

Gabriel de Carvalho Fernandes

A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS A DIREITOS SOCIAIS

Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito público - SBDP, sob orientação da professora Luciana Silva Reis.

SÃO PAULO 2014 Resumo: Ao julgar políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal necessita se legitimar institucionalmente para evitar ingerências em outros poderes. A pergunta que guia a monografia é a seguinte: de que maneira os ministros justificam a atuação da corte em casos de judicialização de políticas públicas? Para responder esta pergunta, foram pesquisados casos em que o Supremo foi confrontado com demandas referentes à judicialização de direitos sociais, de maneira a se perceber de que maneira o Supremo constrói argumentativamente a legitimidade de sua competência. Foram encontrados nos acórdãos essencialmente três argumentos – o da "vedação à lírica constitucional", o argumento "metodológico" e o argumento da "vedação à individualização de direitos sociais". Estes argumentos foram comparados e a jurisprudência foi analisada de maneira crítica. Ao final, a hipótese sugerida é a de que o tribunal atua em dois planos. No primeiro, é um defensor em concreto dos direitos sociais constitucionalmente previstos; no segundo, constrói em abstrato sua legitimidade para ocupar novos espaços institucionais.

Acórdãos citados: STA 175 AgR/CE; SL 47 AgR/PE; RE 368.564; RE 642.536 AgR/AP; ADPF 45/DF; STA 223 AgR/PE; AI 734.487 AgR/PR; RE 607.381 AgR/SC; AI 750.768 AgR/BA; AI 829.984 AgR/GO; RE 581.352 AgR/AM; ARE 740.800 AgR/SP; RE 410.715 AgR/SP; Re 595.595 AgR/SC; RE 594.018 AgR/RJ; RE 603.575 AgR/SC; ARE 639.337 AgR/SP; ARE 635.679 AgR/GO; AI 809.018 AgR/SC; ARE 761.127 AgR/AP; RE 367.432 AgR/PR; RE 559.646 AgR/PR; AI 810.410 AgR/GO; RE 723.578 AgR/RN; AI 593.676 AgR/RS; RE 417.408/RJ; RE 563.144 AgR/DF; RE 658.171; AI 835.956 AgR/MA; RE 763.667 AgR/CE; AI 598.212 ED/PR; AI 739.151 AgR/PI; AI 708.667; RE 700.227 ED/AC; RE 440.028 SP; RE 628.159 AgR/MA.

Palavras-chaves: Supremo Tribunal Federal; políticas públicas; direitos sociais; separação de poderes; "legitimação institucional".

Agradecimentos

Este é o momento conclusivo do que espero ser minha primeira incursão – e talvez assim se justifique o nome *iniciação* – no mundo da pesquisa científica. Uma das principais lições para nós, iniciantes, foi a de que um trabalho nesses moldes sempre se insere em um contexto de outras pesquisas, participando de um diálogo onde hipóteses são testadas, comprovadas ou rejeitadas. De fato, entretanto, aprendi que uma empreitada como esta está longe de ser uma atividade solitária por outros modos: ao longo de um ano de Escola de Formação, adquiri um débito com inúmeras pessoas as quais de uma forma ou de outra possibilitaram a escrita desta monografia.

Devo meu interesse inicial ao professor Carlos Ari Sundfeld, que me apresentou a Escola de Formação e soube primeiro me desincentivar para em um segundo momento me encorajar a se inscrever no processo seletivo. Posteriormente, a professora Vera Monteiro também não só me incentivou, como me recomendou no processo seletivo. Sou grato a ambos pelo apoio. Já na Sociedade Brasileira de Direito Público, tenho que agradecer a Roberta Sundfeld e a Isadora Meirelles por manterem um ambiente tão alegre e receptivo nas noites de estudo. Devo agradecer também a Bruna Pretzel e a Beatriz Dalessio por possibilitarem um ano de curso tão incrível. Ao professor Glauco Peres pelas aulas incríveis de metodologia. Ao André Rosilho também gostaria de agradecer pelo bom-humor das aulas de direito constitucional de segunda a noite. À Luciana Reis, gostaria de agradecer a orientação tão cuidadosa e paciente deste inseguro e ansioso orientando. Espero que esta monografia faça jus a todos os cafés em que ela foi debatida, criticada e revisada. Muito do mérito deste trabalho se deve a você. Os comentários de Ivan de Franco, do mesmo modo, só enriqueceram a pesquisa, que não seria a mesma sem sua arguição.

Aos meus pais, André e Flávia, e minha irmã, Marina, devo minha curiosidade e a liberdade para buscar minha auto-realização. Melina, devo a você pelas aulas de hermenêutica sentimental. Sou grato a vocês quatro de formas que não posso expressar em palavras. *The last, but not the least*, gostaria de agradecer a todas as queridas amizades, novas e velhas, que

dividiram comigo a experiência da Escola de Formação de 2014. Só vocês sabem o que foi fazer parte desta aventura...

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS	E O
JUDICIÁRIO	6
1.1. JUSTIFICATIVA	6
1.2. O QUE ESTÁ NAS ENTRELINHAS? TEMA E PROBLEMA DE PESQUISA	7
1.3. ARGUMENTO, HIPÓTESE E PERGUNTAS	12
2. METODOLOGIA	14
2.1. "LEGITIMAÇÃO INSTITUCIONAL": OS PRESSUPOSTOS DO TRABALHO	15
2.2. COLETA E ANÁLISE DE JULGADOS	17
2.3. GARIMPO DE TERMOS NO REPOSITÓRIO JURISPRUDENCIAL	PARA
CONSTRUÇÃO DE UM CATÁLOGO DE DECISÕES	18
3. A CONSTRUÇÃO ARGUMENTATIVA DA LEGITIMII	DADE
INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CASO	S DE
JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	21
3.1. O PERFIL DOS CASOS COLETADOS	22
3.2. Perfis de argumentação encontrados	24
3.2.1. O ARGUMENTO DA "VEDAÇÃO À LÍRICA CONSTITUCIONAL"	26
3.2.2. O ARGUMENTO DA "VEDAÇÃO À INDIVIDUALIDADE DE DIREITOS SOCIAIS"	36
3.2.3. O ARGUMENTO "METODOLÓGICO"	38
4. COMPARANDO OS ARGUMENTOS	42
5. CONCLUSÃO: LATE, MAS NÃO MORDE?	47
6. BIBLIOGRAFIA	49
7. ANEXOS	53
7.1. ANEXO I – CATÁLOGO DE DECISÕES	53
7.2. ANEXO II - FICHAMENTOS	55

1. Introdução: direitos sociais, políticas públicas e o judiciário

Ao julgar políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal necessita se legitimar institucionalmente para evitar ingerências em outros poderes. Esta monografia pretende averiguar a "legitimação institucional" do Supremo Tribunal Federal no julgamento de políticas públicas. De que maneira os ministros justificam a atuação da corte em casos de judicialização de políticas públicas? A resposta desta pergunta será dada a partir da análise de casos do tribunal, em um trabalho tipicamente empírico de análise qualitativa.

