



Atuação do poder judiciário em matéria de política pública: limites e parâmetros *Judicial review of public policy: limits and parameters*

Anna Beatriz de Vasconcelos Gama Barbosa¹

Aceito para publicação em: 20/06/2024

Área do conhecimento: Direito

DOI: 10.18378/rbfh.v13i2.10586

RESUMO: O presente trabalho se debruça na análise do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 684.612/RJ, que tratou sobre a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas em matéria de saúde consideradas urgentes, em substituição ao juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo. Inicialmente, a pesquisa volta-se para o estudo do ativismo judicial, perpassando pela sua origem e seus conceitos doutrinários, assim como pelos pontos positivos e negativos desse atual fenômeno. Em seguida, passa-se à análise propriamente dita do RE n.º 684.612/RJ, ocasião em que se examina os principais argumentos trazidos no acórdão, tanto no voto vencido do relator Ministro Ricardo Lewandowski, quanto no voto vencedor, redigido pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Em conclusão, captou-se que a intervenção do Judiciário em questões de políticas públicas, em casos de ausência ou deficiência grave do serviço não viola, a princípio, a separação de poderes; essa intromissão deve ser realizada, contudo, com certas balizas, acertadamente elencadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento em questão. O trabalho utiliza o método de revisão bibliográfica e de pesquisa documental, mediante pesquisa descritiva e abordagem qualitativa dos dados obtidos.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Separação de Poderes. Políticas Públicas. Poder Judiciário.

ABSTRACT: The present work delves into the analysis of the judgment of Extraordinary Appeal No. 684,612/RJ, which dealt with the possibility of the Judiciary determining the implementation of public policies in the area of health considered urgent, in substitution for the judgment of convenience and opportunity of the Executive Power. Initially, the research focuses on the study of judicial activism, passing through its origin and its doctrinal concepts, as well as the positive and negative points of this current phenomenon. Next, we proceed to the analysis of RE No. 684,612/RJ, on which occasion the main arguments brought in the judgment are examined, both in the defeated vote of the rapporteur Minister Ricardo Lewandowski and in the victorious vote, drafted by Minister Luis Roberto Barroso. In conclusion, it was found that the intervention of the Judiciary in matters of public policies, in cases of absence or serious deficiency of the service does not, in principle, violate the separation of powers; this interference must be carried out, however, with certain guidelines, accurately listed by the Supreme Federal Court in the judgment in question. The work uses the method of bibliographic review and documentary research, through descriptive research and qualitative approach of the data obtained.

Keywords: Judicial Activism. Separation of Powers. Public Policies. Judiciary.

INTRODUÇÃO

Na conjuntura das relações entre os Poderes Estatais, surge um tema de crucial relevância: a atuação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas. Essa temática, por sua natureza

¹Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-graduada em Advocacia na Fazenda Pública.

complexa, suscita intensos debates entre doutrinadores e juristas, dividindo opiniões sobre o papel que o Judiciário deve desempenhar na garantia de direitos fundamentais, especialmente os sociais, e na construção de políticas públicas eficazes.

O presente trabalho possui como objeto a análise da interferência do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, com o objetivo de investigar limites e balizas para essa atuação.

Inicialmente, traçaremos um panorama geral sobre ativismo judicial, explorando suas origens, conceitos doutrinários e os argumentos que sustentam tanto seus defensores quanto seus opositores.

Posteriormente, a pesquisa se propõe a apurar os limites e parâmetros que norteiam a atuação judicial em matéria de políticas públicas, lançando comentários sobre o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 684.612/RJ pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesta pesquisa, buscaremos tecer reflexões críticas sobre o papel do Judiciário na defesa dos direitos sociais e na construção de políticas públicas eficazes, buscando contribuir para um debate mais profundo e equilibrado sobre essa importante temática.

O trabalho utiliza o método de revisão bibliográfica e de pesquisa documental, mediante pesquisa descritiva e abordagem qualitativa dos dados obtidos.

