

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes



Judicialização de Políticas Públicas e o Processo Estrutural



AYA EDITORA

2023

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

Judicialização de Políticas Públicas e o Processo Estrutural

Ponta Grossa

2023

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autor

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

Capa

AYA Editora©

Revisão

O Autor

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Dr. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria de Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelo autor para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (CC BY 4.0). Este livro, incluindo todas as ilustrações, informações e opiniões nele contidas, é resultado da criação intelectual exclusiva do autor. O autor detém total responsabilidade pelo conteúdo apresentado, o qual reflete única e inteiramente a sua perspectiva e interpretação pessoal. É importante salientar que o conteúdo deste livro não representa, necessariamente, a visão ou opinião da editora. A função da editora foi estritamente técnica, limitando-se ao serviço de diagramação e registro da obra, sem qualquer influência sobre o conteúdo apresentado ou opiniões expressas. Portanto, quaisquer questionamentos, interpretações ou inferências decorrentes do conteúdo deste livro, devem ser direcionados exclusivamente ao autor.

M5381 Mendes, Guilherme Grunfeld Zenícola

Judicialização de políticas públicas e o processo estrutural [recurso eletrônico]. / Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 42 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-366-8

DOI: 10.47573/aya.5379.1.188

1. Separação de poderes - Brasil. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Poder judiciário e questões políticas. 4. Política pública. I. Título

CDD: 342.8106

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	8
POLÍTICAS PÚBLICAS.....	10
Origem e conceito	10
Ciclos de políticas públicas	12
CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	13
Argumentos contrários e favoráveis à intervenção judicial	14
PROCESSO ESTRUTURAL E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	21
TEMA N.º 698 DE REPERCUSSÃO GERAL E O EXEMPLO DO DIREITO À SAÚDE .	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS.....	36
SOBRE O AUTOR	37
ÍNDICE REMISSIVO	38

Apresentação

Este trabalho busca esmiuçar o Tema n.º 698 de repercussão geral e a temática envolvendo a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, de modo a destrinchar a problemática de conferir efetividade às normas constitucionais sem haver violação ao princípio da separação de poderes. Nesse cenário, caberá ao julgador se valer de processos estruturais, que apontem finalidades a serem alcançadas, através de metas estipuladas, ao invés de determinar medidas pontuais, taxativas, sem observar o contexto fático do gestor público e as consequências práticas da decisão.

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes



INTRODUÇÃO

Com o avançar dos direitos fundamentais sociais, mormente a partir da Constituição Federal de 1988, se viu a necessidade de conferir efetividade para normas constitucionais que consagrassem os direitos sociais, os direitos humanos de 2ª dimensão, tais como o direito à saúde, direito ao meio ambiente equilibrado, direito à educação, direito ao lazer.

Para além da “mera folha de papel”, nas palavras de Ferdinand Lassale, a Constituição precisa ser efetiva, sendo necessária a construção de mecanismos aptos a criarem soluções para a concretização de tais direitos. Ou, como também expôs Karl Lowenstein, na relação de correspondência entre a Constituição e realidade, não basta que ela seja nominal, mas sim normativa, para que reflita os valores da sociedade, reforçando sua legitimidade, sem deixar de ser efetiva no plano fático.

Nessa perspectiva, as políticas públicas passam a ganhar relevância dentro da Administração Pública, sendo consideradas programas de governos com o escopo de realizar ideias relevantes para a sociedade em diferentes setores.

Contudo, numa realidade não utópica, como é a brasileira, é evidente que nem todos os direitos fundamentais sociais conseguem ser implementados, e quando o são, acabam sendo feitos de forma insuficiente, insatisfatória pelo Poder Executivo, de modo que surge a necessidade de controle dessas políticas públicas, sobretudo pelo Poder Judiciário.

Todavia, a forma como se dá esse controle é que é extremamente crucial para se visualizar na prática a concretização dos direitos. É dentro desse cenário que surge o Tema n.º 698 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal - STF, ou seja, discutir a respeito de como o Poder Judiciário deve intervir no controle de políticas públicas e de que forma essa intervenção pode ser mais efetiva, sem que haja violação do princípio da separação de poderes, propiciando um ambiente judicial colaborativo e cooperativo.

Portanto, o presente trabalho buscará esmiuçar essa problemática, demonstrando como a maior flexibilidade procedimental, a consensualidade, o estabelecimento de metas via um processo estrutural, poderão contribuir para uma cooperação pelos distintos atores visando a concretização dos direitos fundamentais.

Assim, num primeiro momento, será analisado o histórico e o conceito do termo “políticas públicas”, seus ciclos e sua interface com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto Lei n.º 4.657/1942). Em seguida, passa-se a análise da efetivação dos direitos fundamentais através das políticas públicas governamentais criadas, e como se dá o ajuste fino do controle judicial a respeito do tema, utilizando-se como exemplo a Tese de repercussão geral n.º 698 do STF¹:

“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)”.

¹ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em 24/10/2023.

Origem e conceito

O histórico e o conceito de políticas públicas estão, em uma primeira análise, dentro da ótica da Ciência Política e da Administração Pública, não sendo propriamente um conceito jurídico, não tendo sido observado pelo Direito ao longo dos anos. No entanto, essa perspectiva passa a se alterar com as recentes discussões a respeito do tema “judicialização de políticas públicas”, na medida em que passa o Poder Judiciário a ser instado a se manifestar e a concretizar direitos fundamentais sociais esculpidos na Constituição Federal, mas que, por vezes, não eram materialmente concedidos pelo Poder Executivo.

Dentro dessa ótica, portanto, as políticas públicas estão intimamente relacionadas com os direitos fundamentais, notadamente os sociais, considerados direitos de segunda dimensão, abrangendo os direitos econômicos, sociais e culturais. Nessa linha, enquanto os direitos de primeira dimensão buscam a proibição da intervenção, do excesso, reforçando direitos relacionados à liberdade, por sua vez, os direitos de segunda dimensão possuem como escopo um postulado de proteção, de fruição de direitos a serem garantidos pelo Estado².

Dessa maneira, segundo Gilmar Mendes³, o Direito brasileiro passa a se interessar por políticas públicas a partir da materialização dos direitos sociais na Constituição, que se deu apenas na Constituição de 1934, sob a influência das Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar, de 1919, e a queda da Bolsa de Nova York em 1929, onde se viu a maior necessidade de intervenção do Estado na ordem econômica. A partir disso, há uma virada do *Estado Liberal* para a fase do *Estado de Bem Estar Social*, quando o Estado brasileiro passa a trazer um capítulo específico na Carta de 1934 (“Ordem Econômica e Social” – arts. 115-147), com especial relevância para os direitos trabalhistas.

Sobre essa contextualização histórica, sintetiza Gilmar Mendes⁴:

² MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 631.

³ MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 647.

⁴ *Idem*. Pág. 647-648.

“A tradição de destinar um capítulo específico à ordem econômica e social foi seguida pelas Cartas seguintes – Constituição de 1937 (arts. 135-155), de 1946 (arts. 145-162), de 1967/69 (arts. 157-166) – e apenas rompida pela Constituição de 1988. Esta adotou o mais amplo catálogo de direitos sociais da história do nosso constitucionalismo, incluindo os direitos trabalhistas em capítulo próprio, o dos “Direitos Sociais”.

Ademais, como já dito, a Constituição de 1988 conferiu significado ímpar ao direito de acesso à justiça e criou mecanismos especiais de controle da omissão legislativa (ação direta por omissão e mandado de injunção), destinados a colmatar eventuais lacunas na realização de direitos, especialmente na formulação de políticas públicas destinadas a atender às determinações constitucionais.

Nos termos da atual Carta Constitucional, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados (art. 6º).

Atualmente, a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais, tanto em relação àqueles previstos no Capítulo II do Título II.

Vê-se, pois, que os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Disso decorre que, “a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as normas consagradoras de direitos sociais possuem aplicabilidade direta e eficácia imediata, ainda que o alcance desta eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e à luz de outros direitos e princípios”

Dentro dessa evolução histórica, e também da influência neoconstitucionalista, não bastava que a Constituição Federal de 1988 inovasse e ampliasse o catálogo de direitos sociais, tidos como fundamentais. Era necessário que a Constituição fosse voltada para a concretização de tais direitos, não sendo meros documentos políticos, meras folhas de papel (constituição sociológica de Ferdinand Lassale).

Assim, baseado na teoria de Konrad Hesse (“Força Normativa da Constituição”), a Constituição não deve ser vista apenas como um documento político, mas fundamentalmente como documento jurídico, que cria e estabelece deveres, direitos, obrigações exigíveis juridicamente. Constrói-se a chamada “doutrina da efetividade”, que advoga no sentido de se aplicar diretamente as normas constitucionais aos casos concretos, afinal, para essa doutrina, os dispositivos constitucionais seriam dotados de normatividade, e, uma das formas dessa concretização seriam as políticas públicas.

Com essa introdução histórica, segundo Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são “*programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do*

Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”⁵.

Como se observa, depreende-se que a finalidade das políticas públicas é conferir cidadania, dignidade, justiça e igualdade para os cidadãos, de forma a reduzir as desigualdades sociais, construindo uma sociedade mais justa e solidária, na qual todos possam usufruir dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988, educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (CRFB/88, arts. 1º, incisos II, III, IV, 3º, incisos I, III, IV, 6º, “*caput*”⁶).

Ciclos de políticas públicas

Em cima desse conceito jurídico, verifica-se que políticas públicas são programas de governo, e por serem programas, não são pontuais, estanques, mas sim metas, ciclos, que se desenvolvem através de coordenadas até se chegar a um denominador comum.

A partir disso, especialistas no tema delinearão os ciclos de políticas públicas da seguinte forma: 1º) identificação do problema; 2º) elaboração de soluções, de possíveis políticas públicas para equacionar o problema; 3º) escolha pelo gestor público da melhor solução, através de sua discricionariedade administrativa; 4º) implementação da política pública escolhida; 5º) acompanhamento da política pública implementada e, se necessário, redirecionamento justificado.

Em outras palavras, trata-se de um programa governamental no qual identifica-se um problema de relevância social, do qual são propostas variadas soluções, devendo o gestor público escolher dentre uma delas para, em seguida, implementá-la através da alocação de recursos pessoais, econômicos e, por fim, acompanhá-la, avaliando o alcance dos objetivos traçados e seu êxito, podendo, para tanto, adequar seu planejamento.

5 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

6 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

III - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Durante todo esse ciclo, há o controle de políticas públicas, exercido por inúmeros atores, dentre eles o Ministério Público, em sua função de *ombudsman*, e, se necessário, o Judiciário, embora não desejável, por vezes a judicialização será inevitável. No presente escrito, em razão da necessária delimitação do tema, sob pena de inevitável falta de profundidade, iremos nos ater ao controle judicial de políticas públicas sobre a atuação do Poder Executivo.

Em cima disso, em primeiro lugar, deve-se pontuar que o magistrado deve observar as decisões do gestor público, de acordo com as diretrizes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, tais como o consequencialismo (arts. 20 e 21) e o contextualismo (art. 22)⁷.

Ou seja, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos (princípio e conceitos jurídicos indeterminados) sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (consequencialismo), e sem que sejam observados os obstáculos e dificuldades reais do gestor público e as exigências das políticas públicas a seu cargo (contextualismo).

Assim, dentro da ideia de controle, em zonas de certeza positiva e negativa sobre um determinado tema, o controle é pleno. A ideia aqui é evitar o controle sem parâmetros objetivos quando diante de valores jurídicos abstratos. Para usar esses valores abstratos, deve-se medir as consequências da decisão e essa medição se dá através do dever da motivação, demonstrando-se a proporcionalidade da medida (art. 20, p.ú, da LINDB). Portanto, a todo o momento a tomada de decisão em, por exemplo, invalidar determinado ato administrativo, ou buscar corrigir ou anular determinada política pública, deve estar

7 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento)

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

abalizada conforme as orientações da LINDB.

Como exemplo, deve-se conferir um olhar diferenciado para o gestor público que toma decisões em contexto de crise do outro gestor que toma decisões em um contexto normal, em razão da aplicação do princípio da realidade administrativa, sem olvidarmos o fim da Administração Pública, que é o direito dos administrados.

Para reforçar essa ideia, e estabelecer parâmetros para a atuação dos agentes de controle, sobretudo o Poder Judiciário, o STF, no RE 684.612 que reconheceu a repercussão geral envolvendo a intervenção judicial em políticas públicas (Tema n.º 498), sinalizou essa ideia, ao estabelecer a seguinte posição⁸:

“4. A intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. **Necessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador**”.

(RE 684612. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Red. Luis Roberto Barroso. Dj. 03/07/2023. Dp. 07/08/2023.) (Grifo nosso)

Portanto, em síntese, a intervenção casuística do Poder Judiciário deve estar atenta às consequências práticas da decisão (consequencialismo), observando-se os obstáculos e dificuldades reais do gestor público e as exigências das políticas públicas a seu cargo (contextualismo), de forma a cooperar para a concretização da política pública em destaque, potencializando sua eficiência.

Em uma sintonia fina, seria o meio termo entre evitar o descaso e a negligência do gestor público, mas também, em um juízo afoito, exigir utopias que jamais poderão ser efetivamente prestadas, desorganizando a agenda política.

