

Boa tarde a todos aqui em Portugal e bom dia a todos no Brasil.

Cumprimento inicialmente a mesa destes trabalhos: o Diretor da Faculdade de Coimbra Dr. Antonio Eduardo Magalhaes, o nosso anfitrião, Dr. Ibsen Noronha e o colega Desembargador Renato Dresh.

Coube a mim trazer umas breves noções sobre os limites das políticas públicas no Estado brasileiro. O que é ser um juiz no Brasil? Para responder a essa primeira indagação é necessário estabelecer a conceituação e a diferenciação de dois termos muito utilizados no Brasil, que são “judicialização das políticas públicas” e “ativismo judicial”.

Para tanto, trouxe a definição do professor Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal e atual presidente daquela corte, no que concerne à judicialização da política e ao ativismo judicial, nos seguintes termos:

"Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário.

Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo" .

"Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala — e este é o caso do Brasil — em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo judicial é a autocontenção, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes" .

Observa-se, assim, que a marca distintiva entre ambos os fenômenos é clara: o ativismo nada mais é do que uma postura do Judiciário que concebe a interpretação do Direito como ato de vontade do julgador. Interessante, pois são conceitos distintos, mas que caminham lado a lado.

Esses fenômenos, tanto a judicialização das políticas públicas quanto o ativismo judicial, são bastante comuns no Brasil, pois temos uma carta magna altamente dirigente. Dirigente no sentido de que temos vários direitos sociais que grassam por toda a nossa Constituição, tanto explícitos como implícitos, e que nós, juízes, devemos dar concretude a eles. Nós, juízes, garantidores dos preceitos constitucionais, devemos fazer com que esses direitos cheguem, de fato, ao cidadão.

Esse cenário é fruto de certa ineficiência dos demais poderes, Executivo e Legislativo. Justamente esse vácuo, essa omissão existente na atuação dos poderes competentes em

suas respectivas atribuições, é que faz com que haja a necessidade de que o Poder Judiciário atue em sede de políticas públicas.

Como bem disse o Desembargador Renato Dresch, no âmbito do direito de saúde há milhões de ações sobre medicamentos que aportam ao Judiciário, justamente em face dessa ineficiência que existe por parte do Poder Executivo na implementação das políticas públicas referentes a esse direito.

Então, não podemos criticar um juiz que cumpre sua função constitucional, pelo fato de ele atuar em prol de efetivar aquilo que determina a Constituição. Por isso que o termo “ativismo judicial”, para adjetivar a postura proativa assumida pelo juiz quando se depara com essa ineficiência do poder público, seria “positivo”, pois se volta a dar concretude aos direitos sociais estabelecidos, para que cheguem ao cidadão.

Nesse aspecto histórico, como disse professor Ibsen Pinheiro, a questão do jusnaturalismo é marcada na ordem constitucional brasileira, na medida em que o neoconstitucionalismo propiciou a aproximação do Direito e da Moral. Valores como a dignidade da pessoa humana e o bem-estar do indivíduo, instituídos na Constituição, passam a ser levados em conta não só como normas programáticas ou meras intenções políticas, mas como normas de caráter cogente a serem cumpridas de modo que os direitos sejam tutelados.

Por isso que a judicialização e o ativismo judicial, embora sejam conceitos distintos, andam *pari passu*, no nosso ordenamento jurídico.

Na sequência, trago algumas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto a essa ingerência positiva em matéria de políticas públicas, com alguns julgados paradigmáticos, para verificarmos a forma pela qual foi estabelecida essa necessidade de intervenção do Poder Judiciário, justamente em função desse vácuo deixado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, que não atuaram onde deveriam fazê-lo.

Até porque diferentemente da Europa, é sabido que vivemos em um país de profundas desigualdades sociais e esse cenário é levado em conta para implementação desses direitos estabelecidos constitucionalmente. Nós, juizes, não podemos ter uma postura “self restrain”, ou seja, de autoconstrução, em determinadas matérias, justamente porque temos um dever constitucional de implementar tais direitos sociais.

Tivemos, por exemplo, um primeiro caso, da relatoria do Ministro Celso Melo, em que foi declarada inconstitucional a lei de diretrizes orçamentárias, uma vez que uma verba destinada à saúde estava sendo ilegalmente diminuída. O ministro vedou condutas que revelassem uma “manipulação financeira e político-financeiro”. Essa ingerência do Poder Judiciário se mostrou extremamente positiva, pois busca favorecer o cidadão, evitando manobras orçamentárias que lhe suprimam direitos, fundamentadas em jargões genéricos e evasivos como a “reserva do possível”, as “limitações orçamentárias”, o que não pode ser admitido quando o tema é a implementação de direitos sociais.

Outro exemplo refere-se aos sistemas prisionais, ocasião em que houve uma importante atuação da excelsa corte, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio e que trouxe do sistema colombiano o conceito de “estado de coisas inconstitucional”. Nessa situação, verificou-se

que o sistema carcerário estava totalmente desestruturado, um verdadeiro caos, e que era necessário que todos os poderes fizessem a “mea culpa” quanto às suas condutas omissivas, inclusive o Poder Judiciário. Foi nessa ocasião em que se introduziram no sistema brasileiro as audiências de custódia, de modo que aquelas pessoas presas em flagrante delito deveriam ser imediatamente apresentadas às autoridades judiciárias competentes. Essa decisão foi de grande relevância para que os Poderes e a sociedade voltassem os olhos para o sistema prisional, segmento onde normalmente não há legislação, inexistem políticas públicas e o Judiciário é omissivo. Por isso, foi tão necessária a intervenção do STF.

