cenário, é importante a construção de parâmetros para permitir uma atuação efetiva e organizada do Poder Judiciário, com vistas à concretização de direitos fundamentais, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador para a definição e implementação de políticas públicas.” (RE 684.612/RJ. Redator Min. Luís Roberto Barroso, julg. 30/07/23, DJ 07/08/23)

Em vista da necessidade da construção desses parâmetros, o Ministro redator, em sua vasta argumentação, enumera e detalha alguns pontos que darão sustentação às formulações contidas na tese de repercussão geral. Esses pontos englobam: a) a demonstração de ausência ou precariedade do serviço público decorrente de inércia ou mora administrativa; b) possibilidade de universalização da providência determinada; c) o órgão julgador deve determinar a finalidade a ser alcançada e não as providências a serem tomadas; d) a ausência de capacidade institucional deve ser suprida por manifestações técnicas; e) a decisão, sempre que possível, deve se abrir aos meios de participação democrática.

#### **4.2.1. A comprovação da ausência ou precariedade do serviço público em razão da inércia ou mora administrativa**

Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal desenhou a dinâmica probatória que deve imperar nas ações judiciais que versam sobre políticas públicas. Por força deste ponto, a pessoa ou instituição que ajuizou a ação tem o encargo de comprovar que a ausência ou a deficiência de um programa público decorre da inércia ou da morosidade do órgão administrativo por ela responsável. Se está, em verdade, subtraindo do poder público aquela inversão do ônus da prova, em vista de sua posição de privilégio na dinâmica processual, como defende Grinover (2010). Sobre este ponto, Mendonça (2023) discorre:

“Este requisito compreende essencialmente uma dimensão probatória no curso do processo judicial, pois o relator entende ser cabível a intervenção judicial diante de situações de comprovada omissão do poder público na efetivação de direitos fundamentais. A rigor, este tem sido o fundamento histórico da judicialização das políticas. Uma pretensa omissão do Estado na implementação de políticas voltadas a preservar direitos constitucionalmente previstos. A questão complexa neste caso é como aferir a existência de efetiva omissão estatal em cada caso. Trata-se de algo que fica sujeito a uma discricionariedade judicial, que decorre de um juízo subjetivo de cada magistrado, devendo obviamente tal parâmetro ser conjugado com os demais elencados pelo Ministro Barroso.” (Mendonça, 2023, p.108)

O requisito em questão figura como fator permissivo para a intervenção jurisdicional, sem o qual a prolação de uma decisão ficaria prejudicada em virtude do não cumprimento desse

requisito. Não basta, com efeito, a afirmação genérica de que o poder público é omissa, tem de haver comprovação por meios idôneos. Sobre este ponto, assim são as considerações produzidas pela Corte:

“29. Em primeiro lugar, é **necessário que esteja devidamente comprovada nos autos a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público**. De fato, quando os Poderes Legislativo e Executivo descumprem seus deveres institucionais, o Poder Judiciário estará autorizado a servir de alerta para que estes exerçam suas atribuições. **Falhas estruturais geradas pelo vazio ou pela inefetividade de políticas públicas** para o atendimento de determinado direito fundamental fazem com que a atuação do Judiciário seja necessária, em especial se estiver em jogo o mínimo existencial.

30. Assim, **diante de um Poder Executivo omissa, é necessária uma intervenção judicial** para “retirar as autoridades públicas do estado de letargia”, como bem pontuou esta Corte na medida cautelar da ADPF 347, que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”, em razão da violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

31. Em síntese, é obrigação dos Poderes Públicos fornecerem políticas públicas de qualidade. **Mesmo diante de uma escassez de recursos, os direitos fundamentais não podem ser ignorados, cabendo ao Estado oferecer condições mínimas para a efetivação desses direitos em nome da dignidade humana**. Frente a omissões reiteradas do Executivo e Legislativo, pode o Judiciário ser chamado na tentativa de corrigir violações constantes ao texto constitucional.” (RE 684.612/RJ. Redator Min. Luís Roberto Barroso, julg. 30/07/23, DJ 07/08/23) (Grifos nossos)

Depreende-se do que se lê no fragmento do julgado acima colacionado que, a rigor, o Supremo Tribunal coloca a intervenção judicial como última alternativa para a garantia efetividade da Constituição, firmando-se como esfera de socorro quando os mecanismos de adimplemento espontâneo dos direitos fundamentais por parte do poder público falharem.

O curioso, no entanto, é a utilização do termo “falhas estruturais” como gatilho para a atuação jurisdicional. Pode-se depreender, em uma leitura genérica, que tal afirmação direciona a intervenção judicial em políticas públicas somente quando for reconhecida a falha em todo o sistema da política pública, na medida em que o reconhecimento de falhas estruturais se dá nos autos de processos estruturais, em que se busca o reconhecimento da inconstitucionalidade de todo o sistema, o chamado ‘estado de coisa inconstitucional’.

A intervenção judicial estaria justificada somente após o reconhecimento de um estado de coisa inconstitucional no sistema sob análise? Apesar da utilização do termo, não parece ser isso o que a decisão pretende instituir. Afinal, nos próprios autos do Recurso Extraordinário que ensejou a fixação da tese, há providências que tocam políticas públicas em tema cuja estrutura não fora declarada inconstitucional, não sendo, com efeito, um sistema com as referidas falhas estruturais reconhecidas. O argumento aqui aduzido encontra amparo em conclusão a que chegou Smolenaars (2023, p.380), ao afirmar que “estaríamos em estado de coisas inconstitucional de forma permanente, a justificar a constante intervenção judicial” nas políticas públicas.