Argumentos contrários e favoráveis à intervenção judicial

Os direitos sociais são consagrados por meio de normas programáticas, geralmente abertas, por meio de princípios, de maneira que sua concretização fica a cargo dos poderes públicos.

A doutrina constitucionalista costuma mencionar o termo “escolhas trágicas”, que

⁸ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em 24/10/2023.

seriam aquelas opções que o Estado deve fazer em razão de suas limitações orçamentárias. Ou seja, seria o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações sociais em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros.

A prioridade na definição de políticas públicas é do legislativo e do executivo, eleitos para esta finalidade. No entanto, isso não significa que não possa haver uma intervenção extrajudicial ou judicial, mormente quando os poderes públicos se omitem ou retardam a concretização de direitos.

Isso posto, a controvérsia principal que reside nesse ponto é se seria possível aos órgãos de controle “invadirem” o juízo discricionário administrativo, o mérito administrativo, na elaboração da política pública e, se assim não o fizesse, se seria possível a intervenção do Poder Judiciário para instar o Poder Executivo a realizá-la, sem que houvesse violação ao princípio da separação dos poderes. Ou seja, o tempero certo para concretizar direitos fundamentais sem violar um dos princípios basilares da federação brasileira.

Assim, as perguntas postas são: se o Poder Executivo não agir, o Poder Judiciário poderá intervir? Quais são os limites para a intervenção do Poder Judiciário?

Dentre os vários argumentos contrários à intervenção judicial em políticas públicas, o que julgamos serem os principais, podem ser resumidos assim: (a) antidemocrática e violação ao princípio da separação de poderes; (b) discricionariedade administrativa (c) eficácia apenas negativa de alguns direitos sociais; (d) reserva do possível.

Todavia, para todos existem contra-argumentos, o que buscaremos expor adiante, asseverando que, de antemão, o controle judicial é possível, mas é necessária a observância de parâmetros e critérios, como bem delineou o STF no Tema n.º 498 de repercussão geral.

Quanto ao primeiro e ao segundo argumento, costumeiramente a Advocacia Pública advoga no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, que não foi eleito pela população, determinar a política pública a ser implementada, invadindo o juízo de conveniência e oportunidade do gestor público, o conhecido mérito administrativo.

Contudo, durante o voto do Tema n.º 498 de repercussão geral, objeto do presente trabalho, são citados inúmeros precedentes atestando a possibilidade de intervenção

judicial em políticas públicas, sem que haja violação a separação de poderes, tais como a ementa da ADPF n.º 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello ⁹:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Como sabemos, o princípio da separação de poderes invoca a ideia de freios e contrapesos entre os três Poderes da República Brasileira, Executivo, Legislativo e Judiciário. Sobre o tema, leciona Bernardo Gonçalves:

“ A Constituição de 1988 traz o princípio da separação de poderes, já no seu art. 20, inclusive protegendo-o no rol do art. 60, § 4º .

Podemos encontrar as primeiras bases de uma teoria da separação de poderes no pensamento de Aristóteles, que vislumbrava a necessidade de fragmentar as funções administrativas da pólis, principalmente a necessária separação entre administração do governo e solução de litígios existentes na comunidade.

Com Montesquieu, sob inspiração de Locke, vislumbrou-se a necessidade de interconectar as funções estatais, a fim de manter a autonomia e independência que lhes são típicas, nascendo daí a famosa *teoria dos freios e contrapesos* (“*checks and balances*”) ”.

Sobre o tema, ainda pontua Alexandre de Moraes ¹⁰:

“ Dado esse quadro, como recorrentemente destaco, apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. Para tanto, a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se teoria dos freios e contrapesos.”

Nesse sentido, resta evidente que, via de regra, não caberá ao Judiciário intervir, salvo quando houver um desrespeito à razoabilidade e à proporcionalidade. Ou seja, quando houver clara e manifesta violação da política pública adotada, evidente reiteração

⁹ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em 24/10/2023.

¹⁰ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em 24/10/2023.

em seu descumprimento, pode e deve o magistrado intervir para corrigir determinada política pública, ou instar que a faça.

Nas sábias palavras do ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, citado pelo Ministro Alexandre de Moraes, há a síntese do explanado ¹¹:

“ O Min. AYRES BRITTO, no RE 590.664, Dje de 1º/2/2012, negou seguimento ao Recurso Extraordinário do Ministério Público do Rio Grande do Sul que, em ação civil pública, pleiteava a criação de vagas em hospital público.

Na oportunidade, o Ministro AYRES BRITTO, asseverou que “a jurisprudência desta nossa Casa de Justiça vem admitindo, em determinados casos, o controle judicial da omissão do Estado na implantação de políticas públicas indispensáveis à efetivação de direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República. Essa intervenção, porém, ocorre em caráter excepcional. Se a violação a direitos individuais e coletivos não está manifesta e aferível de pronto, não cabe ao magistrado interferir nas opções ínsitas à discricionariedade administrativa.”.

Em arremate, diante de situações em que há total ausência estatal na realização de direitos sociais fundamentais, é notório que o Poder Judiciário deverá intervir, se assim instado, a provocar a implementação das políticas públicas. Negar isso é tornar letra morta a aplicação imediata e efetividade dos direitos constitucionalmente previstos (art. 5º, §1º, da CF/88).

Ultrapassado esse primeiro argumento, denota-se de antemão que é plenamente possível o controle judicial da decisão administrativa, ainda que no seio do mérito administrativo, desde que esta não esteja a cumprir os mandamentos constitucionais e legais, também combatendo o segundo argumento. Ocorre que, de acordo com o acórdão paradigmático no Tema n.º 498, o grande desafio da judicialização de políticas públicas é a falta de parâmetros e critérios para decisões judiciais que visem contribuir e solucionar a concretização dos direitos fundamentais. Essa problemática iremos nos ater no ponto 03.

Além dos dois argumentos postos, uma outra impugnação, com menos relevância, consiste em afirmar que a alguns direitos sociais possuiriam apenas eficácia negativa, ou seja, teriam aptidão apenas para invalidar normas contrárias, não seriam autoaplicáveis, dependendo de intervenção legislativa para serem aplicados no caso concreto, não gerando direitos subjetivos.

Trata-se de impugnação facilmente combatida, uma vez que os direitos sociais expostos na Carta Magna de 1988, tais como o direito à saúde e a educação, são considerados

¹¹ *Idem*.

de forma majoritária como direitos públicos subjetivos de todos os cidadãos, cabendo ao Poder Executivo a sua prestação, sem necessidade de lei para tanto. Isso porque as normas que versam sobre direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata (CRFB, art. 5º, §1º¹²), de modo que tanto possuem eficácia negativa, como positiva, possuindo aptidão para serem exigidas.