Antes de passar ao trabalho de fato, permita-me realizar um breve plano de voo. Nesta seção introdutória, realizarei uma breve justificativa da escolha do tema, além de sua apresentação de maneira problematizada. Na sequência, será mostrado o problema de pesquisa, com as perguntas que o circundam e algumas hipóteses por mim estabelecidas, como também de que maneira o trabalho se insere em uma discussão mais ampla, precipuamente normativa, acerca da atuação do Supremo. Após este primeiro momento, na seção seguinte serão feitas algumas digressões metodológicas, de forma a se demonstrar como o trabalho foi conduzido. Nesse sentido, tentarei esclarecer o que entendo por "legitimação institucional" e como foi realizada a busca dos acórdãos. Após esta seção metodológica, serão apresentados os resultados da coleta de casos, através de um perfil dos temas encontrados e dos principais litigantes. Somente então haverá a exposição dos tipos de argumentos usados para a construção da legitimação institucional do Supremo em casos de implementação e omissão de políticas públicas. Por fim, os argumentos são comparados criticamente a fim de se fazer um balanço acerca da jurisprudência do Supremo sobre o tema.

Exposto o caminho da monografia, mãos à obra!

1.1. Justificativa

A principal inquietação que me leva ao tema dos direitos sociais é o abismo existente entre o texto constitucional e a realidade socioeconômica brasileira, e o debate de como devem ser operacionalizados os direitos

sociais previstos em políticas públicas constitucionais. A Constituição de 1988 garante uma série de direitos sociais em seu art. 6º (bem como em diversas outras passagens), entre eles o direito à saúde, moradia, educação... Ainda assim, problemas são enfrentados, como a baixa taxa de matrícula de educação básica, o baixo aumento de frequência escolar no ensino médio, ou ainda o não-atingimento de metas internacionalmente estabelecidas pelo país na área da saúde. De certa maneira, há uma demanda por justiça nesta área, a partir da qual muitos eixos de estudo do tema surgem.

Concomitantemente, ao se estudar o Supremo, em muito se discute função no julgamento de políticas públicas. Um tanto quanto misterioso, este papel que é extensamente debatido em planos normativos², não aparece muito como objeto de pesquisa empírica, ainda que já tenha sido até tema de arguição de descumprimento de preceito fundamental na corte.³ Se na teoria o papel institucional do STF é controvertido no que diz a respeito políticas públicas, na prática a Corte vem independentemente decidindo as demandas que são a ela apresentadas. Como toda a decisão judicial necessita ser motivada, a análise de argumentos que justifiquem a posição do STF nestes casos pode contribuir para a compreensão do atual papel do tribunal no arranjo institucional político brasileiro.

1.2. O que está nas entrelinhas? Tema e problema de pesquisa

É possível rastrear a origem da judicialização de políticas públicas à profunda e persistente desigualdade da sociedade brasileira. Se esta já opera efeitos malignos na operação do ordenamento jurídico brasileiro, 4 também é perseguida por ele, figurando como objeto da legislação social do

¹ Ver os capítulos "Educação" e "Saúde" da Síntese de Indicadores Sociais, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, disponível em http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf. Acessado em 20-06-2014. Foram elencados apenas alguns exemplos de inúmeros outros desafios sociais que o país deve superar.

² A discussão acerca de ativismo judicial e judicialização da política será abordada mais a frente. Vale ressaltar desde já que esta pesquisa não parte de um pressuposto vinculado a estas questões normativas e também não pretende auferir se o STF "é ativista".

³ A ADPF n. 45, do min. Rel. Celso de Mello.

⁴ Oscar Vilhena Vieira aponta a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados que corrompe a imparcialidade da lei. Vieira, 2007.

país. Em 1988, após duas décadas de regime militar, foi promulgada pela Assembleia Constituinte uma nova Constituição Federal. Reagindo à um passado autoritário e abusivo, bem como um histórico de desigualdades sociais, a nova Carta é marcada pela garantia de inúmeros direitos civis, políticos, econômicos e sociais.

Deste rol de direitos que estrelam a Constituição, preocupo-me com os direitos sociais. Pode-se conceituar um "direito social" ⁵ a partir da oposição com aqueles entendidos como "direitos individuais": estes, de "primeira geração", ⁶ têm objetivo de garantir uma esfera de autonomia aos indivíduos, no interior do qual o Estado não deve interferir – são exemplos a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, etc. A eles, se contrapõe um dever negativo ao Estado de "não-fazer", como impor censura em determinadas pautas ou privilegiar uma religião exclusivamente. Nesse sentido, pode parecer intuitiva a pressuposição de que estes direitos individuais (que se opõe às obrigações de "não-fazer" do Estado) não exigem a alocação de recursos governamentais, uma vez que seu controle jurisdicional não interfere em questões orçamentárias ou na definição de políticas públicas. Bastaria ao Estado não interferir em sua realização.⁷

Ora, se a oposição entre direitos sociais e direitos individuais é verdadeira, direitos sociais, portanto, seriam aqueles que, como o direito à saúde ou à educação, têm uma estrutura de aplicação distinta da obrigação

-

⁵ Abramovich e Courtis compreendem que a expressão "direitos sociais" tem um significado amplo, que se remete a todos os direitos arrolados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A expressão seria intercambiável com "direitos econômicos, sociais e culturais". Ver Abramovich e Courtis, 2002: p. 19. A conceituação clássica na doutrina brasileira, mais restrita, entende que "os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade". Silva, 2012: pp. 286-287. Vale ressaltar, quanto à esta definição, a constatação de Thiago Acca, de que "não há um debate com José Afonso da Silva sobre qual seria a definição mais adequada de direitos sociais. O conceito de direitos sociais é apresentado sem qualquer discussão. Mesmo a aceitação de tal fórmula deveria ser justificada. Nesse ponto, a postura da doutrina dos direitos sociais não é a de quem produz conhecimento, mas de quem simplesmente o reproduz". Acca, 2013: p. 110.

⁶ Virgílio Afonso da Silva auxilia a conceituação, trazendo a noção francesa de "liberdades públicas" e alemã de "direitos de defesa". Silva, 2008: p. 589.

⁷ O argumento pode ser originalmente encontrado em Silva, *op. cit.*: p. 589.

estatal de "não-fazer". Direitos sociais são aqueles que requerem, assim, a ação estatal para serem garantidos – hospitais devem ser construídos e mantidos, profissionais da área da saúde devem ser contratados e material hospitalar adquirido, necessidades estas traduzidas em valores vultuosos tirados de cofres públicos. O administrador público, ancorado em uma realidade de recursos escassos, deve optar como e onde os recursos devem ser utilizados. A obrigação de "fazer" imposta por estes direitos sociais se torna possível à medida em que é determinada por políticas públicas. Justamente por dependerem da elaboração de uma política pública, que defina limites orçamentários e prioridades a serem alcançadas, é intuitivo dizer que direitos sociais são direitos mais custosos que aqueles entendidos como direitos civis, justamente pela obrigação afirmativa que exigem para serem realizados.⁸

O judiciário brasileiro vem sendo confrontado cada vez mais com demandas de concretização direta de direitos sociais assim entendidos: são apresentadas demandas muitas vezes individuais (ainda que também existam as coletivas) em busca de serviços públicos prestados pelo próprio