Aquém das discussões que podem reverberar acerca deste ponto, o mais importante aqui é frisar que a afirmação genérica de que há omissão ou mora generalizada do poder público não é o suficiente para deflagrar a intervenção judicial em matéria de políticas públicas, nos termos do Tema 698 de Repercussão Geral. Ao contrário, ao autor da ação caberá demonstrá-lo por meios eficazes, fato que, então, justificará a intervenção judicial.

#### 4.2.2. Universalização das providências

A fixação desse requisito parece demonstrar alguma preocupação judicial no que tange à eficiência pública, que, inclusive, é princípio consagrado na Constituição em seu artigo 37. A recomendação da Corte é no sentido de que o magistrado a quem fora submetida ação questionando matéria de políticas públicas, ao decidir, pondere a possibilidade de que as ordens ali contidas possam ser aplicadas em outros contextos similares.

A sede do requisito é justamente a de que a prolação de decisões casuísticas pode acabar, ao fim, afetando o funcionamento da própria administração pública e, ao resolver um caso em específico, resultar na desorganização de todo um sistema. A solução para isso, segundo a Corte, é que não se abandone uma visão sistêmica da estrutura a respeito da qual o magistrado decide, nos seguintes termos:

“32. Em segundo lugar, no atendimento dos pedidos formulados pelo autor da demanda, **deve-se observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os recursos efetivamente existentes**. De fato, os recursos públicos são finitos e insuficientes ao atendimento de todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a tomada de decisões difíceis. Nesse contexto, decisões judiciais casuísticas, que determinam a adoção de diversas melhorias em hospital específico e se distanciam de uma visão sistêmica sobre a matéria acabam por contribuir para a desorganização da Administração Pública, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão e impedindo a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

33. Assim, o órgão julgador deverá questionar se é razoável e faticamente viável que aquela obrigação seja universalizada pelo ente público devedor. Na hipótese em análise, caberia ao Tribunal de Justiça local examinar se seria possível ao Município do Rio de Janeiro implementar as obrigações impostas também em outras unidades de saúde que estejam em condição similar à do Hospital Salgado Filho.” (RE 684.612/RJ. Redator Min. Luís Roberto Barroso, julg. 30/07/23, DJ 07/08/23)

A respeito da visão sistêmica, Smolenaars (2023) sustenta que o que se preza, na verdade, é que se pondere o impacto negativo que uma decisão pode ter, mesmo quando sua finalidade é resolver o problema que atinge a alguém pontualmente. Estimula-se, assim, que as decisões sejam as mais amplas possíveis, objetivando a solução do problema em escalas maiores.

“Quanto à menção de Barroso sobre a importância de uma visão sistêmica, conceito não jurídico, parece que implicaria em zelar pelo impacto negativo das decisões judiciais<sup>3</sup> sobre o panorama geral da política pública, buscando soluções mais amplas. Uma visão sistêmica seria aquela que permite entender a estrutura e o funcionamento de outros sistemas sociais e organizações envolvidas, bem como as interdependências entre diversos fatores.” (Smolenaars, 2023, p.380)

No caso em questão, a Corte Suprema salientou que caberia Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro avaliar se o Município do Rio de Janeiro poderia efetivar as melhorias que deveria operar no Hospital Salgado Filho também nas demais unidades de saúde da cidade que padecem de falhas estruturais. O conteúdo desse requisito, com efeito, mais se assemelha a uma recomendação do Tribunal, não parecendo um requisito com implicações capazes de vulnerar a cognição judicial a respeito da política pública questionada.

“O entendimento firmado no acórdão ainda consagrou a tese de que deve ser verificada pelo Poder Judiciário a possibilidade de a medida administrativa demandada ser adotada não apenas na unidade hospitalar objeto da ação e sim em todas as demais da respectiva rede, uma vez que uma solução judicial para apenas um caso poderia gerar comprometimentos administrativos e orçamentários para o restante do sistema de saúde do ente público.” (Mendonça, 2023, p.108)

Essa parte da decisão, ainda, demonstra alguma preocupação com que a oferta do serviço público tenha um caráter mais homogêneo. Ao fim, se no Hospital Salgado Filho há um serviço mais bem prestado, é interessante que haja a mesma disponibilidade em outras unidades para que não se acabe por dificultar “a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública”.

#### **4.2.3. Decisão contendo finalidades a serem alcançadas e não providências a serem tomadas**

O presente requisito parece ser o principal ponto levantado pela decisão proferida, na medida em que até mesmo na tese firmada figura como um dos pontos centrais. Seu objetivo, como poderá ser visto com a literalidade da decisão, reforça o contorno de preservação do campo de atuação da administração pública no exercício do juízo de conveniência e oportunidade. Em outras palavras, da preservação da discricionariedade administrativa.

Assim se manifestou a Corte, então, no que toca à formulação dos comandos decisórios proferidos em matéria de políticas públicas:

“34. Em terceiro lugar, entendo que **cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada**. Estabelecida a meta a ser cumprida, diversos são os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz. **Trata-se de um modelo “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo.**

35. No exemplo dos autos, constatado o déficit de profissionais de saúde, **caberia ao Judiciário determinar que a irregularidade seja sanada. No entanto, cabe ao Poder Executivo Municipal decidir se suprirá tal deficiência**, por exemplo, mediante a realização de concurso público, por meio do remanejamento de recursos humanos ou a partir da celebração de contratos de gestão e termos de parceria com organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Anoto que, na ADI 1.923 (red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 16.04.2015), este Tribunal respaldou o modelo de colaboração público-privada para a prestação de serviços públicos de saúde, educação, cultura, dentre outros. Portanto, não pode o Poder Judiciário substituir a vontade do administrador público e privilegiar determinada forma de contratação de pessoal ou de gestão dos serviços públicos de saúde.