Não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois cabe ao Judiciário atuar como órgão controlador da atividade administrativa. E além disso, os direitos sociais não podem ficar condicionados à boa vontade do Administrador. O magistrado não deve substituir o gestor público, mas pode compeli-lo (obrigá-lo) a cumprir o programa constitucional vinculante, especialmente quando se trata de preservar a dignidade da pessoa humana.

O art. 5º, §1º, da CRFB/88 deve ser lido da seguinte forma: as normas constitucionais que definem direitos fundamentais, independente da classificação que tenham em abstrato, dão ensejo a prestação jurisdicional naquilo que elas comportarem (dentro dos seus próprios limites). Não se pode recusar jurisdição, sob o argumento que falta legislação sobre o tema.

Por fim, um último argumento, talvez o mais famoso, é a alegação da cláusula da reserva do possível, também chamado de princípio por alguns, tendo sido importado do direito alemão.

Segundo Bernardo Gonçalves, o princípio da reserva do possível compreende a possibilidade material (financeira) para prestação dos direitos sociais por parte do Estado, uma vez que tais prestações positivas são dependentes de recursos presentes nos cofres públicos.

A partir disso, alguns começaram a defender que as aplicações desses recursos e, conseqüentemente, a implementação de medidas concretizadoras de direitos sociais seria uma questão restrita e limitada à esfera de discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas nos planos de políticas públicas destes e conforme as previsões orçamentárias¹³.

Para Ingo Sarlet¹⁴, existem três dimensões utilizadas quando se fala em reserva do possível: possibilidade fática, jurídica e razoabilidade da exigência e proporcionalidade da

¹² Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed.rev.amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 712.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 288.

prestação.

Segundo a 1º dimensão, a *possibilidade fática* consiste na disponibilidade de recursos necessários para satisfazer uma prestação relacionada aos direitos sociais. Em razão do princípio da isonomia, a análise dos recursos orçamentários deve ser feita não de forma individual, mas conforme uma universalização da demanda. Se aquela pessoa tem o direito, todas as pessoas na mesma situação têm o direito também.

Por sua vez, a 2ª Dimensão, a *possibilidade jurídica*: trata da necessidade de autorização orçamentária para cobrir as despesas e da análise das competências federativas. Assim, o limite orçamentário deve ser analisado, mas não como algo absoluto, sob pena de impedir a fruição de todo e qualquer direito. Além da dotação orçamentária, faz-se necessária a análise de qual ente federativo possui a competência para instituir.

Por fim, a 3º dimensão, *razoabilidade da exigência e proporcionalidade da prestação*. Em uma hipótese de fornecimento de medicamentos, a melhor solução seria a que atenderia mais pessoas, pelo menor custo, a partir dos critérios clássicos de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

O Min. Celso de Mello, na ADPF n.º 45, em já supracitada ementa, estabeleceu um critério para utilização da cláusula da reserva do possível: não basta invocar genericamente a reserva do possível, é necessário demonstrar a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível (ônus da prova é do Estado).

Sobre o tema, Bernardo Gonçalves ressalta crítica interessante:

“a discussão sobre a reserva do possível ou do mínimo existencial está posta para mascarar o problema da escolha política quanto à alocação de recursos orçamentários levada a cabo pelos Poderes Executivo e Legislativo. Oculta-se, na verdade, a inexistência de qualquer programa político, a curto, médio e longo prazo, voltado para as ações sociais”.

De fato, infelizmente poucos governantes são estadistas, na medida em que não procuram construir legados para o Estado, para a sociedade como um todo, que fujam do seu mandato de 04 anos ou 08 anos. E uma política pública bem construída, que possua estrutura de longo prazo, demanda tempo, recursos e que pode passar despercebida para a maioria da população, o que não lhe confere os votos desejados no período eleitoral, desestimulando medidas cruciais que não seriam implementadas a curto, médio prazo.

Outrossim, sem dúvidas, uma das bases teóricas do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, o ativismo judicial em concretização dos direitos fundamentais, advém do *Substancialismo* de Ronald Dworkin.

O autor desenvolve em sua teoria que o direito seria um ramo da moral política. Portanto, a interpretação jurídica tem por base os princípios morais políticos que regem a sociedade. Logo, cabe ao Poder Judiciário, ao fazer uma interpretação constitucional, identificar os direitos que decorram do próprio sistema político adotado, no caso de um estado democrático. A partir disso, Dworkin defende a existência de direitos jurídicos que independem de positivação, seriam princípios básicos, tais como liberdade, igualdade.

O *Substancialismo* acredita no modelo de Constituição Dirigente, muito desenvolvida por Canotilho, ou seja, acredita em um modelo constitucional onde o Poder Judiciário exerce amplo papel de consolidação dos direitos fundamentais, implementando os direitos sociais sem freios. Sustenta que o Poder Judiciário adote posições substanciais, independente de previsão expressa (bem diferente do *procedimentalismo*, que veda esse papel ao juiz).

Ou seja, é legítimo que os Juízes determinem a realização de políticas públicas, previstas como princípio na Constituição, ainda que sem a interposição do Poder Legislativo. A decisão judicial que determina fornecimento de medicamentos, mesmo sem previsão legal, decorre da interpretação substancial, pois entende que tais medicamentos são direitos que independem de positivação, são princípios básicos.

O *Substancialismo* coaduna-se com o Neoconstitucionalismo, presente na CRFB/88, uma vez que potencializa a *Força Normativa da Constituição*, ao conferir concretização às normas constitucionais, pois estas já seriam dotadas de normatividade e a Constituição não deveria ser entendida como “mera folha de papel”.

A grande questão, no entanto, é delinear parâmetros e critérios para que isso ocorra, é isso que passaremos a ver a seguir, isto é, qual é o tipo de processo e decisão mais adequada para implementação concreta das políticas públicas.

PROCESSO ESTRUTURAL E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A partir do exposto até aqui, verifica-se que políticas públicas são programas de governo, e por serem programas, não são pontuais, estanques, mas sim metas, ciclos, que se desenvolvem através de coordenadas organizadas, que, se entrelaçadas e colaborativas, podem ser implementadas de forma mais rápida.

Por essa razão, o remédio para tratar um paciente de forma gradual, porém evolutiva, como são as políticas públicas, não pode ser através de decisões monocráticas, pontuais, que não observem o consequencialismo e o contextualismo do gestor público. Há de haver um processo que de forma flexível, construa um ambiente colaborativo entre os atores, com o escopo de construir metas possíveis a serem cumpridas, tornando tanto o texto legal como a decisão efetiva.

Dentro desse giro de ideias, o que tem apresentado os melhores resultados quando se fala de judicialização de políticas públicas é o chamado processo estrutural. Ora, se a política pública se desenvolve através de metas, ciclos, o processo também precisa estar estruturado dessa maneira.