ATIVISMO JUDICIAL

A noção de ativismo judicial está relacionada a participação mais acentuada e ampla do Poder Judiciário na materialização de valores elencados na Constituição Federal, com uma certa interferência no campo de atuação do Poder Executivo e Legislativo (Barroso, 2009).

Situações de retração do Legislativo abrem espaço para esse fenômeno, conceituado por Barroso como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (Barroso, 2009, p. 17). Assim, para o autor, o ativismo se instala quando há um afastamento entre a classe polícia e a sociedade civil, dificultando a efetividade das reivindicações sociais (Barroso, 2009).

Esse fenômeno encontra as suas origens no direito estadunidense, onde há pelo menos dois séculos os estudiosos vem se debruçando sobre a temática. No Brasil, no entanto, a problemática ganha relevância a partir da Constituição de 1988, quando ocorre um crescimento na participação do Judiciário na concretização de direitos positivados.

Apesar dos diversos entendimentos sobre o conceito de ativismo judicial, Tassinari traz algumas perspectivas de abordagem:

Assim, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras (Tassinari, 2013, p. 22).

Não podemos, aliás, confundir a ideia de ativismo judicial e com a judicialização. Isso porque, apesar de certas semelhanças, elas não possuem, a rigor, as mesmas causas imediatas. A judicialização consiste em “um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política” (Barroso, 2009). Nas palavras de Barroso (2009, p. 19):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Para Barroso (2009), o ativismo possui pontos positivos e negativos: em sua face positiva, o juízo, ao atuar ativamente, está concretizando demandas sociais que não foram adequadamente atendidas pelo Legislativo; já pelo lado negativo, esse fenômeno evidencia o enfraquecimento do Poder Legislativo (Barroso, 2009). Nesse último ponto, o autor, inclusive, propõe a necessidade de uma reforma política, com o objetivo de estimular vocações, aproximar a classe política da sociedade e fomentar a autenticidade partidária.

Em outra perspectiva, Abboud e Mendes (2019, p. 4) rechaçam a ideia de bom e mau ativismo:

Não se pode diferenciar uma espécie boa e outra má. Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto.

Os aludidos autores pregam que o ativismo redunde em uma ingerência insidiosa em face do Executivo e do Legislativo, representando uma postura discricionária do Judiciário. Partem do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988 não contemplou os juízes, diretamente, como agentes de transformação da realidade:

Juízes não são, diretamente, agentes de transformação da realidade. Juízes são protetores do direito, podendo agir, inclusive, de forma contramajoritária para tanto. Juízes asseguram as regras do jogo e a estabilidade democrática, para assim possibilitar que a transformação da realidade opere nas instâncias adequadas. O ativismo, enfim, é

um atalho pernicioso para fazer valer um determinado ponto de vista político, sem que se percorra o imprevisível e necessário caminho do dissenso (Abboud e Mendes, 2019, p. 6).

No mesmo sentido, Streck, Tassinari e Lepper encaram o ativismo judicial como um problema, como uma perigosa interferência judicial vinculada a um ato de vontade do julgador; fala-se, inclusive, em império da vontade, baseado no critério do desejo ou da vontade daquele que julga (Streck; Tassinari; Lepper, 2015).

Por outro lado, Coelho, como defensor do *bom ativismo*, entende que esse não representa nenhum extravasamento de funções do Judiciário, e sim “traduz a indispensável e assumida participação da magistratura na tarefa de construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, completando-lhe a obra e acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo e rápido demais para reger-se por fórmulas ultrapassadas” (Coelho, 2015, p. 19).