36. Desse modo, **o órgão julgador deve privilegiar medidas estruturais de resolução do conflito**. Para atingir o “estado de coisas ideal” – o resultado a ser alcançado –, **o Judiciário deverá identificar o problema estrutural. Caberá à Administração Pública apresentar um plano adequado que estabeleça o programa ou projeto de reestruturação a ser seguido, com o respectivo cronograma. A avaliação e fiscalização das providências a serem adotadas podem ser realizadas diretamente pelo Judiciário ou por órgão delegado. Deve-se prestigiar a resolução consensual da demanda e o diálogo institucional com as autoridades públicas responsáveis**.

37. No caso dos autos, por exemplo, pode-se pensar em um plano para correção das irregularidades no Hospital Municipal Salgado Filho, que garanta um mínimo existencial para o atendimento da população, respeitando, assim, o direito à saúde e à dignidade humana e, ao mesmo tempo, considere a situação das demais unidades de saúde sob responsabilidade do Município, para as quais os recursos orçamentários e esforços administrativos também devem ser orientados. **O plano poderia ser elaborado diretamente pela Administração Pública Municipal – e, posteriormente, homologado pelo Tribunal de Justiça local – ou desenvolvido em conjunto entre os dois Poderes.”** (RE 684.612/RJ. Redator Min. Luís Roberto Barroso, julg. 30/07/23, DJ 07/08/23) (Grifos nossos)

Para Mendonça (2023, p.108), este quesito corresponde “à natureza da possível providência judicial”. Essa conclusão se dá porque a decisão proferida deverá ter a ordem para que a administração pública alcance determinado indicador na taxa de alfabetização, por exemplo. No caso em voga, seria o número de profissionais para atendimento ao público. Haveria, na decisão, uma espécie de lacuna a ser preenchida pelo juízo do administrador público, que é justamente a definição das providências a serem tomadas para o efetivo cumprimento da decisão.

“Este parâmetro diz respeito à natureza da possível providência judicial. Segundo o Ministro Barroso, cabe ao Judiciário identificar a omissão na política pública, determinar que ela seja suprimida, mas não especificar as providências administrativas que deverão ser adotadas, que se situam no campo da discricionariedade administrativa. No caso sob exame, em sendo comprovada a carência de profissionais alegada pelo autor, deveria o Tribunal determinar que ela fosse suprida, sendo, contudo, exorbitante de suas atribuições constitucionais a determinação de quantitativos, bem como a forma de contratação necessariamente por concurso público, tendo em vista que é possível que ela se dê por meio de Organizações Sociais (OSs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), por exemplo. O que se pode exigir judicialmente da Administração Pública é que apresente um plano de reestruturação da unidade de saúde e de correção dos problemas administrativos constatados no curso do processo.” (Mendonça, 2023, p.108 e 109)

Este trecho da decisão, no entanto, se parece rico em demasia para ser comprimido somente como uma vedação para a formulação de ordens de providência pelo Judiciário. O

Ministro salienta, com destaque, que a intervenção que se pretende é a “fraca”, como define Fonte (2021), ao sustentar que esse modelo não suprime a discricionariedade administrativa.

Caminhando, o Ministro também sedimenta uma intenção colaborativa na construção de soluções para o problema público a ser enfrentado. Para isso, estabelece que cabe ao Judiciário identificar a lacuna administrativa que deve ser sanada pela via das políticas públicas, ao passo que cabe ao Executivo a construção de alternativas e elaboração de cronograma a ser monitorado pela jurisdição. Institui-se, com efeito, o diálogo institucional nas decisões sobre políticas públicas. A observância do presente requisito é um vetor para a superação do argumento da falta de legitimidade democrática judicial para atuar na matéria.

“Ponto de destaque para a defesa dos entes públicos é a limitação, prevista no voto, de que cabe ao Judiciário indicar a finalidade a ser atendida, e não qual a política pública a ser adotada. Assim, as decisões judiciais que determinam a realização de um concurso público, contratação de pessoas, licitações, medidas administrativas específicas, entre outros, podem estar desrespeitando o tema 698 do STF, o que representa um argumento de peso nos recursos. Deve-se ficar atento, no entanto, para o risco de decisões judiciais vagas e de difícil interpretação para fins de parecer de força executória e cumprimento de sentença.” (Smolenaars, 2023, p.380)

Em ponderação relevante, Vanice do Valle (2023) aponta que deve haver um mínimo de sinergia entre os objetivos a serem alcançados fixados pelo Judiciário e o plano de ação apresentado pelo Executivo. Parece problemático para ela, no entanto, a maneira com que essa sinergia pode ser alcançada no decorrer de um processo judicial.

Deve o magistrado, então, detenha algum nível de conhecimento do problema público para que formule metas factíveis e que correspondam à seriedade do problema questionado, delineando as métricas admissíveis para atendimento das metas definidas e dentro de qual prazo, sob pena de que não existam parâmetros objetivos para que a decisão possa se dar por cumprida (Valle, 2023).