⁸ Em um pequeno aparte, aponto que esta definição é controversa. Em publicação relevante para questão da justiciabilidade dos direitos sociais, Abramovich e Courtis argumentam que a concreção de direitos sempre exigirá algum custo, seja para direitos sociais, seja para direitos civis. Para os autores, a criação e manutenção de instituições políticas, judiciarias e policiais, necessárias para a garantia de direitos, implicam em gastos para o Estado (Abramovich e Courtis, op. cit.: p. 23). Dessa forma, contra-intuitivamente, as liberdades do cidadão frente à Administração, para sua devida garantia, "pressupõe a criação das respectivas condições institucionais por parte do Estado (existência e manutenção de tribunais, estabelecimento de normas e registros que confiram relevância jurídica à decisão matrimonial ou ao ato de associação, convocação de eleições, organização de um sistema de partidos políticos etc.)" (idem, tradução livre minha). Não haveria, portanto, sob esta ótica, distinção de direitos com base no binômio "fazer"/"não-fazer", pois ambos acarretam em custos. Entendo que, diferentemente do que os dois autores sustentam, há sim uma distinção entre direitos sociais e civis baseada no custo de sua realização. É certa a tese de que a garantia de qualquer direito gere um custo, como também não deixa de ser correta a intuição de que a realização de um direito social custa mais dinheiro. Isto pois, essencialmente, custos institucionais - a criação e manutenção de instituições políticas, judiciarias e policiais - necessários para a garantia de direitos civis também são necessários para a garantia de direitos sociais. Uma réplica de qualidade ao argumento de Abramovich e Courtis pode ser lida em Silva, op. cit., 593 e ss. A objeção vai no sentido de que esse tipo gasto, uma vez diluído para a efetivação de qualquer tipo de direito, não deve ser levado em conta na comparação, de forma que a primeira intuição, que direitos sociais são direitos mais custosos que aqueles entendidos como direitos civis, permanece verdadeira. Quanto a isto, faço uma ressalva, no sentido de que a constatação de que a prestação direitos sociais são mais onerosos não conduz ao argumento de que por isso a Administração Pública idealmente não deveria garanti-los, quando em comparação com direitos individuais. Tal caminho, ideologicamente enviesado, simplesmente ignoraria o texto constitucional, e em nada colaboraria para uma maior compreensão do tema.

Estado. Este fenômeno é fundamental quando se toma o histórico da justiça social brasileira em perspectiva, e sua vinculação aos chamados direitos fundamentais. Isto pois leva-se ao judiciário demandas que antes eram discutidas no âmbito legislativo e implementadas por gestores do executivo. Questões e argumentos antes inéditos – como o do orçamento da administração pública – devem ser agora enfrentados pelos magistrados.

Notadamente, é assim um tipo de provocação que se distingue da tradicional contenda entre partes privadas. O tipo de solução requisitada por essas demandas – a elaboração e/ou concretização de políticas públicas – foge do modelo típico de adjudicação que o magistério acostumou-se a fazer⁹, muitas vezes envolvendo uma "escolha trágica"¹⁰: a situação de conflito enfrentada pelo julgador, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer com a própria implementação de direitos sociais constitucionalmente assegurados, que resulte em contexto de antagonismo que impõe, ao Estado, o encargo de superá-lo mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes.¹¹

A questão é relevante, e enseja inúmeras abordagens, entre as quais geralmente são consagradas as teorias referentes à judicialização de políticas públicas, postulando ora o ativismo, ora a deferência judicial. Ao longo da última década, a pesquisa no direito, quando recai no Supremo Tribunal Federal (STF), busca identificar o papel que esta instituição exerce na conjuntura política nacional, seja como órgão de cúpula do poder judiciário, seja como intérprete da Constituição federal. Ao ser instado a decidir sobre temas de alta relevância na esfera pública (decisões recentes abordaram a legalidade da união homoafetiva, a demarcação de terras indígenas, a pesquisa com células-tronco, o aborto de anencéfalos, o julgamento de escândalos políticos, a implementação de cotas em

-

⁹ Lima Lopes, 2006: p. 120.

Definição trazida pelo ministro Celso de Melo, ao julgar o ARE 639.337 AgRg SP/2011, p.
 O conceito, em literatura econômica, pode ser visto em Calabresi e Bobbit, 1978.
 Através desta perspectiva, por exemplo, Holmes e Sunstein sustentam que que todas as

dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, ressaltando a relevância do tema da reserva do possível, principalmente ao evidenciar a escassez dos recursos e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir das matrizes das finanças públicas, que levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez. Holmes e Sustein, 1999.

universidades, como também contemplaram reformas do sistema eleitoral, como a lei Ficha Limpa, a proibição de doações para campanhas e a fidelidade partidária), o tribunal não só ganha espaço na agenda política brasileira, como é superexposto na mídia.

Desta forma, este interesse se justifica pelo protagonismo cada vez maior da Corte como órgão de tomada de decisões em casos de judicialização de políticas públicas que buscam concretizar direitos sociais constitucionalmente previstos. Hoje, se discute o que seria uma expansão do poder judiciário, principalmente sobre a alcunha de "judicialização da política" ou "ativismo judicial". 12 Este tipo de compreensão da atuação jurisdicional do Supremo – um pressuposto normativo que se expressa nos termos desta dicotomia 13 – se mostra relevante a partir do momento em que se considera que a elaboração e/ou concretização de políticas públicas no poder judiciário seria uma ingerência em uma atividade tipicamente administrativa ou legislativa. Haveria, alega-se, de maneira genérica e subreptícia, uma violação na separação institucional de poderes prevista no texto constitucional, pois a aplicação de direitos sociais dependeria de sua previsão legislativa e concretização pela mão de gestores públicos – questões estas intuitivamente fora da alçada de competência do tribunal.

Quanto a este argumento, devo dizer que não se pretende aqui, e tampouco cabe, uma defesa da teoria clássica da separação de poderes. Pelo contrário, se algum pressuposto deve ser assumido, talvez seja o de que o sistema de freios e contrapesos de Montesquieu, e sua versão repensada pelos federalistas norte-americanos, é apenas um modelo de arranjo institucional que a tripartição de poderes permite – tanto o é que hoje não se cogita mais defender um judiciário como originalmente foi pensado, apenas a *bouche de la loi*. Dessa forma, esta pesquisa pretende

¹² Chegou-se a falar em "Supremocracia", ver Vieira, 2008. Cf. também Sundfeld e Pinto, 2012; Nobre e Rodriguez, 2011; Vianna e Burgos, 2007; Veríssimo, 2008; e Koerner, 2013. ¹³ Termos que me parecem duas faces de uma mesma moeda, vale dizer. Quando me referir à "judicialização de políticas públicas", estarei usando o conceito de maneira meramente descritiva, no sentido de que demandas que se relacionam com tais políticas são apresentadas ao judiciário. Não atrelo a ele, ao menos de maneira consciente, nenhuma carga normativa.

Nas palavras de Nobre e Rodrigues, "O sentido de *O espírito das leis* nunca foi afirmar os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, como a essência do Estado de direito, mas sim mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de

somente analisar como o Supremo se posiciona argumentativamente neste arranjo.