Outra importante atuação se deu na seara do direito à educação. Os pais precisam trabalhar e, por conta disso, há a necessidade de existirem creches onde possam ser deixadas crianças de 0 a 5 anos. Houve a intervenção do Supremo Tribunal Federal para que o Poder Executivo implementasse a política pública de construção de creches para assistir às crianças nessa faixa etária.

Devemos pensar novamente na nossa desigualdade social, em que a maior parte das famílias brasileiras não tem condições financeiras de manter uma pessoa cuidando dos filhos, enquanto os pais saem para o trabalho. A política pública tinha que ser concretizada, tal qual determina a Constituição em seu art. 7º, inciso XXV.

Outro caso interessante foi o do *home schooling*, em que não houve o reconhecimento dessa forma de educação nos domicílios como um direito exigível. O relator foi o Ministro Barroso que saiu vencido justamente por concluir que o *home schooling* seria um direito tutelável que não correspondia à “resposta correta para esse caso”, como menciona o doutrinador Lênio Streck. Isto porque, ainda que o classificássemos como fundamental com exigibilidade, esse direito esbarraria na impossibilidade de ser universalizável. Ser universalizável significa dizer que esse pedido pode ser, em situações similares, deferido às demais pessoas. Por certo não se trata de um direito universalizável. Isto porque as famílias desprovidas de recursos financeiros não conseguirão educar seus filhos em seus lares. Só os mais abastados teriam como contratar professores particulares, o que é restritivo. Não se trata, portanto, de um direito que todos possam exercer e, com isso, quebra-se a ideia de ser um direito que deva ser constitucionalmente concedido. Ainda, para atender ao direito ao *home schooling*, haveria uma transferência ilegal ou inconstitucional de recursos, o que fere a igualdade e a isonomia. Não temos recursos suficientes. Instituir um sistema de educação em domicílio exigiria uma fiscalização contínua e isso implicaria deslocar recursos do sistema do ensino tradicional para aquela outra atividade. Assim, desfalcaríamos o ensino tradicional para implementar o ensino em domicílio, o que violaria o tratamento igualitário a todos.

Por tudo isso, a resposta correta dessa ingerência do Poder Judiciário perpassa por estabelecer premissas, métodos e questionamentos para verificar se a decisão é passível de universalização, de forma que caiba em toda e qualquer outra situação. Do contrário, não deve haver essa interferência, pois gera uma insegurança jurídica com decisões diversificadas, multifacetadas e que desestruturam a política pública adotada o Poder Executivo. Então teremos que tomar cuidado para que as decisões sejam generalizáveis, que possam ser implementadas sem desmantelar uma política pública já existente.

Um último caso, recentíssimo, de 20.06.2023, também de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso: foi interposta uma ação civil pública para que o Estado do Rio de Janeiro fosse obrigado a contratar médicos e assistentes para o Hospital Salgado Filho.

Esse caso foi paradigmático, pois se iniciou com o Relator Ministro Ricardo Lewandowski julgando procedente o pedido, mas sob uma ótica bastante individualista do processo civil, para que fosse realizado concurso público destinado à contratação de médicos para o referido hospital.

O voto vencedor foi do Ministro Luís Roberto Barroso, que divergiu para concluir que não devemos intervir a esse ponto. Em outras palavras: a forma, os meios pelos quais a política pública é implementada deve ficar a cargo do Poder Executivo. O importante do voto é que traça um método pelo qual o Judiciário pode interferir, sempre observando a capacidade institucional do ente; o princípio da deferência. Assim, aceita-se a intervenção, mas sem indicar a forma pela qual a política pública vai se efetivar, devendo ficar essa questão a cargo do Poder Executivo. A busca pela resposta correta volta-se para a definição de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas, com vistas à concretização de direitos fundamentais, mas sem desconsiderar o espaço de discricionariedade do administrador para a definição e a implementação de políticas públicas.

Nesse julgamento, o voto vencedor trouxe os seguintes parâmetros: i) que 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; ii) – que 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 defina os meios adequados para alcançar o resultado.

Assim, no caso do hospital do Rio de Janeiro, se a contratação de novos médicos vai ser por concurso público ou outra forma, o meio para a consecução desse objetivo fica a cargo do Executivo. O Judiciário vai intervir pontualmente para definir se é necessária a política pública, mas sem estabelecer os meios, a forma como isso se fará. O grande mérito desse voto foi a tentativa de estabelecer critérios para a judicialização das políticas públicas.

Para finalizar, é importante pontuar que temos um problema no processo civil, que é todo estruturado sob uma ótica individualista. Como então fazer a execução desse tipo de sentença? O processo civil é formulado a partir de um pedido certo e determinado; a execução é toda voltada para uma questão pontual e individual — e não temos uma forma de tratar os chamados litígios estruturais, como os grandes problemas da saúde, da educação, prisional dentre outros tantos.

Como implementar tudo isso dentro do processo civil é algo bastante complexo e nebuloso. Um litígio estrutural pressupõe uma sentença colaborativa, novas modalidades de intervenção de terceiro e até mesmo de flexibilização do procedimento. Esse redesenho deve ser objeto de atenção dos operadores do Direito, quando se deparam com decisões que envolvam grandes problemas estruturais. Ainda não temos soluções, mas é importante refletir sobre o tema, pois, do contrário, teremos decisões muito bonitas determinando a implementação de uma política pública, mas dotadas de pouca efetividade. As decisões

devem ser justas e eficientes, para o cumprimento da diretriz constitucional de construirmos uma sociedade livre justa e solidária.

Obrigada.

Lilian Maciel Santos