Ainda para Valle (2023), outro ponto crucial é saber se sobre o plano que a administração pública apresentar ainda recairá algum juízo de aprovação ou reprovação, na medida em que a avaliação dessa proposta poderia figurar como uma fase de cumprimento de sentença atípica. Ela mesmo formula uma hipótese:

“Antecipo uma inclinação pela resposta negativa — uma vez proferida a sentença e traçadas as finalidades exigíveis da administração, a ela e somente a ela caberá a indicação de qual seja a estratégia de ação reputada mais adequada ao alcance desses mesmos objetivos. Essa parece ser a compreensão mais consentânea com uma tese de repercussão geral que tem como pano de fundo o reconhecimento de que as escolhas estratégicas de ação constituem matéria estranha à órbita de atuação do Judiciário. A matéria, todavia, não se teve por suficientemente elucidada no equacionamento oferecido ao Tema 698.” (Valle 2023, p.1)

Enfim, o presente requisito tem um forte potencial de demarcar as competências funcionais dos Poderes e trazê-los para funcionamento nos autos processuais. Pode, ainda,

reformular a forma com a qual as decisões são tomadas nos processos judiciais que versam sobre políticas públicas, no sentido de se caminhar para soluções construídas e não meramente impostas.

#### 4.2.4. Capacidade institucional e embasamento técnico das decisões

Pode-se entender, por capacidade institucional, a determinação de qual Poder ou instituição está mais capacitada a produzir as melhores decisões em determinado assunto (Barroso, 2009). A questão da capacidade institucional tem sido utilizada como crítica à atuação jurisdicional em matéria de políticas públicas, em vista da suposta carência de conhecimentos técnicos por parte dos magistrados.

A premissa da qual parte Barroso (2009) é a de que, apesar de o Judiciário ter sempre a palavra final em questões divergentes que envolvam a interpretação da Constituição ou das leis, não significa que ele será o melhor fórum de tomada de decisões. Isso porque assuntos complexos que dependem da produção de conhecimentos técnicos, segundo ele, encontrarão melhor amparo nos juízos discricionários dos órgãos eleitos.

“Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.” (Barroso, 2009, p.19)

Com efeito, a recomendação de embasamento em recursos técnicos para a prolação da decisão caminha justamente no sentido de suprir a incapacidade que supostamente recobre o Judiciário na análise dos casos que envolvem políticas públicas. Mendonça (2023) sinaliza que é natural a ausência de especialização dos magistrados, por isso se justifica a necessidade da utilização de recursos técnicos que apontem com precisão as medidas que poderão contribuir para a resolução das omissões administrativas que venham a ser identificadas.

Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal se manifestou da seguinte maneira:

“38. Em quarto lugar, anoto que uma das principais críticas à atuação judicial na implementação de política pública diz respeito à ausência de expertise e capacidade institucional. Essa ideia se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. **Para atenuar esse problema, a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou**

**manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual.** No caso em análise, por exemplo, a inicial da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro fundamenta-se em relatórios das inspeções realizadas pelo Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro – SINDMED e pelo CREMERJ.” (RE 684.612/RJ. Redator Min. Luís Roberto Barroso, julg. 30/07/23, DJ 07/08/23) (Grifos nossos)

Confirma-se, então, que a decisão caminha no sentido de suprir uma crítica contundente na atividade judicial quando o assunto em voga é uma política pública, porque a argumentação da Corte afirma que o que se pretende é “atenuar esse problema”. Mendonça (2023), no entanto, chama a atenção para um ponto relevante, que é a qualidade técnica da documentação utilizada para embasar a decisão. No caso em comento, a Corte afirma que a documentação produzida pelo Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro e pelo Conselho Regional da categoria são bons instrumentos instrutivos. Todavia, trata-se de instituições corporativas e de classe, totalmente interessadas na causa.

“o único ponto a ser criticado é o fato de que o Ministro Barroso se refere no caso concreto aos pareceres do Conselho Regional de Medicina e do Sindicato dos Médicos como paradigmas decisório, quanto na realidade ambos são entes corporativos da classe médica, que obviamente não possuem a isenção necessária para avaliar a qualidade do serviço público de saúde, uma vez que motivados pelos interesses profissionais da categoria que representam.” (Mendonça, 2023, p.109)

Este parâmetro, com efeito, tem a finalidade de afirmar a primazia dos Poderes Executivo e Legislativo na produção de políticas públicas, mas, ao mesmo tempo, legitimar a decisão judicial proferida nas ações cujo tema em debate sejam essas políticas. Ou seja, se a ausência de conhecimentos técnicos é o que justifica a crítica formulada, providencie-se que as decisões a serem proferidas encontrem respaldo em conhecimento específico. Supre-se, assim, uma lacuna há tempos apontada na atividade judicial. Trata-se, em última instância, do aperfeiçoamento da atividade jurisdicional pela própria jurisdição.

#### **4.2.5. A participação democrática**

O parâmetro presente, mais uma vez, demonstra a inclinação da Corte em corrigir erros apontados pelos críticos a sua atuação em matéria de políticas públicas. Neste sentido, manifestou-se no sentido de que, sempre que possível, o órgão julgador deve oportunizar acesso ao processo a terceiros, pela via do *amici curiae* e das audiências públicas. A finalidade, com efeito, é o incremento da legitimidade democrática da ordem proferida pela via da construção da decisão pela via de muitos pontos de vista, ampliando a visão do problema em análise.