Muito embora não seja o objetivo central do presente trabalho estudar com profundidade o processo estrutural, iremos tecer breves comentários em como esse importante instrumento é fundamental para a tutela integrativa do mérito de demandas complexas, de modo a concretizar os direitos sociais esculpidos pelo constituinte e pelo legislador.

Segundo Fredie Didier Jr.¹⁵, o processo estrutural é “aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”.

A origem desse modelo processual advém do direito norte-americano, mais precisamente, em 1954, com o caso *Brown vs Board of Education of Topeka*. O caso é emblemático, pois iniciou-se através de demanda individual da menina negra chamada Brown, que desejava estudar em uma escola só de brancos. Diante da narrativa apresentada,

15 DIDIER JR, Fredie. ZANETTI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 04 – Processo coletivo. 14. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Pag. 572.

constatou-se que havia a necessidade de uma intensa reformulação no sistema público de ensino norte-americano, sobretudo para torná-lo mais inclusivo a todas as classes raciais, de modo que fora determinado pela Suprema Corte americana a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à atuação de pessoas brancas¹⁶.

A inovação do caso deve-se ao modelo de decisão proferida, de maneira que o Poder Judiciário, em um maior ativismo, “passou a impor amplas reformas estruturais em determinadas instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidos determinados valores constitucionais”¹⁷.

Assim, segundo a Didier Jr.¹⁸, o processo estrutural possui características essenciais e outras não essenciais. Dentre as essenciais, discute-se um problema estrutural, almejando alcançar um estado ideal de coisas, por meio de um procedimento bifásico e flexível, através da consensualidade.

Por outro lado, para o mesmo autor, embora não sejam essenciais, costumeiramente apresenta multipolaridade (multiplicidade de interesses envolvidos), complexidade e coletividade¹⁹.

Quanto ao procedimento, diz-se ser bifásico, isso porque, em um primeiro momento, o magistrado busca identificar o problema estrutural, quais são as possíveis soluções para as várias demandas apresentadas, de modo a traçar o objetivo de alcançar o estado ideal de coisas, elaborando a decisão estrutural. Já em um segundo momento, há a implementação da decisão estrutural pelas partes, devendo ser acompanhada e fiscalizada pelos órgãos controladores e pelo juiz, até mesmo para corrigir eventual prática que não surtiu o efeito esperado.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas ocasiões, já proferiu decisões estruturais, tais como: caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular n.º 3.888/RR); Estado de Coisas Inconstitucional dos Presídios (ADPF n.º 347 MC/DF); população em situação de rua (ADPF n.º 976 MC/SP); e, por último, o sistema de saúde, RE 684.612, cuja repercussão geral foi reconhecida no Tema n.º 698, que serviu de inspiração para o presente trabalho. Para fora

¹⁶ *Idem*. Pag. 572.

¹⁷ *Idem*. Pag. 573.

¹⁸ *Idem*. Pag. 580/585.

¹⁹ Quanto à coletividade, muito embora haja divergência, nos filiamos a ideia de que o processo pode se desenvolver diante de uma ação individual com alcance coletivo (pessoa com deficiência que postula rampa de acessibilidade) ou de uma ação pseudoindividual (proposta como individual, mas que na verdade postula-se uma pretensão coletiva, devendo ser emendada quando não for o caso de ação popular diante de sua flagrante ilegitimidade ativa).

do STF, podemos citar os casos das barragens de Mariana e Brumadinho.

Por relevante, vale citar ainda a ADPF 976 MC-REF / DF, cujo tema versa sobre a Política Nacional para a População em Situação de Rua no Brasil, e que, diante das omissões do poder público que resultam em um potencial estado de coisas inconstitucional, houve decisão proferida em sede de medida cautelar para entrega no prazo de 120 dias de plano de ação e monitoramento, consubstanciando-se em uma nítida decisão estrutural.

Nesse diapasão, percebe-se que todos os casos citados, como vários outros, possuem em comum na origem um problema estrutural originado em uma política pública mal sucedida ou, em casos mais graves, não implementada. Podemos afirmar que quase toda política pública judicializada gerará um litígio estrutural, que demandará uma decisão estrutural apta a alcançar novamente um estado ideal de coisas.

Dentre as técnicas que auxiliam a tornar efetivo o processo estrutural, Didier Jr. cita a atenuação da regra da congruência objetiva externa (art. 141 c/c art. 492, CPC²⁰), para permitir certo grau de liberdade ao magistrado em adotar a melhor forma de atuação para a tutela do direito almejado, não estando preso ao requerido na inicial. Trata-se de técnica valiosa, já que litígios estruturais são complexos e multipolares, de modo que é tarefa hercúlea prever já na inicial todos seus desdobramentos e as melhores soluções para correção do prumo rumo ao estado ideal de coisas.

Além dessa, o renomado doutrinador menciona a atipicidade dos meios probatórios. O modelo probatório diferenciado (art. 369, do CPC²¹), com a utilização de meios atípicos de provas, tais como a prova por amostragem, prova estatística, prova indiciária, dentre outras. Por oportuno, cita-se o exemplo de um processo em que se pretenda um amplo plano de acessibilidade em uma determinada localidade, como rampas, sinais semaforicos auditivos, corrimões, em vias, logradouros, prédios e equipamentos públicos. Nesse caso, bastaria uma prova por amostragem, sem necessidade de uma prova pericial em cada equipamento público.

20 Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

21 Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Sobre o tema, Sérgio Arenhart, citado por Didier Jr., conclui:

A complexidade do caso, muitas vezes, torna inúteis as “provas tradicionais”, dado que elas se referem à demonstração de fatos pontuais, ocorridos no passado. Os litígios complexos, a seu turno, porque normalmente carecem de resposta que se projete no futuro, também demandarão, muitas vezes, análises que probabilidade futuras ou – mesmo quando examinam o passado – imporão a avaliação de um plexo de situações, a fim de aferir de forma adequada a ocorrência de alguma infração²².

Outro instrumento importante trata-se da atipicidade das medidas executivas, aptas a efetivar as decisões estruturais. Como vimos, por conter um procedimento flexível, baseado na consensualidade, com ampla participação de terceiros, a decisão estrutural legítima normalmente se valerá de meios executivos atípicos para que seja efetiva.

Sobre o assunto, o STF (ADI 5941) referendou a constitucionalidade das medidas atípicas previstas no CPC/2015 (art. 149, IV²³) destinadas a assegurar a efetivação dos julgados²⁴:

São constitucionais — desde que respeitados os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os valores especificados no próprio ordenamento processual, em especial os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade — as medidas atípicas previstas no CPC/2015 destinadas a assegurar a efetivação dos julgados.