Portanto, o estudo dos argumentos fornecidos pela corte para sua legitimação institucional é relevante para avaliar de que forma o STF vê suas funções no arranjo de poderes hoje configurado pelas instituições brasileiras. O que isto significa, na prática? Este trabalho não se pretende entrar neste polêmico debate travado em âmbito teórico-normativo acerca de "se o Supremo é ativista ou não". O trabalho se baseia em uma realidade inconteste de que são levados ao tribunal constitucionalmente previstos. Estas demandas, cujo fim é a concreção destes direitos, são levadas ao judiciário e respondidas de alguma forma pelo órgão jurisdicional. Isto, vale deixar claro, não é um pressuposto normativo adotado pela pesquisa: independentemente de se idealmente o judiciário deveria estar ou não realizando este tipo de prestação jurisdicional, o fato é de que uma vez que tais demandas chegam a ele, a instituição necessariamente deve adereça-las. Nesse sentido, o objeto por excelência deste trabalho são a motivação e as justificativas dadas pelos ministros do Supremo quando julgam estas demandas acerca da atuação do próprio tribunal, e não a proposição de argumentos teóricos acerca de qual posição institucional a corte deveria ocupar.

1.3. Argumento, hipótese e perguntas

Entretanto, para realizar este tipo de prestação jurisdicional, como já referido, o Supremo deve arcar com um ônus argumentativo que lhe dê legitimidade para superar a intuição inicial baseada na doutrina da separação de poderes de que qualquer decisão acerca da elaboração e/ou concretização de políticas públicas estaria fora de sua alçada. Nesse sentido, mais do que fundamentar o conteúdo substancial das decisões, deve haver um esforço do tribunal em explicitar sua competência acerca

polos de poder absolutos, sem nenhum controle. Não é necessário que os poderes sejam três e que funcionem de acordo com a lógica naturalizada da separação de poderes. O ponto central é armar uma trama institucional que não admita o arbítrio, independentemente de qual desenho se venha a adotar". Nobre e Rodrigues, op. cit.: p.10.

destes casos. Este ônus argumentativo adicional é a forma pela qual a Corte constrói sua legitimidade.

Este trabalho pretende justamente compreender a legitimação institucional do Supremo Tribunal Federal no julgamento de políticas públicas: de que maneira os ministros justificam a atuação da corte? O que se busca é reconstruir como o STF estabelece sua própria legitimidade frente as outras instituições no ao responder demandas de políticas públicas constitucionais judicializadas. A posição institucional do tribunal é pensada sob a ótica de separação de poderes? Esta questão é enfrentada pelos ministros? Quais são os argumentos apresentados nos votos? De que forma a existência ou inexistência de políticas públicas pode influenciar a decisão?

Este tipo de pergunta não é geralmente aquela enfrentada por pesquisas da área, que se dedicam majoritariamente ao mérito propriamente dito da decisão ou à técnica de interpretação utilizada para o julgamento. ¹⁵ Acredito, entretanto, que esta análise da legitimidade institucional que o Supremo possa ter relação íntima com o mérito dos casos, de forma que a primeira seja apenas o primeiro passo de uma caminhada que se encerra na segunda. Ao se identificar um discurso de concretização de direitos no tribunal, que entende sua função como a de defesa de direitos individuais, por exemplo, não surpreende o diagnóstico já feito em outras instâncias do judiciário, de que ainda que o direito à saúde seja essencialmente coletivo, os casos geralmente são tratados como se fossem problemas semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais. ¹⁶

Por "legitimação institucional", então, como se verá a seguir, eu me refiro aos argumentos dados pelos ministros e a racionalidade jurisprudencial a partir da qual o STF articula competência para decidir casos referentes à políticas públicas. ¹⁷ Minha hipótese é a de que o Supremo se move principalmente a partir de um discurso de que, a

¹⁵ No âmbito da Escola de Formação, por exemplo, trabalhos já abordaram a utilização de argumentos fáticos pelo Supremo, a interpretação de normas por racionalidades não-jurídicas, bem como também o uso dos conceitos de reserva do possível, custos de direitos e recursos escassos pelo tribunal. Ver, respectivamente, Oliveira, 2008; Gemignani, 2005; e Wang, 2006.

¹⁶ Ferreira, 2005: p. 412-415.

¹⁷ O significado do termo "legitimação institucional" no contexto da jurisprudência do STF, bem como seu papel neste trabalho, será melhor explicitado mais a frente, na seção 2.1.

despeito de qualquer objeção, direitos constitucionais devem ser concretizados pelo poder judiciário – de modo a não apontarem um óbice para a atuação da corte a existência ou não de políticas públicas acerca do tema.

2. Metodologia

A resposta das perguntas enunciadas não deve ser descuidada. Para alcançar o que se propõe de maneira científica, portanto, esta pesquisa deve estar ancorada em sólida base metodológica, de modo que seu método seja replicável, e sua solução coerente com o material coletado. O estudo foi desenvolvido de maneira descritiva, de modo que foi possível identificar a proporção de casos em que tais justificativas surgem e ainda quais são os casos relevantes na jurisprudência do Supremo - se e quais são os casos paradigmas; 18 quais argumentos são os mais frequentes – e se sua ocorrência é relacionável à fatores do julgamento, como determinados pedidos, questões jurídicas ou ministros específicos. Também, buscou-se uma comparação entre áreas, de forma que se possa identificar se justificativas, por exemplo "de saúde", se distinguem ou não de justificativas "de educação", e caso sim, de que maneira o fazem. Por fim, a resposta a questão inicial de qual maneira os ministros justificam a legitimação institucional da corte em casos de judicialização de políticas públicas foi dada em dois âmbitos, que serão mais bem explorados na seção de comparação dos argumentos e na conclusão da pesquisa.

O principal recorte realizado foi o de que a pesquisa apenas incorreu acerca de julgamentos do Supremo sobre direitos sociais cuja concreção seja contemplada por uma política pública. Ou seja, analisou a judicialização de políticas públicas voltadas para a realização destes direitos. Esta escolha se justifica pelo vultuosa jurisprudência da corte no que se refere ao tema de políticas públicas. Foi realizada uma escolha de análise de "políticas públicas" ao invés de circunscrever o estudo a apenas

¹⁸ Por decisão paradigmática, busco ressaltar a decisão que, em determinado caso, apresenta novos argumentos em relação ao perfil de argumentos já veiculados em casos anteriores semelhantes. Agradeço a Ivan de Franco por notar a possível ambiguidade que o termo poderia gerar.

um direito social – "saúde", por exemplo, ou "cultura". Essencialmente, creio que há um ganho comparativo ao analisar temáticas distintas, ainda que bastante correlatas em sua forma de prestação. A comparação, neste sentido, possibilitou a averiguação de se a Corte produz argumentos individuais voltados para políticas específicas de educação ou saúde, ou se de maneira oposta, opta por postulações mais genéricas, intercambiáveis nos distintos temas de políticas públicas. Nesse sentido, optou-se por um conceito abrangente de "políticas públicas", consciente da polissemia do termo.¹⁹

A criação do banco de dados foi feita a partir da pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, através da ferramenta de pesquisa de jurisprudência. Uma vez consolidado o universo de pesquisa, foi realizada a leitura dos julgados buscando identificar, como já mencionado, os argumentos pertinentes para responder a indagação desta pesquisa.²⁰ Quando identificados, os argumentos fornecidos nos votos foram reconstruídos e comparados.

Esta seção será desmembrada adiante em três momentos, a fim de esclarecer as etapas anunciadas do trabalho, afinal, a escolha do método é condição determinante do resultado de qualquer pesquisa. Em um primeiro momento, será feito o esclarecimento do grande pressuposto do trabalho: o que é entendido como legitimação institucional? Em seguida, ficará explicitada a forma de como serão coletados os acórdãos e de como serão estudados para se buscar responder as perguntas levantadas por este projeto.