É sinalizado, ainda, que uma decisão construída com base no diálogo entre as instituições e a sociedade favorece a efetividade do que é decidido, na medida em que uma decisão construída terá mais chances de ser adimplida pelo poder público. São as considerações da Corte:

“39. Em quinto lugar, sempre que possível, **o órgão julgador deverá abrir o processo à participação de terceiros, com a admissão de *amici curiae* e designação de audiências públicas**, permitindo a oitiva não apenas dos destinatários da ordem, mas também de outras instituições e entidades da sociedade civil. **Tais providências contribuem não apenas para a legitimidade democrática da ordem judicial como auxiliam a tomada de decisões**, pois permitem que o órgão julgador seja informado por diferentes pontos de vista sobre determinada matéria, **contribuindo para uma visão global do problema**. Além disso, **uma construção dialógica da decisão favorece a sua própria efetividade, uma vez que são maiores as chances de cumprimento, pelo Poder Público, de determinações que ele próprio ajudou a construir.**” (RE 684.612/RJ. Redator Min. Luís Roberto Barroso, julg. 30/07/23, DJ 07/08/23) (Grifos nossos)

O relevo do parâmetro em comento é evidente. Tal previsão tem o potencial de não somente democratizar a decisão proferida, mas de estender essa carga democrática para todo o processo, contornando as críticas e enriquecendo a atuação judicial. Valle (2023) salienta, sobre isso, que as soluções únicas e que se pretendem totais são, em verdade, uma simplificação, na medida em que os problemas sociais guardam grande complexidade e, então, não amparam decisões simplificadoras.

“A pretensão de uma solução única, totalizante, é uma simplificação. A gestão de políticas públicas é atividade fortemente influenciada pelo contexto em que a atividade da administração se desenvolve — e este não é o mesmo, na saúde e no desenvolvimento tecnológico. Problemas públicos são complexos, e por isso não se harmonizam com soluções simplificadoras.” (Valle, 2023, p.1)

Caminham no mesmo sentido as impressões de Smolenaars (2023), ao anotar que a prolação de decisões provenientes de entendimento entre as instituições depende da construção de uma cultura de diálogo, de modo permanente, com incentivos à transparência e compartilhamento de informações, bem como de uma rede de confiança com diálogos formais e informais, com fins a que se reduza a assimetria de informações entre as partes.

Os parâmetros estabelecidos parecem caminhar no sentido de dirimir as críticas, com a oferta de soluções práticas. Mas o parâmetro aqui em comento, em especial, demonstra-se como vetor de democratização do controle judicial de políticas públicas, o que parece bastante proveitoso no que toca às decisões mediadas e construídas pelo diálogo institucional com fins à ampliação das possibilidades de efetivação dos comandos judiciais.

A despeito, ainda, de a Tese 698 ter sido construída em um processo cujo objeto era uma política pública de saúde, seus parâmetros parecem ter repercussão para além desse caso,

podendo ser replicado em outros processos que se destinem ao balizamento dos programas públicos. Em última instância, demonstra-se que a Corte Suprema tem engendrado esforços para a construção de uma participação legítima do Poder Judiciário nos rumos das políticas públicas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista de toda a discussão erguida ao longo do presente trabalho, torna-se possível produzir considerações em termos conclusivos. Decerto que o esgotamento do assunto que permeia os parâmetros institucionais para a intervenção judicial em políticas públicas é tarefa praticamente intragável, espera-se que o conteúdo já produzido colabore para o enriquecimento dos debates nesta seara.

Inaugurou-se o presente trabalho patrocinando a discussão acerca do ativismo judicial com sede na jurisdição constitucional, mais especificamente no Supremo Tribunal Federal. Assume-se, com efeito, que o ativismo possui duas faces: a do tribunal que toma pra si competências que pertencem a outros órgãos ou aquele que decide, dentro de sua competência, mas o conteúdo da decisão não parece conectado a uma interpretação palatável das normas.

Este trabalho, então, parte do pressuposto de que o ativismo judicial é uma forma de se decidir. Com efeito, o ativismo é uma postura jurisdicional proativa cujos efeitos envolvem a expansão do âmbito institucional das Cortes, o alargamento do alcance das normas Constitucionais e o suprimento de lacunas legislativas e administrativas. O ativismo é encarado aqui, por fim, como uma resposta institucional do Judiciário aos desdobramentos políticos e sociais e aos momentos em que as decisões são proferidas. Ou seja, em face de omissões e existência de vácuos institucionais, a jurisdição escolhe atuar de modo a ocupar esses espaços.

A despeito das críticas formuladas ao ativismo judicial, que normalmente se restringem a apontar sua pouca capacidade institucional e ausência de legitimidade democrática, o Judiciário tem atuado de maneira contundente no cenário nacional, decidindo em matéria de políticas públicas e promovendo, em alguma medida, avanços sociais no cumprimento da Constituição.

Essas críticas, com efeito, não passam despercebidas ao juízo do julgador. Ao contrário, têm ecoado e produzido efeitos no ceio da jurisdição. O Supremo Tribunal Federal tem se esforçado para construir decisões capazes de balizar a atuação não somente sua, mas das demais esferas do Poder Judiciário, nas matérias que envolvem políticas públicas.

O trabalho visitou a questão da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, identificando-os como normas aptas para a produção de efeitos e com potencial para serem exigidas judicialmente quando não adimplidas pelo poder público, na medida em que figuram como um projeto de sociedade e, ao fim, como promessas do legislador constituinte. Portanto, são normas com plena eficácia jurídica para a produção de direito subjetivo e, ao fim, como pretensões judiciais em potencial.

Os termos listados no parágrafo anterior, inclusive, são o que justificam a judicialização das políticas públicas, quando já existentes e são ineficientes, ou a judicialização dos direitos sociais cuja implementação se dará por meio de políticas públicas. Neste caso, judicializa-se a pretensão com base na constituição, mas a decisão se materializará por meio de programas públicos.