O art. 139, IV, do CPC/2015 traz uma cláusula geral de medidas atípicas, mas isso tem uma razão de ser. A previsão de uma cláusula geral, contendo uma autorização genérica, se dá diante da impossibilidade de a legislação considerar todas as hipóteses possíveis no mundo contemporâneo, caracterizado pelo dinamismo e pelo risco relacionados aos mais diversos ramos jurídicos.

Assim, as medidas atípicas devem ser avaliadas de forma casuística, de modo a garantir ao juiz a interpretação da norma e a melhor adequação ao caso concreto, aplicando ao devedor ou executado aquela que lhe for menos gravosa, mediante decisão devidamente motivada.

Vale ressaltar, contudo, que a discricionariedade judicial não se confunde com arbitrariedade, razão pela qual qualquer abuso deverá ser coibido pelos meios processuais próprios, que são os recursos previstos no ordenamento processual.

Para tanto, seja com relação aos meios atípicos probatórios seja quanto aos meios

22 DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 04 – Processo coletivo*. 14. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Pag. 599. ARENHART, Sergio Cruz. “A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 10, n.1, 2019, p.663.

23 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

24 Nesse sentido, anteriormente já tinha decidido o STJ: A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que cumpridos os seguintes requisitos: existam indícios de que o devedor possui patrimônio expropriável (bens que podem ser penhorados); essas medidas atípicas sejam adotadas de modo subsidiário; a decisão judicial que a determinar contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta; sejam observados o contraditório substancial e o postulado da proporcionalidade. STJ. 3ª Turma. REsp 1788950/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/04/2019. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É constitucional o art. 139, IV, do CPC, que prevê medidas atípicas destinadas a assegurar a efetivação dos julgados. *Buscador Dizer o Direito, Manaus*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1b554caad50131478083e-b6e4f7845d6>>. Acesso em: 28/10/2023.

executivos atípicos, o art. 190 do CPC/2015²⁵, cláusula geral das convenções processuais, poderá ser utilizado para a construção das modalidades.

Outra técnica citada diz respeito à legitimidade democrática do processo, abrindo-se para participação de terceiros, de modo a colaborar para o sucesso da lide, seguindo tese defendida por Peter Haberle (*sociedade aberta dos intérpretes*).

Em razão disso, audiências públicas, consultas públicas, admissão do *amici curiae* são costumeiramente realizadas (arts. 138, 983 do CPC; art. 29 da LINDB²⁶). Dessa maneira, busca-se a ampliação do círculo de intérpretes constitucionais, abertura dos processos de decisão, tornando mais legítima a decisão estrutural e, conseqüentemente, mais fácil de ser cumprida.

Como exemplo, a repercussão geral do Tema n.º 698 e a identificação da necessidade de parâmetros e critérios para nortear as decisões judiciais a respeito de políticas públicas originou-se a partir da Audiência Pública convocada, conforme se extrai da leitura do trecho do voto do Min. Alexandre de Moraes²⁷:

“Especificamente acerca da concessão de medicamentos a pessoas necessitadas, no julgamento supracitado, citei o voto da eminente Min. ELLEN GRACIE que fez elucidativo histórico do tratamento da questão ao apreciar o agravo interno no AI 734.487. Pela riqueza de detalhes, tomo a liberdade de transcrever novamente aqui a parte do voto de S. Exa.:

(...)

O meu antecessor, Ministro Gilmar Mendes, quando no exercício da Presidência desta Casa, ao analisar questão referente à suspensão de liminar (SL 47-AgR/PE, Plenário, DJe 30.04.2010) envolvendo melhorias do atendimento em hospital do sistema SUS, assim se pronunciou:

‘Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão,

25 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

26 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Vigência) (Regulamento)

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Vigência)

27 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em 24/10/2023.

o que se tem constatado, de fato, é a **crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.**

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Assim, **levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública**, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na **Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.**

Esse dado pode ser importante para a **construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes**".
(Grifo nosso)

Veja-se, a partir da leitura do trecho acima, a extrema relevância da participação de terceiros para delimitar o cerne da demanda apresentada. Constatou-se que, na maioria dos casos, a demanda não trata de ausência absoluta de política pública, mas sim do seu cumprimento, haja vista já existir.

Assim, é possível concluir que, na judicialização de políticas públicas, as técnicas diferenciadas do processo estrutural são vitais para a efetividade do cumprimento das

metas criadas com o objetivo de retomar ao estado ideal de coisas.

Contudo, tal interferência deve ser minimamente padronizada, sob pena de mais atrapalhar do que ajudar a efetividade do cumprimento da política pública. Em razão disso, no Tema n.º 698 de repercussão geral, o qual analisaremos no próximo capítulo, procurou-se criar critérios e parâmetros para a interferência do Poder Judiciário no cumprimento efetivo das políticas públicas.

TEMA N.º 698 DE REPERCUSSÃO GERAL E O EXEMPLO DO DIREITO À SAÚDE

Após a abordagem sobre as políticas públicas, o controle judicial exercido e o processo estrutural como o melhor instrumento para sua judicialização, no presente capítulo analisaremos detalhadamente o RE 684.612, e, conseqüentemente, a decisão proferida no Tema n.º 698 de repercussão geral do STF.

Inicialmente, vale colacionar a ementa do presente acórdão²⁸:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE.

1. Recurso extraordinário, com repercussão geral, que discute os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde. No caso concreto, busca-se a condenação do Município à realização de concurso público para provimento de cargos em hospital específico, além da correção de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina.

2. O acórdão recorrido determinou ao Município: (i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e (ii) a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento.

3. A saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

4. A intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. Necessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador.

5. Parcial provimento do recurso extraordinário, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados.

6. Fixação das seguintes teses de julgamento:

“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.

²⁸ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em 24/10/2023.

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)”. (Grifo nosso)

No ponto 01 da referida tese, já se identifica, como adiantado, a superação da tese da suposta violação ao princípio da separação dos poderes para rever determinado ato discricionário que tenha extrapolado o razoável e o proporcional. Sobre esse ponto, inclusive o recorrente da lide, Município do Rio de Janeiro, confirma²⁹:

O recorrente alega violação aos arts. 2º e 196 da CF. Defende, em síntese, que: (i) **embora o Judiciário possa rever a juridicidade do ato discricionário e, se for o caso, declará-lo nulo, não lhe é dado determinar que a Administração Pública pratique um ato discricionário cujo juízo de conveniência e oportunidade é atribuído ao agente público;** (Grifo nosso)

Sobre a citação acima, observa-se uma ressalva importante alegada pelo recorrente. O necessário respeito ao juízo administrativo discricionário do gestor público em escolher a política pública e a forma que irá adotá-la.