Inevitavelmente, haverá sempre nas decisões judiciais uma certa dose de discricionariedade, que poderá ser em maior ou menor grau de acordo com a precisão ou imprecisão do texto legal. Sobre a atividade criativa dos juízes e Tribunais, Nunes explica:

No Estado de Direito atual, não se pode imaginar que os juízes sejam “tão só a boca que repete a lei”, já que não pode ter uma atuação meramente objetiva (ou mecânica), porque não são seres inanimados, mas, ante os desafios sociais que se apresentam, não raro com significativas alterações no tocante à lei posta, devem interpretar e declarar livremente o direito para aquele caso concreto. Aqui reside exatamente a grande margem deixada ao Magistrado, que, se aplicada de forma subjetiva e desgarrada de certos padrões técnicos, certamente desembocará no ativismo judicial (Nunes, 2011, p. 16).

Fato é que o Judiciário brasileiro tem constantemente atuado de maneira ativista, exemplo disso são as diversas decisões judiciais que adentram em matéria de política pública, impondo condutas e/ou abstenções ao Poder Público. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal trouxe, no julgamento do RE n.º 684.612, esclarecimentos acerca dos critérios de atuação dos juízes em situações do políticas públicas, o que será melhor analisado a seguir.

ANÁLISE DO RE N.º 684.612: LIMITES E PARÂMETROS PARA DECISÕES JUDICIAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

O Recurso Extraordinário n.º 684.612, com repercussão geral, tratou dos limites do Poder Judiciário no que toca a imposição de obrigações de fazer ao Estado, especialmente na promoção de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras tendentes a garantir o direito constitucional à saúde.

O acórdão objeto da pretensão recursal havia determinado ao Município do Rio de Janeiro: “(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” (Brasil, 2023).

Em instância extraordinária, o Município alegou violação da decisão à separação de poderes (art. 2º, da CF/88) e ao direito à saúde (art. 196, da CF/88). O ente público invocou que o Judiciário, ao impor determinada solução, na hipótese em que havia duas ou mais alternativas possíveis, implicou em inadequada substituição do juízo de conveniência e oportunidade do Administrador Público pela discricionariedade judicial.

O relator do recurso, Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto vencido, entendeu pela improcedência do recurso, a fim de manter o acórdão impugnado, propondo a seguinte tese: : “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”.

Em sua fundamentação, o Ministro relator destaca que, concomitantemente ao direito subjetivo público à saúde, a Constituição Federal prevê o dever estatal da sua efetiva concretização através de políticas sociais e econômicas (art. 196). Argumenta também sobre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, de modo que esses operam como “verdadeiros imperativo de tutela” (Brasil, 2023).

Especificamente quanto ao direito à saúde, Lewandowski assevera que a sua proteção pressupõe a higidez e o adequado funcionamento do SUS, o que pode se dar pelo viés das receitas da seguridade social ou pelo viés das receitas mínimas em serviços de saúde. Nesse sentido, concluiu em seu voto que:

Justamente pela inequívocidade da diretriz constitucional, bem como por força da incidência dos postulados da dignidade da pessoa humana e da inafastabilidade da jurisdição, não há óbice de nenhum tipo – nem ofensa a nenhum princípio constitucional, tal como o da separação de poderes – ao pleno conhecimento do pedido (Brasil, 2023).

O voto do relator, todavia, restou vencido, prevalecendo o voto pelo provimento parcial do recurso para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem para novo julgamento.

O Ministro Luís Roberto Barroso, redator do voto vencedor, fez uma ponderação acerca da atuação do Judiciário em matérias voltadas para a concretização de direitos fundamentais:

[...] 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 (Brasil, 2023).

O Ministro também fez uma importante ressalva quanto à excepcionalidade da interferência judicial em questões dessa espécie, de modo que o Judiciário não é meio natural de definição de políticas públicas. É fato que o meio mais adequado para que sejam definidos e direitos e obrigações é pela via administrativa e legislativa.

Ainda assim, negar a intervenção judicial em situações de inércia do Poder Público na concretização de direitos fundamentais significaria negar efetividade ao próprio direito constitucionalmente previsto, lhe atribuindo caráter meramente principiológico. Essa ideia foi consignada no voto vencedor: “[...] em cenários em que a inércia administrativa frustra a realização de direitos fundamentais, não há como negar ao Poder Judiciário algum grau de interferência para a implementação de políticas públicas” (Brasil, 2023).