2.1. "Legitimação institucional": os pressupostos do trabalho

O direito como objeto de estudo admite perspectivas de análise distintas que não são, em princípio, excludentes. Ainda que não tenha pretensão ou competência para entrar em campos mais profundos de

Mais a frente, nas seções 2.2 e 2.3, a forma de como a busca que se deu será narrada detalhadamente. No anexo III, os fichamentos realizados podem ser conferidos.

¹⁹ Cabe notar que está fora do escopo do trabalho buscar o que o Supremo entende por política pública ou ainda uma revisão de literatura acerca do tema. Remeto, para esse fim, a Souza, 2006.

investigação acerca dos termos utilizados neste trabalho, é oportuno esclarecer a premissa que explicita o pressuposto da pesquisa. Às vezes, palavras diferentes referem-se a conceitos bastante semelhantes, e palavras semelhantes se remetem à conceitos distintos. A fim de evitar grandes desacordos ou ainda ambiguidade e imprecisão, delimitarei de maneira breve, nesta seção, o termo chave para a pesquisa, que possibilitará a análise do repositório jurisprudencial da Corte.

Desta maneira, ao que me refiro quando falo de *legitimação institucional*? Como mencionado anteriormente, este conceito se refere aos argumentos dados pelos ministros e a racionalidade jurisprudencial à partir da qual o STF sedimenta sua competência para julgar casos referentes a políticas públicas. Pretendo destacar, por esta nomenclatura, que toda a decisão judicial, para ser legítima, deve ser motivada e justificada, especialmente em um estado democrático de direito: é uma das principais garantias do cidadão contra o arbítrio estatal.²¹ Além disso, ao explicitar suas razões de decidir, o Supremo se submete ao controle da esfera pública. Analisar suas razões de decidir é o que possibilita a cobrança posterior de posições semelhantes em casos semelhantes ou ainda a verificação do ônus argumentativo oriundo de quando a Corte decide de modo diferente.

Assim, a ideia de legitimidade – que é trazida pela própria jurisprudência do Supremo ao lidar com a possível ingerência em competências de outros poderes – não implica somente na justificativa de sua decisão, mas na justificativa da própria atuação do órgão, enquanto parte do poder judiciário. Assim, se espera que na justificação serão apresentadas, por cada ministro, suas razões para decidir, as razões pelas quais ele se convenceu desta ou daquela opção de como e por que o tribunal deve atuar em casos de judicialização direitos sociais.

Ainda que a ideia de legitimidade esteja mais clara, resta discutir sua relação com o arranjo institucional brasileiro. O que busco mostrar é que a judicialização de políticas públicas aparece de maneira a criar espaços institucionais distintos dos normalmente aceitos, como a formulação

²¹ A associação entre autoritarismo e decisões judiciais carentes de fundamentação pode ser vista em Rodriguez, 2013.

legislativa de políticas públicas e ainda sua gestão pela administração pública. Ao responder estas demandas, o Supremo acaba ocupando estes espaços – o que é, como visto, bastante controvertido a nível teórico. Suponha que uma pessoa não contemplada por uma política pública, devido a falta de verba da administração, acione a justiça com base em um direito constitucionalmente garantido. A grande questão, neste caso, é que o mérito da escolha do gestor público, motivada por restrições orçamentárias, deixa pessoas de fora do alcance da política pública, e estas pessoas buscam no judiciário a concreção de seu direito. Este trabalho irá analisar a seguinte pergunta que de certa forma é um prólogo para a decisão do Supremo: cabe ao judiciário rever esta escolha?

Ainda há possibilidade de se pensar em outra situação em que o Supremo seja instigado a argumentar pela sua legitimidade (ou ilegitimidade) em casos de judicialização de políticas públicas. De fato, pode-se pensar em uma lacuna institucional completamente distinta quando, da não existência de uma política pública, exige-se determinada aplicação concreta de um direito social previsto na Constituição. Nesse caso, caberia ao judiciário, no âmbito da jurisdição constitucional, criar a política pública ou apenas concretizar individualmente o direito?

O tribunal, assim, constrói argumentativamente razões para atuar (ou não) nestas searas. Assim, ao se ver frente a um caso de judicialização de direito social cuja exigência de alguma forma se relacione com alguma política pública, a corte deverá fundamentar sua legitimidade institucional antes de solucionar a demanda. Os argumentos fornecidos com este fim são uma descrição da visão que a corte tem em relação ao seu papel na questão da judicialização de políticas públicas, e parte de sua visão de qual é sua função no atual arranjo institucional brasileiro. A ideia de legitimação, portanto, irá se remeter a este significado, de justificativa de atuação da corte.

2.2. Coleta e análise de julgados

O intuito da pesquisa é avaliar a argumentação dos ministros no que concerne a atuação do tribunal em casos de judicialização de direitos sociais

cuja concretização está prevista em políticas públicas constitucionais. Nesse sentido, a criação do banco de dados foi feita a partir da pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, através da ferramenta de pesquisa de jurisprudência. Foram utilizados termos chave na ferramenta de busca, ²² estando aptas para a coleta decisões colegiadas.

Uma vez consolidado o universo de pesquisa, a leitura dos julgados buscou identificar, como já mencionado, se e como o tribunal legitima sua atuação nestes tipos de casos. Os argumentos fornecidos nos votos foram organizados e comparados. Dos resultados obtidos, foi traçado um esboço do perfil de caso que chega ao Supremo no que toca ao tema dos direitos sociais e da políticas públicas, como também uma exposição dos argumentos propriamente ditos. Ainda que já explicitado, se buscou analisar a argumentação dos ministros, a forma como a jurisprudência do Supremo se desenvolveu e de que maneira estes fatores podem contribuir para uma melhor compreensão do STF na atual conjuntura institucional do Estado brasileiro.

2.3. Garimpo de termos no repositório jurisprudencial para construção de um catálogo de decisões

A criação do catálogo de decisões foi feita essencialmente a partir da pesquisa no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, através da ferramenta de pesquisa de jurisprudência. Através de testes, foram determinados os termos que possam melhor representar o universo de dados observáveis. A seguir, será discriminada a sequência de pesquisa passo-a-passo.

Reconheço os limites desta metodologia, uma vez que o método de pesquisa baseado na busca através de "palavras-chave" caracteriza-se na infinidade de possíveis composições léxicas, as quais, dessa forma, mesmo que esgotadas, resultariam numa infinidade de resultados, impossíveis de serem, pois, considerados. Assim, podem haver julgados não abordados. Há que se relevar, também, as limitações referentes à forma de se estudar os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, uma vez que nem sempre são expostas de forma homogênea as razões de decidir do acórdão, mas apenas o dispositivo, o que pode induzir a acórdãos nos quais há desencontro de análises, mas concordância de conclusões. Prova disso é que, da busca realizada, 14 decisões foram excluídas. Na seção seguinte, a coleta de decisões será detalhadamente descrita, de modo a tentar se minimizar estes riscos.