Em cima disso, a tese n.º 02 orienta que a decisão judicial deve ser, via de regra, estrutural, isso porque, ao invés de determinar medidas pontuais (o que seria uma decisão não estrutural), deverá o magistrado apontar as “finalidades a serem alcançadas”, ou seja, as metas almejadas, requerendo a apresentação de um “plano com as soluções e meios adequados para alcançar o resultado”.

Nas entrelinhas, estamos diante de uma decisão judicial que, via de regra, não deverá determinar o que fazer pontualmente, mas sim, após identificar o problema estrutural (1º fase do procedimento), elaborar as metas a serem alcançadas em diálogo com as partes.

Inclusive, é por esse motivo que o STF orienta o requerimento de apresentação de um plano e/ou meios aptos a atingirem os resultados traçados, corroborando com a consensualidade, participação de terceiros, meios de provas atípicos, meios executivos atípicos, típicas características do processo estrutural.

Dentro desse contexto, ponto relevante a ser ressaltado é de que outra característica marcante do processo estrutural são as chamadas “decisões em cascata”, na medida

²⁹ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em 24/10/2023.

em que após a decisão principal (determinação das finalidades a serem alcançadas), decorrem-se outras decisões que visam sanar problemas oriundos da efetivação das decisões anteriores, corrigindo o rumo do processo. É nesse papel que os amigos da corte, o Ministério Público e Defensoria Pública, dentre outros, são extremamente importantes, como órgãos de acompanhamento e fiscalização da política pública almejada³⁰.

Ora, está claro que o processo estrutural deve ser o instrumento a ser utilizado pelo magistrado, já que o permite uma ampla visão dialética. A pergunta que fica é: por que o processo individual, não estrutural, embora, por vezes, seja efetivo na entrega do mérito, não contribui para a política pública a longo prazo?

A resposta é fornecida por trecho do voto do Min. Luis Roberto Barroso, o qual colacionamos abaixo:

12. No entanto, como tenho dito em ocasiões diversas, tanto em trabalhos acadêmicos como em votos proferidos nesta Corte em situações análogas, esse sistema vem apresentando sintomas de que pode “morrer da cura”, vítima dos **excessos voluntaristas e da falta de critérios objetivos que geram indesejada imprevisibilidade da prestação jurisdicional**. Esses problemas **colocam em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos**. De fato, a atuação casuística do Poder Judiciário **atende às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, pode interferir nas possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública**.

13. Além disso, a atuação judicial em demandas individuais acaba por colocar em posição de vantagem aqueles que pertencem às classes mais favorecidas. De fato, nessas hipóteses, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial.

14. Portanto, nessa seara, o Judiciário certamente não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que seriam promovidos com a sua atuação. Mas também não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, acabar causando grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

15. O problema do direito à saúde – e das políticas públicas voltadas à sua promoção e efetivação – deve ser olhado, necessariamente, à luz dos **limites e possibilidades das entidades federativas (não só estritamente financeiras, mas também organizativas e executórias, dentre outros aspectos)**. União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm, sem dúvida, compromisso com a promoção, na maior extensão possível, do direito à saúde. Mas isso se dá em um contexto de formulação e implementação de políticas públicas, que se inserem num amplo sistema – tão amplo como são as necessidades sociais que o Poder Público deve atender. Além da saúde, o Estado também deve promover os direitos à educação, cultura,

30 DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 04 – Processo coletivo*. 14. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Pag. 599.

transporte público, infraestrutura e uma infinidade de outros setores, também tutelados pela Constituição e/ou pela lei.

16. Diante de tais considerações, mesmo admitindo que a judicialização é uma circunstância atual e mesmo inevitável da vida brasileira, em matéria de direito à saúde ela não pode ser vista como meio natural de se definirem políticas públicas. De fato, é mais adequado que sejam definidos direitos e obrigações por via legislativa e administrativa, de modo que os litígios sejam residuais e não de massa.

17. Nesse cenário, o que se necessita nessa matéria é estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário possa se pautar por critérios de racionalidade e de eficiência. É a falta de critérios universais que tem tornado o sistema disfuncional e desigual. (Grifo nosso)

Dessa maneira, como falamos anteriormente, para que a decisão seja mais efetiva para a política pública, por exemplo de saúde, é necessário que ela seja estrutural e, mais do que isso, que não imponha deveres, mas sim finalidades, metas, após intenso debate entre as partes, com participação de terceiros e elevada cooperação dos atores processuais envolvidos.

Estabelecida essa premissa, o Min. Luis Roberto Barroso aponta 05 aspectos a serem considerados no tocante aos parâmetros para a atuação do Poder Judiciário: (i) comprovação nos autos da ausência ou grave deficiência do **serviço público**, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público; (ii) universalização da providência a ser determinada; (iii) determinação da finalidade a ser atingida, mas não do modo; (iv) respaldo em documentos/manifestações de órgãos técnicos; (v) ampliação da participação de terceiros.

Sobre o item (i), portanto, se constatada falha estrutural que aponte para total ineficiência do Poder Executivo em cumprir seus deveres constitucionalmente previstos, faz-se necessária a interferência judicial para que provoque o gestor público omissos a atuar, saindo da inércia cômoda do gabinete, que nada faz, e de que nada lhe é exigido. Sobretudo quando diante de temas relacionados ao mínimo existencial, tais como saúde e educação, é obrigação do Poder Público prover, ainda que os recursos sejam finitos e escassos.

Quanto ao item (ii), como vimos, de nada adianta o ressonar tranquilo do magistrado em berço esplêndido após garantir determinado medicamento a jurisdicionado individual, ou determinar que se façam melhorias em hospital público, sem que haja uma visão ampla, universal, da demanda. Decisões individuais como estas, sem uma construção dialógica

com os atores processuais, além de carecer de legitimidade, também não contribui para o atendimento da sociedade. É necessária maior cooperação, diálogo, para que haja uma visão ampla do sistema, sob pena de constante “enxugamento do gelo”.

No que concerne ao item (iii), talvez o mais emblemático, é a observação de que a decisão não deve impor como alcançar a meta, mas apenas apontar o caminho correto. Ou seja, como refere-se a tese 03, *“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)”*. Nas palavras do Min. Barroso³¹:

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.

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.

No que tange ao item (iv), em razão da ausência de experiência técnica, a decisão judicial deve estar pautada em documento e manifestações técnicas, com no caso foram as inspeções realizadas no Hospital Salgado Filho pelo Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro – SINDMED e pelo CREMERJ.

Para tanto, o aspecto (v) é fundamental, já que em razão da multipolaridade e complexidade do litígio estrutural, a maior participação de terceiros, com a convocação de audiências públicas, abertura de consultas públicas, admissão de amigos da corte, contribuem para legitimidade democrática e maior efetividade da decisão.