Assim, o primeiro critério elencado na decisão é a comprovação nos autos de “ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público”. Diante da inércia do Poder Público em concretizar direitos fundamentais, especialmente o mínimo existencial, é legítimo ao Judiciário, uma vez provocado, retirar o ente público do estado de inércia.

Sobre o tema, Fazoli e Falavinha (2010) sugerem uma mudança de paradigma, de modo que a ideia, baseada na tripartição de poderes, de que o Poder Judiciário não possui legitimidade para intervir em questões administrativas, como as políticas públicas, já está ultrapassada. Ora, em uma nova perspectiva, os Poderes do Estado continuam devendo respeitar integralmente a lei, mas em especial a lei maior, a Constituição Federal, “possuindo o Poder Judiciário obrigação de intervir, desde que legitimamente provocado, a analisar questões que remontam direitos fundamentais e sociais, como a problemática que envolve as políticas públicas” (Brasil, 2023).

O segundo parâmetro indicado foi “a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os recursos efetivamente existentes”. Para isso, “o órgão julgador deverá questionar se é razoável e faticamente viável que aquela obrigação seja universalizada pelo ente público devedor” (Brasil, 2023).

Em terceiro lugar, Barroso, acertadamente, afirma que cabe ao juízo apenas indicar a finalidade a ser alcançada, e não impor, dentre as diversas alternativas viáveis, aquela que deve

ser escolhida. Isso porque não cabe ao Judiciário intervir no âmbito de discricionariedade do mérito administrativo.

Assim, cabe ao Judiciário, privilegiando medidas estruturais de resolução de conflitos, indicar os problemas estruturais e identificar o resultado a ser alcançado pela Administração. Por outro lado, compete ao Executivo apresentar um plano de ação, com o respectivo cronograma de atuação. Com isso, o STF, em sua decisão, engrandece o diálogo institucional e a resolução consensual do conflito.

Sobre o tema, Nejamim (p. 135) explica que se trata de um modelo “fraco” de intervenção judicial:

Trata-se, como aduzido na decisão em comento, de um modelo “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas, que privilegia medidas estruturais de resolução do conflito. De fato, o modelo fraco de intervenção judicial, aliado à sistemática dos processos estruturais, parece ser uma tendência da moderna legislação, a exemplo do Código de Processo Civil de 20157 e da Lei n. 13.655 de 2018, que alterou a LINDB8, e que vem, aos poucos, sendo implementado pela jurisprudência.

No caso dos autos, o Ministro redator exemplifica que o déficit de profissionais de saúde pode ser suprido por concurso público, mas também por meio da celebração de termos de parceria e contratos de gestão com entidades do terceiro setor, ou ainda, através do remanejamento de recursos humanos (Brasil, 2023). A alternativa a ser implantada deve ser escolhida pela Administração Pública em plano a ser apresentado ao juízo, que deverá apenas avaliar a fiscalizar as providencias a serem adotadas.

Outro ponto destacado na decisão em análise, refere-se à ausência de expertise e capacidade institucional do Judiciário para implementar políticas no âmbito da saúde. Assim, Barroso sugere, para a mitigação do problema, que “a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual” (Brasil, 2023).

Essa é, inclusive, uma das principais críticas sobre a intervenção do judiciário na concretização de políticas públicas. Nas palavras de Casimiro e França (2024, p. 667):

No que concerne ao desgaste do Poder Judiciário, é certo que juízes não têm formação para intervir em questões que demandam conhecimentos técnicos de economia, administração e política, por exemplo. Essa, destaca-se, é uma das principais críticas feitas ao controle jurisdicional de políticas públicas. Cada vez que os magistrados interferem em questões de políticas públicas, sobretudo quando essa intervenção se dá por meio de uma ação estrutural e não de uma ação individual, ocorre um desgaste político-institucional em maior ou menor escala e retomam-se às tradicionais críticas, envolvendo a separação de poderes e a falta de capacidade institucional.