- i. De início, a chave de pesquisa lançada foi de políticas públicas e omissão estatal, encontrando-se 11 acórdãos. A observação das ementas possibilitou encontrar temas recorrentes, como "reserva do possível", "teoria dos custos dos direitos", "teoria da restrição das restrições", "controle jurisdicional da legitimidade da omissão do Estado", "proibição do retrocesso social".
- ii. Em seguida, busquei *políticas públicas e revisão*, no que foram encontrados 58 acórdãos. O termo *revisão* não se relaciona com o conteúdo dos acórdãos, e mais com a legislação usada ("emenda constitucional de revisão"), não agregando casos potenciais ao catálogo. Nenhum caso foi coletado.
- iii. Passei então à chave controle jurisdicional da legitimidade da omissão do Estado: 17 acórdãos foram encontrados. Destes, apenas os de relatoria pelo ministro Celso de Mello tem conteúdo relevante à pesquisa (AI 598212 ED / PR; RE 581352 AgR / AM; RE 763667 AgR / CE).
- iv. Proibição do retrocesso social. A busca retorna 18 acórdãos. Destes, além dos três casos acima mencionados, surgem no mesmo contexto ARE 639337 AgR / SP, também de relatoria do min. Celso de Mello, e o STA 223 AgR / PE, em que ele redigiu o acórdão.
- v. Teoria da restrição das restrições. 10 acórdãos encontrados. A análise das ementas mostra que o termo é utilizado principalmente pelo min. Celso de Mello nos casos relevantes à pesquisa, que já haviam sido encontrados.
- vi. Reserva prox2 possível. A busca retorna 16 acórdãos. 04 casos foram selecionados por na ementa terem justificação da atuação do STF (o RE 642536 AgR/AP, RE 368564/DF, SL 47 AgR/PE e STA 175 AgR/CE).

vii. Políticas adj2 públicas prox4 implementação. Foram encontrados 39 acórdãos e 01 declaração de repercussão geral. A chave foi a mais relevante, pois da análise das ementas foi possível identificar nas decisões algum trecho de justificação da atuação do STF. Encontrouse também a ADPF n. 45.

viii. Políticas adj2 públicas prox omissão. Retornaram dois acórdãos, nenhum inédito em relação às outras chaves.

ix. Políticas adj2 públicas mesmo legitimidade. A busca retornou 13 acórdãos, nenhum inédito em relação às outras chaves.

Dessa forma, a base inicial do catálogo de decisões passou a ser formado pelos pontos *i*, *iii*, *iv*, *vi* e *vii*. As chaves de pesquisa muitas vezes repetiam casos já catalogados, de forma que estes foram deixados de lado quando fossem "repetidos" – o que acabou tornando a terceira e a quarta chaves de pesquisa filtradas sobressalentes. Ao todo, 49 decisões foram selecionadas. O catálogo, assim foi organizado da seguinte maneira, a partir das três chaves de pesquisa principais: "políticas adj2 públicas prox4 implementação", "políticas públicas e omissão estatal" e "reserva prox2 possível".²³

Cabe ainda ressaltar um último ponto relevante para a formação do universo de casos. As decisões monocráticas não foram consideradas para o estudo. Esta escolha se deve por algumas razões. Acima de tudo, este trabalho visa preponderantemente o estudo da racionalidade da instituição do Supremo Tribunal Federal, e não de ministros específicos. Dessa forma, as decisões monocráticas têm um baixo grau de representatividade do espaço e do ambiente formado nas turmas ou no pleno. Nesses ambientes, as sessões de julgamento são televisionadas em rede nacional por um canal de sinal aberto, e as contribuições dos ministros estão sujeitas às críticas e outras reações de seus pares. Acredito que todos estes fatores devem ser

²³ Ver tabela no anexo I.

levados em conta quando se visa analisar a fundamentação da atuação da Corte, e seus impactos são bastante mitigados a partir do momento em que a análise é de decisões monocráticas.²⁴

3. A construção argumentativa da legitimidade institucional do Supremo Tribunal Federal em casos de judicialização de políticas públicas

Como mencionado anteriormente, a ideia da análise dos casos se justifica de modo a compreender a estrutura argumentativa deles. Com os resultados obtidos, o objetivo é o de traçar um retrato do perfil de caso que chega ao Supremo no que toca ao tema judicialização de direitos sociais e políticas públicas, como também uma exposição dos argumentos que surgem quanto à atuação da Corte nestas questões: se existem casos tomados e relacionados como precedentes pelos ministros; se há alguma forma de diálogo com outras instituições nos votos; se há diferença entre a implementação de políticas públicas e a completa omissão estatal; como a posição institucional do tribunal é pensada sob a ótica de separação de poderes.

Assim, será apresentado, em primeiro lugar, uma descrição dos casos – sobre o que eram, quem eram os litigantes –, para em um segundo momento retomar os argumentos que surgiram nos acórdãos. Foram encontrados nos acórdãos essencialmente três grandes argumentos: o da vedação à lírica constitucional, o argumento metodológico e o argumento da vedação à individualização de direitos sociais. Todos serão discutidos com maior profundidade abaixo. Após todas estas considerações, haverá uma seção final realizando uma comparação entre os argumentos apresentados.

21

²⁴ Uma exceção foi aberta no âmbito de controle concentrado: a ADPF n. 45 foi agregada ao catálogo por ser constantemente citada e ser o caso a partir do qual um dos principais fundamentos da legitimação institucional do Supremo foi desenvolvido.

3.1. O perfil dos casos coletados

As chaves de busca retornaram 49 casos, dos quais 13 foram excluídos por terem como questão controvertida central de questões jurídicas distintas das que são objeto da pesquisa. Dessa forma, foram analisados no total 36 casos. Dos casos analisados, 12 se referiam à políticas públicas da área de saúde, 60 8 à políticas públicas da área de educação, 70 4 sobre segurança pública, 80 04 sobre meio-ambiente, 90 04 sobre acesso ao judiciário, 90 2 sobre políticas públicas de moradia 11, 01 sobre direitos de portadores de deficiências físicas 22 e um caso cujo tema não foi possível identificar. 33

²⁵ Foram excluídos os casos que versavam sobre decretos presidenciais (ADI 4.568/DF, rel. Min. Cármen Lúcia – em nenhum momento a atuação do Supremo no caso é trazida como questão relevante), matéria penal (HC 102.439/MT, rel. Min. Gilmar Mendes) configuração de repercussão geral (RE 684612 RG/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia) e conflitos federativos por repasse de verbas da União (AC 3.389 MC – Ref/PI, rel. Min Celso de Mello; ACO 2.131 TA-Ref/MT, rel. Min. Celso de Mello; ACO 2.057 MC-Ref/RO, rel. Min Celso de Mello; ADI 4.029/AM, rel. Min. Luiz Fux; AC 2.971 MC-Ref/PI, rel. Min. Celso de Mello; ACO 1.889 MC-Ref/RN, rel. Min. Celso de Mello; ACO 1.534 TA-Ref/RS, rel. Min. Celso de Mello; ACO 1.576 TA-Ref/MG, rel. Min. Celso de Mello; e a AC 2.578 MC-Ref/PB, rel. Min. Celso de Mello).

^{2.578} MC-Ref/PB, rel. Min. Celso de Mello).