Além disso, sabe-se que, psicologicamente, é muito mais fácil que um agente cumpra determinada obrigação de fazer com o qual ele anteriormente contribuiu para tomada de decisão, do que aquela que lhe foi imposta, razão pela qual a construção da decisão de forma consensual, cooperativa, tende a ter maior chance de êxito (art. 6º do CPC³²).

Assim, no caso concreto, o TJ/RJ deu provimento à apelação e determinou ao

³¹ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em 24/10/2023.

³² Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Município: i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e ii) a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento. O Município do Rio de Janeiro interpôs recurso extraordinário. O STF deu provimento parcial provimento ao recurso extraordinário do Município para anular o acórdão do TJ e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros fixados.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, uma primeira conclusão que pode ser extraída do tema da judicialização de políticas públicas, que ganhou intenso debate pós CF/88 com a constitucionalização de diversos direitos sociais fundamentais, é que é inegável que o Poder Judiciário pode/deve intervir na implementação de políticas públicas ainda não criadas ou que não estejam apresentando resultados concretos, de modo a retirar o Poder Executivo da inércia.

Como vimos, não há violação ao princípio da separação de poderes, mas sim uma fiscalização por parte de outro ente, em consonância, portanto, com o sistema de freios e contrapesos previsto por Montesquieu.

Nessa medida, como ressaltado ao longo do texto, superada a premissa da possibilidade de interferência judicial em políticas públicas, a dúvida que restava era identificar como isso deveria ocorrer.

Em boa hora, o STF se pronunciou sobre o tema, identificando a necessidade de estabelecer parâmetros e critérios objetivos para que a interferência judicial, ao invés de alavancar a concretização dos direitos sociais por meio de políticas públicas.

Assim, deve o magistrado pautar-se, via de regra, em um processo estrutural, que identifique o problema estrutural, estabeleça metas a serem alcançadas e propicie um instrumento colaborativo, cooperativo, que amplifique a visão sistêmica da política pública em questão, para tomar a decisão mais legítima e mais fácil de ser efetiva, executada.

Dessa maneira, de um lado, será respeitado o mérito administrativo, o juízo de conveniência e oportunidade do gestor público em escolher o modo como as metas serão atingidas, e, de outro, não ficará inerte em arcar com seu dever público.

Observando-se as consequências práticas da decisão e do contexto do gestor público, acatando suas ponderações relevantes, assim como de órgãos técnicos e fiscalizadores, a decisão judicial terá o êxito em seu fim, que é resolver o litígio, entregando a tutela do direito social à sociedade.

Por fim, como vimos, o Tema n.º 698 pretende ser um marco para a judicialização

de políticas públicas, seja ela de saúde, educação, sistema carcerário, política nacional de população de rua, enfim, todo e qualquer programa governamental que pretenda ser socialmente relevante.



REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>. Acesso em: 28/10/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Parâmetros para nortear as decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d871c387c0f0eac2c553c7c4d59796f9>. Acesso em: 28/10/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É constitucional o art. 139, IV, do CPC, que prevê medidas atípicas destinadas a assegurar a efetivação dos julgados. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1b554caad50131478083eb6e4f7845d6>. Acesso em: 28/10/2023

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 04 – Processo coletivo. 14. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed.rev.amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 712.

MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Sobre o Autor

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

Graduado em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduado em “O Ministério Público e o Direito Contemporâneo” pelo Instituto Superior do Ministério Público.

Índice Remissivo

A

abordagem 28
administrativo 5, 13, 15, 17, 29, 34
análise 5, 9, 10, 19
antidemocrática 15
atipicidade 23, 24
ativismo 20, 22

B

burocráticas 22

C

cidadania 12
conceito 9, 10, 12, 36
concretização 8, 11, 14, 15, 17, 20, 34
constitucionais 7, 8, 11, 17, 18, 20, 22, 24, 25
constitucional 18, 20, 24, 36
constitucionalismo 11
constitucionalmente 17, 28, 31
cooperativo 8, 34

D

democrática 25, 32
dignidade 12, 18
direito 8, 11, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 28, 30, 31, 34
direitos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 28, 30, 31, 34, 36
direitos fundamentais 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 20, 24, 28, 30, 36

E

educação 8, 11, 12, 17, 30, 31, 35
executivo 15

F

financeiros 15

G

gestor 7, 12, 13, 14, 15, 18, 21, 29, 31, 34
governamental 11, 12, 16, 35

I

impugnação 17

inconstitucional 23
instituições 22
instrumento 21, 24, 28, 30, 34

J

judiciais 17, 25, 26, 36
judicial 8, 9, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 24, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 34
judicialização 10, 13, 17, 21, 26, 28, 31, 34
judicializada 23
juiz 20, 22, 23, 24, 25
juízo 14, 15, 29, 34
julgamento 25, 28
jurídica 18, 19, 20, 23, 25, 26
juridicamente 11
jurídico 10, 11, 12, 28, 36
jurídicos 13, 20, 24
jurisdição 18
jurisdicional 18, 30
justiça 11, 12

L

legislação 18, 24
legislador 21
legislativa 11, 17, 31
legislativo 15
leis 25
liberdade 10, 20, 23, 25
liminar 25, 26
litígio 21, 23, 32, 34
litígios 16, 23, 24, 31

M

magistrado 13, 17, 18, 22, 23, 29, 30, 31, 34
maternidade 11, 12

N

norma 13, 24
normas 7, 8, 11, 13, 14, 17, 18, 20, 25
normativa 8
normatividade 11, 20

O

orçamentária 19
orçamentárias 15, 18

ordenamento 24

P

paradigmático 17

poderes 7, 8, 9, 14, 15, 16, 18, 25, 28, 29, 34

política 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 23, 26, 27, 29, 30, 31, 34, 35

política pública 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 21, 23, 26, 27, 29, 30, 31, 34

políticas 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 36

políticas públicas 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 36

político 11, 19, 20

políticos 11, 16, 20

prática 8, 22

práticas 7, 13, 14, 16, 34

previdência social 11, 12

princípio 7, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 28, 29, 34

processo 8, 13, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 32, 34

processos 7, 25, 26

processuais 24, 25, 31, 32

processual 21, 24

programa 12, 18, 19, 32, 35

proporcionalidade 13, 16, 18, 19, 24

R

recursos 9, 12, 14, 15, 18, 19, 24, 28, 29, 30, 31, 32

S

saúde 8, 9, 11, 12, 14, 17, 22, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 35

sistema 5, 20, 22, 25, 30, 31, 32, 34, 35

sistema público 22

sociais 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 28, 29, 30, 32, 34

sociedade 8, 9, 12, 19, 20, 25, 26, 29, 32, 34

T

trabalhistas 10, 11

V

violação 7, 8, 15, 16, 17, 29, 34



AYA EDITORA
2023