Por fim, destacou-se a necessidade de, sempre que possível, viabilizar a participação de terceiros no processo, seja por *amicus curiae* ou designação de audiência públicas. Essa participação permite uma maior legitimidade democrática à decisão, como também auxilia a tomada de decisões (Brasil, 2023).

Apesar do caso em comento se referir à política pública de saúde, o mesmo entendimento pode ser estendido a diversos outros ramos, como bem entende Mendonça (2022, p. 107):

O Tema 698 foi estabelecido no contexto da política pública de saúde, mas os critérios nele fixados para a judicialização são perfeitamente aplicáveis aos diferentes campos das políticas públicas, contribuindo sobremaneira para a racionalização do processo de controle judicial de tais políticas, a partir de uma perspectiva de efetiva existência de omissão administrativa, visão orgânica das políticas públicas, deferência às escolhas e às capacitações técnicas dos gestões públicos e processo democrático de deliberação.

Em conclusão, consagrou-se o voto “no sentido de dar parcial provimento ao 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”.

CONCLUSÃO

Ao concluirmos esta análise sobre a atuação do Poder Judiciário em políticas de saúde, munidos da análise do RE n.º 684.612/RJ, podemos captar que o tema em questão se configura como um verdadeiro campo minado, repleto de desafios.

De um lado, reside a premente necessidade de garantir a efetividade dos direitos sociais, combatendo a omissão e a ineficiência do Estado. Do outro, surge o imperativo de preservar a harmonia entre os Poderes, respeitando os princípios da separação dos poderes e da reserva do possível.

Nesse cenário, o Poder Judiciário se vê diante da difícil missão de encontrar um ponto de equilíbrio, ponderando os diversos interesses em jogo e buscando soluções justas e eficazes. Cabe ao Judiciário atuar com cautela e moderação, reconhecendo seus limites e agindo em consonância com os princípios constitucionais.

É mister salientar que a atuação judicial em políticas públicas não deve se dar de forma isolada. O Judiciário deve manter um diálogo constante com os demais Poderes, especialmente com o Poder Executivo, buscando soluções conjuntas e harmônicas para os problemas sociais. Essa articulação interinstitucional é fundamental para a construção de políticas públicas eficazes e para a efetivação dos direitos sociais.

O RE n.º 684.612/RJ, nesse sentido, serve como um marco histórico ao reconhecer a legitimidade do Judiciário para intervir em casos de omissão ou ineficiência do Estado na garantia de direitos sociais, mas também ao reafirmar a importância da separação dos poderes e da atuação moderada do Judiciário.

Este trabalho se propôs a oferecer um ponto de partida para essa reflexão, debruçando-se sobre os principais aspectos da temática. Espera-se que ele sirva como um incentivo para o aprofundamento do tema.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Thomson Reuters, Revista dos Tribunais**: vol. 1.008/2019, out./2019.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, n. 13, Madrid, 2009, págs. 17-32.

CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. DECIDINDO QUANDO INTERVIR: CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAR AÇÕES ESTRUTURAIS PRIORITÁRIAS. **Revista Estudos Institucionais**, v. 10, n. 2, p. 661 - 688, maio/ago. 2024.

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**: vol. 05, 2015.

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, Vol. 3, n.01, jan./jun. 2022, p. 105 – 110.

NEJAIM, Eduardo Fontes. Comentários ao Recurso Extraordinário n.º 684.612, julgado em 03 de julho de 2023 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. **Revista Carioca de Direito**, Rio de Janeiro, Vol. 3, n.01, jan./jun. 2022, p. 130 – 147.

NUNES, Luiz Roberto. O Judiciário e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **DPU**, n.º 40, jul.-ago./2011.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**: vol. 05, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 684.612**, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03 de julho de 2023.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.