26 São os casos STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes; SL 47 AgR/PE, rel. Min. Gilmar Mendes; RE 368564, rel. Min. Marco Aurélio; RE 642.536 AgR/AP, rel. Min. Luiz Fux; ADPF 45/DF, rel. Min. Celso de Mello; STA 223 AgR/PE, rel. Min. Celso de Mello; AI 734.487 AgR/PR, rel. Min. Ellen Gracie; RE 607.381 AgR/SC, rel. Min. Luiz Fux; AI 750.768 AgR/BA, rel. Min. Dias Toffoli; AI 829.984 AgR/GO, rel. Min. Dias Toffoli; RE 581.352 AgR/AM, rel. Min. Celso de Mello; e ARE 740.800 AgR/SP, rel. Min. Cármen Lúcia.

²⁷ São os casos RE 410.715 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello; RE 595.595 AgR/SC, rel. Min. Eros Grau; RE 594.018 AgR/RJ, rel. Min. Eros Grau; RE 603.575 AgR/SC, rel. Min. Eros Grau; ARE 639.337 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello; ARE 635.679 AgR/GO, rel. Min. Dias Toffoli; AI 809.018 AgR/SC, rel. Min. Dias Toffoli; ARE 761.127 AgR/AP, rel. Min. Luís Barroso.

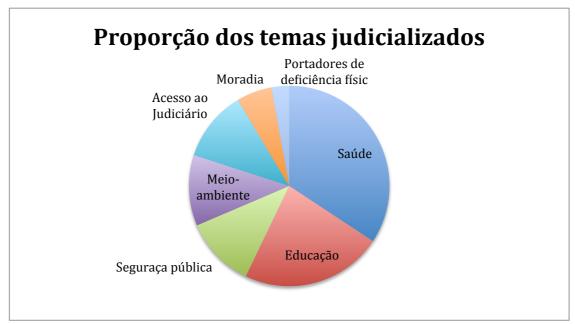
²⁸ São os casos RE 367.432 AgR/PR, rel. Min. Eros Grau; RE 559.646 AgR/PR, rel. Min. Ellen Gracie; AI 810.410 AgR/GO, rel. Min. Dias Toffoli e o RE 723.578 AgR/RN, rel. Min. Rosa Weber.

 ²⁹ São os casos AI 593.676 AgR/RS, rel. Min. Dias Toffoli; RE 417.408/RJ, rel. Min. Dias Toffoli; RE 563.144 AgR/DF, rel. Min. Gilmar Mendes; e o RE 658.171, rel. Min. Dias Toffoli.
 ³⁰ São os casos AI 835.956 AgR/MA, rel. Min. Dias Toffoli; RE 763.667 AgR/CE, rel. Min. Celso de Mello; AI 598.212 ED/PR, rel. Min. Celso de Mello e o AI 739.151 AgR/PI, rel. Min. Rosa Weber.

³¹ São os casos AI 708.667, rel. Min. Dias Toffoli e RE 700.227 ED/AC, rel. Min. Cármen Lúcia.

³² É o caso RE 440.028, rel. Min. Marco Aurélio.

³³ O RE 628.159 AgR/MA. Ele não está representado na tabela, mas não significa que foi excluído da pesquisa.



Acredito que a visualização da proporção temática dos casos seja uma boa forma de demonstrar o perfil de demandas apresentadas ao Supremo. Outro ponto que chama atenção é a composição dos polos litigantes nos casos estudados. Em sua grande maioria, os conflitos são compostos por entes estaduais sendo acionados por seus respectivos ministérios públicos (21 casos).³⁴ Em apenas seis casos, o litígio foi entre municípios e os ministério públicos estaduais.³⁵ Os particulares da sociedade civil também aparecem pouco na amostra coletada: há apenas um caso entre um particular e a União³⁶, e outro caso entre particular e o MP³⁷; e três casos entre particulares e entes estaduais.³⁸ Há apenas um caso entre a União e o Ministério Público Federal³⁹. Nos dois casos oriundos da audiência pública da saúde, todos os âmbitos da federação (União, Estado e Município) eram partes dos litígios.⁴⁰ Por fim, a ADPF n. 45 nasceu de uma relação jurídica entre o Presidente da República e partidos políticos.

³⁴ São os casos RE 723.578 AgR/RN; ARE 761.127 AgR/AP; AI 739.151 AgR/PI; AI 598.212 ED/PR; ARE 740.800 AgR/SP; RE 581.352 AgR/AM; RE 440.028 SP; RE 763.667 AgR/CE; RE 628.159 AgR/MA; AI 810.410 AgR/GO; AI 829.984 AgR/GO; AI 835.956 AgR/MA; RE 563.144 AgR/DF; AI 809.018 AgR/SC; ARE 635.679 AgR/GO; RE 559.646 AGR/PR; AI 734.487 AgR/PR; RE 367.432 AgR/PR; RE 603.575 AgR/SC; RE 594.018 AgR/RJ e RE 642.536 AgR/AP.

³⁵ São os casos RE 410.715 AgR/SP; RE 595.595 AgR/SC; ARE 639.337 AgR/SP; AI 708.667 AgR/SP; AI 593.676 AgR/RS e RE 700.227 ED/SC.

³⁶ É o RE 368.564/DF.

³⁷ É o RE 417.408/RJ.

³⁸ São os casos STA 223 AgR/PE; RE 607.381 AgR/SC e AI 750768 AgR/BA.

³⁹ O RE 658.171 AgR/DF.

⁴⁰ São a SL n. 47 AgR/PE e a STA 175 AgR/CE.

3.2. Perfis de argumentação encontrados

Esta seção é essencialmente dedicada para a exposição dos argumentos extraídos da leitura dos acórdãos. Retomando o objeto da pesquisa, a ideia é a de estudar como o Supremo deve arcar com o ônus argumentativo que lhe dê legitimidade para superar a intuição inicial baseada na doutrina da separação de poderes de que qualquer decisão acerca da elaboração e/ou concretização de políticas públicas, ou ainda de omissão estatal, não deveria ser tratada por ele. Foram encontrados três argumentos: o argumento metodológico, o argumento da "vedação da lírica constitucional" e o argumento da "vedação a individualização dos direitos sociais".

Nesse sentido, a pesquisa revela que são paradigmáticos dois casos: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, julgada pelo min. Celso de Mello, e o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, julgado pelo min. Gilmar Mendes (relator). Ambas decisões apresentam, como ficará claro ao longo desta seção, formas distintas de legitimação de atuação do Supremo – a primeira, a partir do argumento que denominei "vedação da lírica constitucional"; a segunda, pelo desenvolvimento de uma metodologia de decisão judicial. A SL n. 47 foi a decisão realizada após a audiência pública de saúde, em 2009, e sua racionalidade demonstra ser uma tentativa de incorporação do ministro Gilmar Mendes do conteúdo das discussões lá travadas. Por sua vez, a ADPF n. 45, julgada em 2004, como se mostrará a seguir, se tornou a base da jurisprudência do Supremo na atuação da corte em casos de políticas públicas.

Também será apresentada a seguir o que se entendeu ser outra formulação do argumento da lírica constitucional. Esta segunda modalidade é baseada na "aplicação imediata" de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais defendida em ocasião única pelo min. Marco Aurélio no RE 440.028/SP. Por fim, será exposto o terceiro argumento encontrado, que se refere à "universalização de direitos", que foi lançado pelo min. Lewandowski no RE 368.564/DF. Este argumento, também de ocasião única, é baseado no pressuposto de que o Judiciário não seria um espaço institucional adequado para a discussão de políticas públicas.