Ainda sobre a judicialização, o trabalho reconhece que é um fator que pode incidir em qualquer fase do ciclo das políticas públicas e, por essa razão, não deve ser entendido como um fator componente do ciclo, mas paralelo a ele, na medida em que a sua não ocorrência não afetará a existência do ciclo e nem da política pública.

Prosseguindo, o trabalho debruçou-se sobre a possibilidade da utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para a tutela das omissões inconstitucionais. Neste mister, é possível utilizá-la quando a omissão recair sobre previsão constitucional tida como fundamental, o que inclui os direitos fundamentais sociais.

Tal ação é preferível, nestes casos, porque, diferentemente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção, a Arguição permite maior atuação judicial porque em seu escopo o Supremo Tribunal é competente para dizer como o direito fundamental deve ser interpretado e de qual forma deve ser adimplido. Ademais, a Arguição permite a mitigação dos efeitos da decisão ali proferida com a finalidade de garantir a segurança jurídica.

Além disso, o escopo decisório da Arguição é muito mais amplo do que o das decisões citadas. No caso delas, a Corte Suprema somente dará ciência aos Poderes omissos, informando-os de que fora identificada e reconhecida a mora no adimplemento de determinado direito. No caso da Arguição, ao contrário, a amplitude da decisão nela proferida pode abarcar construções dialógicas, decisões que instituem obrigações de fazer e, até mesmo, uma fase de cumprimento de sentença. Portanto, a ação pode ser tida como instrumento judicial efetivo para a intervenção judicial nas políticas públicas.

Tais conclusões encontram amparo, principalmente, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF, em que o Supremo Tribunal Federal serviu como verdadeiro fórum para a construção de decisões que visavam atender indígenas durante a pandemia, com a jurisdição servindo como ponte de ligação e de controle para a construção de soluções que ampliassem a incidência dos direitos fundamentais na relação do poder público com os povos indígenas.

Frisa-se que a instituição de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas destina-se à legitimação do controle judicial, na medida em que estabelece situações em que poderá ocorrer, ao tempo que serve também para balizar o campo de incidência do controle judicial, resguardando os demais Poderes de que suas competências não serão desrespeitadas. Ao fim, esses parâmetros servem à segurança jurídica, fator desejado por todas as instituições.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 forneceu parâmetros ainda tímidos, mas já suficientes para nortear a intervenção judicial em alguns aspectos. O trabalho os dividiu em parâmetros de legitimidade e parâmetros circunstanciais. Os de legitimidade funcionam como deflagradores da intervenção judicial, sem os quais qualquer ingerência estaria eivada de ilegitimidade. São eles a necessidade de previsão constitucional de determinada política pública e a mora estatal.

Ou seja, se não houver previsão constitucional, não há justificativa para intervenção judicial na política pública. Por outro lado, deve-se demonstrar que o Estado está agindo, de modo omissivo ou comissivo, para impedir o adimplemento desse direito previsto constitucionalmente. Esses parâmetros são os que permitem e justificam a intervenção judicial, sem os quais qualquer tipo de interferência será desarrazoada.

Os demais parâmetros da Arguição supracitada são circunstanciais. São a garantia do mínimo existencial, da razoabilidade e da disponibilidade financeira do Estado. Tais parâmetros são moduladores da intervenção estatal, na medida em que a frequência com que figuram no caso em análise, a interferência judicial poderá ser maior ou menor.

A exemplo do que é narrado no parágrafo anterior, se já há programas que visam garantir o mínimo existencial, a atuação jurisdicional será no sentido de complementar. Dependendo do grau de razoabilidade do pedido, por sua vez, poderá a ação judicial ser mais ou menos severa. Da mesma forma, havendo disponibilidade financeira, a decisão judicial poderá empreender maiores obrigações de fazer. O contrário também é verdadeiro.

Sobre os parâmetros firmados nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, este trabalho entende que podem ser um primeiro esforço do Supremo Tribunal Federal para parametrizar a interferência judicial nas políticas públicas. Os parâmetros circunstanciais são firmes e objetivos. Os circunstanciais, por outro lado, são pouco consistentes, porque há a dificuldade de definir, com exatidão, a medida exata da interferência estatal.

Esses parâmetros se demonstram suficientes para suprir as críticas à legitimidade democrática do judiciário para intervir nas políticas públicas, bem como sanar a crítica de

afronta à separação funcional dos poderes, na medida em que somente oportunizam a intervenção judicial quando os demais Poderes tiveram a oportunidade de agir, mas não o fizeram. Recorre-se, então, à jurisdição como última esfera de socorros aos direitos sociais.

O Tema de Repercussão Geral 698, por sua vez, parece reforçar alguns pontos já tratados na Arguição, ao tempo que sedimenta novos baldrames capazes de ocupar espaços deixados pelo julgado anterior. Anota-se, ainda, que seus efeitos devem ser respeitados por todas as esferas judiciais inferiores ao Supremo Tribunal.

Neste julgado, destaca-se a necessidade, por parte do autor, de comprovação da ausência ou precariedade do serviço. Somando-se à necessidade de precisão constitucional, este parâmetro pode reforçar a legitimidade jurisdicional para o controle dos programas públicos, quando ausentes, mandando que se implemente, ou insuficientes, mandando que os corrija.

No mesmo sentido, o comando de universalização das providências desenhadas demonstra um compromisso de que as decisões judiciais não se destinem a uma pessoa ou um grupo. Por exemplo, se há ação que pretende a melhoria do serviço público em uma escola, orienta-se ao magistrado que as melhorias ali ordenadas sejam replicadas em outras unidades de ensino, com fins a não somente sanar um problema pontual, mas atender a sociedade de forma homogênea. Essa previsão não havia nos autos da ADPF supracitada.

O ponto talvez mais relevante suscitado na repercussão geral em voga é aquele que determina que a decisão judicial deve listar os fins a serem alcançados, mas que as providências devem ser instituídas pelo poder público. Considerando que as finalidades públicas já estão, em grande parte, constitucionalmente firmadas, caberia à jurisdição reforçá-las, adequá-las ao caso concreto e, ao fim, produzir juízo sobre o plano apresentado e fiscalizar sua implementação.

Esse parâmetro demarca categoricamente o plano de atuação do Poder Judiciário. É capaz, com efeito, de permitir a atuação judicial e, ainda, preservar as competências administrativas, sem triturá-las na tentativa de atender o pedido de uma pessoa ou grupo. Trata-se, ainda, de outro ponto não abordado na ADPF nº 45, capaz de aperfeiçoá-la.

Isto porque nos autos da ADPF nº 45, permitia-se a intervenção judicial para mandar implementar um comando constitucional sobre o qual o poder público quedou-se inerte. Mas não existem, neste caso, parâmetros que definem de qual modo essa decisão deveria operar. Tal lacuna encontra-se suprida com o que se viu definido no Tema de Repercussão Geral 698.

Da mesma forma, a repercussão geral estabelece a participação democrática como parâmetro útil na legitimação da decisão. Tal previsão, juntamente com a necessidade de utilização de amparo técnico para as decisões, têm o condão de sanar duras críticas à

intervenção judicial nas políticas públicas. Sob este enfoque, elimina-se o suposto déficit democrático e a suposta falta de capacidade institucional para decidir em matéria de políticas públicas.

O Tema 698 parece complementar a ADPF nº 45 em pontos que lhe faltavam. Os parâmetros firmados após este ponto parecem mais sólidos e aptos a nortear a tomada de decisões judiciais em políticas públicas. Responde-se, assim, ao problema de pesquisa formulado. Os parâmetros produzidos pelo Supremo Tribunal Federal podem servir para suprir lacunas na forma de se decidir, na medida em que não há determinação legal que regule o processo decisório nesta seara. Permitem, ainda, maior integração entre o Judiciário e as demais esferas públicas, porque preconiza o diálogo institucional dentro do processo, o que atende os intentos constitucionais e democráticos de harmonia entre os Poderes.

Julga-se, ainda, confirmada a primeira hipótese, que propunha que os parâmetros institucionais podem ser instrumentos eficazes no suprimento das lagunas regulamentares que rodeavam o procedimento decisório em políticas públicas, permitindo um ambiente de colaboração entre os Poderes no âmbito do Poder Judiciário, capazes de torná-lo um fórum de tomada de decisões conjuntas e colaborando para um espaço mais democrático, previsível e seguro na tomada de decisões, sem intervir no âmbito de competência dos demais Poderes.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, n. 2, p. 363-393, 2021.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Renovar, 2001.

BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton. Two Faces of Power, **American Science Review**, 947-952. 1962.

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 059-085, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro, Renovar. 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, **Revista de Direito Administrativo**, n.º 240, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: "levando os direitos a sério". **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 251-265, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 5768-9, 2005.

BARDACH, Eugene. **Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas**. Editora CIDE: Cidade do México. 2001.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 232, p. 141–176, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50

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.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996,

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, Rio de Janeiro: Saraiva. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência** – 9. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BARROSO, Luis Roberto. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galilás de Souza. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Avocatória. **Revista Jurídica Virtual** n° 08 - janeiro/2000,

BOBBIO, Norberto. Governo dos homens ou governo das leis. In: **O Futuro da Democracia**. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais em juízo: mecanismos de aferição de resultado e controle do retrocesso social**. 2009. 406 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

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

BRASIL. **Guia da política de governança pública**. Casa Civil da Presidência da República – Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n.º 13, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, G. Z. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama**. v. 19, n. 2, p. 233-264, jul./dez. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. **Direito Público**. Brasília, ano, v. 13, p. 78-103, 2015.

CANOTILHO, Joaquim. José Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4.ed., Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, n.23. Curitiba, UFPR, 2004.

CASTRO ALVES, Matheus Sousa de; FIGUEIREDO, Jorge Eduardo da Silva. O Dever do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas Frente às Omissões Administrativas. In:

MOURA, Emerson Affonso da Costa; MATTIETTO, Leonardo Andrade; ANTUNES, Paulo de Bessa (coord.). **Pesquisas em Direito e Políticas Públicas: livro em homenagem aos 10 anos do PPGD/UNIRIO**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 2, n. 3, p. 135-144, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, DF, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, out. 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais** 737, 1997

COSTA, Frederico L. da; CASTANHAR, José C. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 5, p. 969-992, set./out. 2003.

CUNHA JÚNIOR, D. da. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. Rev. Atual. e Ampl. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao prof. Coord. José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

DYE, Thomas. **Understanding Public Policy**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall. 1984.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. **Revista brasileira de ciências sociais**, v. 20, p. 97-110, 2005.

FELONIUK, Wagner Silveira. Poder Legislativo e ativismo judicial: fatores institucionais que influem na separação dos Poderes no Brasil. **Revista Quaestio Iuris**, v. 7, n. 2, p. 533-563, 2014.

FERNANDES, Iaponã Cortez; CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. **Os limites de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2009. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Gestão e Pública p/ o Desenvolvimento do Nordeste, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

FERRARESI, Eurico. **Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do poder judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Número 18 – maio/junho/julho. 2009.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público–RBDP**, Belo Horizonte, v. 6, n. 20, p. 91-125, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do poder judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº18, maio/junho/julho, 2009.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 3ª ed. Editora Saraiva, 2021.

GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 170, p. 18-40, 1987.

GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un Estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes?** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, p. 09-37, 2010.  
HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de la teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madri: Tecnos, 2002.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Elói. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 8, p. 209-236, 2021.

HARGUINDÉGUY, Jean-Baptiste. **Análisis de Políticas Públicas**. Edición em formato digital. Madrid, Espanha: Tecno, 2013.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **The Osgood Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.  
Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística. IBOPE Inteligência. **ICS - Índice de Confiança Social**. Disponível em: <[http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ICS\\_portugues\\_.pdf](http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ICS_portugues_.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2023.

KONZEN, Lucas. A justiciabilidade dos direitos sociais: considerações a respeito da eficácia jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 11, n. 1, p. 63-90, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASWELL, Harold. **Politics: Who Gets What, When How**. Cleveland, Meridian Books. 1958.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **“Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Rogério Gesta. **Déficits democráticos na sociedade de riscos e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil**. São Paulo: Tirant la Blanch, 2020.

LEITE, Glauco Salomão. Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 45, 2015.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de direito administrativo**, v. 251, p. 77-85, 2009.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 182, p. 51-74, 2009.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LYNN, Laurence. **Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis**. Santa Monica, Calif: Goodyear. 1980

MACHADO, Felipe R. S.; DAIN, Sulamis. A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão da saúde no Brasil. **Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro**, v. 46, n. 4, p. 1017-1036, jul./ago. 2012.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, 2019.

MALDONADO, Daniel Bonilla (org.). **Constitutionalism of the Global South: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia**. Cambridge: University Press, 2013.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTIETTO, Leonardo. Estado de direito, jurisdição e dignidade humana. **Lex Humana**, v. 11, n. 1, p. 97-109, 2019.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru e NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão pública: abordagem integrada da administração e do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2021.

MEAD, Laurence. Public Policy: Vision, Potential, Limits, **Policy Currents**. 1995.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Direito Público**, v. 5, n. 20, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, n.162, abr./jun. 2004.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. Resenha da palestra “O controle judicial de políticas públicas e o Tema 698 do Supremo Tribunal Federal”. **Revista Carioca de Direito**, Rio de Janeiro, Brasil, v. 3, n. 1, p. 105–110, 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas. 2016.

MORAES, Tiago de Sousa.; BITENCOURT, Caroline Muller. Política pública de acesso à informação e a restrição da publicidade dos dados relacionados a pandemia covid-19: uma análise da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na adpf 690. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 20, n. 1, 2023

MOTA, L. F. Estudos de implementação de políticas públicas: uma revisão de literatura. **Revista Sociologia**, problemas e práticas, nº 92, 2020.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. O controle da administração pública pelo judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n.73, p. 229-245, jul./set. 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Estado democrático de direito e correção legislativa da jurisprudência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, vol. 73, p. 160-178, out. 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 29, p. 127-157, 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ** - Rio de Janeiro, n. 29, jun. 2016.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 5, n. 1, p. 167-190, 2017.

PETERS, B. Guy. **American Public Policy**. Chatham, N.J.: Chatham House. 1986.

RECK, Janriê Rodrigues. **O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

RAMOS, Marília Patta; SCHABBACH, Letícia Maria. O estado da arte da avaliação de políticas públicas: conceituação e exemplos de avaliação no Brasil. **Revista de administração pública**, v. 46, p. 1271-1294, 2012.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 44, 2014.

ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. 2009, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SAMPAIO, Fernando de Almeida Prado. **Direitos sociais em juízo: da falta de efetividade à falta de parâmetros de julgamento**. 2014. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Administrativo**, v. 224, p. 95-116, 2001.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**, v. 2, 2006.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, Vol. 35 (1), 1947.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e o Controle de Constitucionalidade: Deliberação, Diálogo e Razão Prática”. In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 250, p. 197-227, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SMOLENAARS, Claudine Costa. Da tese fixada no tema 698 do supremo tribunal federal: atenção aos efeitos sistêmicos indesejados na judicialização das políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos humanos. **Revista Da Advocacia Pública Federal**, v. 7, n. 1, p. 379-404, 29 dez. 2023.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, p. 20-45, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-jun. p. 9-27.

STRECK, Lênio Luiz. O Panprincipiologismo e a “Refundação Positivista” In: COUTINHO, J. N. de M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). **Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 221-242.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Curitiba: Livraria do Advogado, 1995.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**. New York: Basic Books, 2005, p. 42.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos**. WMF Martins Fontes, 2019.

TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power? In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2007**. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VALLE, Vanice. O STF “lacrou” o controle de políticas públicas ao julgar o Tema 698? **Consultor Jurídico**, 2023.

VIEIRA, Oscar V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-463, 2008.

LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira et al. Análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento na Efetivação da Política Pública Carcerária. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 3, n. 2, p. 18-40, Jul/Dez. 2017.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, p. 1.161

YOUNG, Katharine G. **Constituting economic and social rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZAMARIAN, Livia Pitelli; NUNES JR, Vidal Serrano. Súmulas vinculantes: solução para a adequada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade? **Scientia Iuris**, v. 16, n. 1, p. 113-136, 2012.