Estes casos serão mais bem aprofundados devido a sua relevância na jurisprudência do tribunal. Cada um deles agregou um novo argumento acerca do ônus de competência necessário a uma instância judicial para aceitar um caso em sua jurisdição. Do universo pesquisado e catalogado, todos os casos se remetem a um dos quatro, formando uma verdadeira teia de precedentes imbricados um no outro no que toca a atuação do Supremo em casos de judicialização de políticas públicas. Como se pode perceber, enquanto os argumentos "metodológico" e de "vedação à individualidade de direitos sociais" comportam a minoria dos casos analisados, o argumento da "vedação à lírica constitucional" responde por sua predominância na jurisprudência do Supremo. A tabela já adianta qual é a posição dominante da corte. Ainda assim, os argumentos serão a seguir analisados e comparados.

Ainda que não se tenha buscado traçar uma genealogia do desenvolvimento dos argumentos acerca do ônus de competência do tribunal em sua jurisprudência acerca de casos sobre judicialização de direitos sociais, uma observação se mostra bastante pertinente para contextualizar o posicionamento do STF ao longo do tempo. O primeiro caso coletado foi a ADPF n. 45, julgada em 2004, que justamente é a inauguração do argumento da vedação à lírica constitucional. Este fato, considerado em conjunto com a proporção de casos por argumentos, pode indicar que nos últimos dez anos o Supremo tenha construído uma linha jurisprudencial estável e sólida acerca de como motivar sua atuação nestes casos. Os outros dois argumentos catalogados, nesta maneira de interpretação, seriam "pontos fora da curva" ou ao menos exceções divergentes do lugar-comum argumentativo da corte para este tipo de questão jurídica.

O catálogo de caso organizados por argumentos apresentados segue abaixo:

6 ARE 740800 AgR / SP Cármem Lúcia 25 Al 734487 AgR / PR Ellen Gracie 33 RE 642536 AgR / AP Fux 35 SL 47 AgR / PE Gilmar Mendes 36 STA 175 AgR / CE Gilmar Mendes 37 RE 368564 / DF Voto min. Lewandowski direitos sociais 1 RE 723578 AgR / RN Rosa Weber	
33 RE 642536 AgR / AP Fux 35 SL 47 AgR / PE Gilmar Mendes 36 STA 175 AgR /CE Gilmar Mendes 34 RE 368564 / DF Voto min. Lewandowski direitos sociais 1 RE 723578 AgR / RN Rosa Weber	
35 SL 47 AgR / PE Gilmar Mendes 36 STA 175 AgR /CE Gilmar Mendes 34 RE 368564 / DF Voto min. Lewandowski direitos sociais 1 RE 723578 AgR / RN Rosa Weber	
36 STA 175 AgR /CE Gilmar Mendes 34 RE 368564 / DF Voto min. Lewandowski direitos sociais 1 RE 723578 AgR / RN Rosa Weber	
34 RE 368564 / DF Voto min. Lewandowski direitos sociais 1 RE 723578 AgR / RN Rosa Weber	
1 RE 723578 AgR / RN Rosa Weber direitos sociais	
1 RE 723578 AgR / RN Rosa Weber	de de
3 ,	
2 ARE 761127 AgR / AP Barroso	
3 AI 739151 AgR / PI Rosa Weber	
4 RE 658171 AgR / DF Toffoli	
5 AI 598212 ED / PR Celso de Mello	
7 RE 581352 AgR / AM Celso de Mello	
8 RE 440028 /SP Marco Aurélio	
9 RE 763667 AgR / CE Celso de Mello	
10 RE 628159 AgR / MA Rosa Weber	
11 AI 810410 AgR / GO Toffoli	
12 AI 829984 AgR / GO Toffoli	
13 AI 835956 AgR / MA Toffoli	
14 RE 700227 ED / SC Cármem Lúcia	
15 RE 563144 AgR / DF Gilmar Mendes	
16 AI 809018 AgR / SC Toffoli	
17 RE 417408 / RJ Toffoli	ni a na l
18 Al 593676 AgR / RS Toffoli Vedação à lírica constitue	<u>Jonai</u>
19 AI 708667 AgR / SP Toffoli	
20 ARE 635679 AgR / GO Toffoli	
21 AI 750768 AgR / Ba Toffoli	
22 ARE 639337 AgR / SP Celso de Mello	
23 RE 559646 AGR / PR Ellen Gracie	
24 RE 607381 AgR / SC Fux	
25 AI 734487 AgR / PR Ellen Gracie	
26 RE 367432 AgR / PR Eros Grau	
27 STA 223 AgR / PE Celso de Mello	
28 ADPF 45 / DF Celso de Mello	
29 RE 603575 AgR / SC Eros Grau	
30 RE 594018 AgR / RJ Eros Grau	
31 RE 595595 AgR / SC Eros Grau	
32 RE 410715 AgR / SP Celso de Mello	
34 RE 368564 / DF Marco Aurélio	

3.2.1. O argumento da "vedação à lírica constitucional"

O argumento da lírica constitucional é o argumento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A expressão é utilizada enquanto forma de dizer que a previsão constitucional de direitos sociais não pode ser encarada como desprovida de quaisquer consequências jurídicas. Al Nesse sentido, argumenta-se que normas que garantem direitos sociais não seriam "menos jurídicas" que outras normas de declaração de direitos na constituição. A ideia por trás do conceito é a de que, independentemente de sua natureza, todas as normas constitucionais devem ser concretizadas, não figurando no texto como meros ornamentos. A expressão se relaciona com a "legitimação institucional" na medida em que o Supremo utiliza-se de situações de omissão estatal – nas quais, portanto, previsões de políticas públicas são tratadas como "lírica" pelo Executivo – para justificar sua atuação.

Seu paradigma foi estabelecido na ADPF n. 45 e posteriormente evoluiu como precedente para fundamentações do tipo: ⁴³

"O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro. A partir desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi desenvolvida e consolidou-se toda uma jurisprudência de justificação de atuação do tribunal em casos de omissão e implementação de políticas públicas, de modo que a matéria seja considerada "pacífica".

Ou ainda:44

"O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que, embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e

⁴¹ A expressão é utilizada por Virgílio Afonso da Silva, que remete o termo à Robert Alexy. Silva, *op. cit.*, p. 588. Silva dá outro enfoque à expressão, buscando também analisar formas distintas de aplicação de direitos sociais e direitos civis. Esta análise, entretanto, foge do escopo deste trabalho, e por isso é deixada de lado.

⁴² A expressão é de Michelman. Ver Michelman, 2003: p. 14.

⁴³ AgR AI 829.984/RO, por exemplo, entre outros.

executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos Estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional."

De fato, em 30 dos 35 casos analisados (descontando a própria ADPF), a referencia à ADPF n. 45 está presente de maneira direta (citação explícita) ou indireta (é a *ratio decidendi* de precedentes citados): RE 368.564; STA 223 AgR/PE; AI 734.487 AgR/PR; RE 607.381 AgR/SC; AI 750.768 AgR/BA; AI 829.984 AgR/GO; RE 581.352 AgR/AM; RE 410.715 AgR/SP; Re 595.595 AgR/SC; RE 594.018 AgR/RJ; RE 603.575 AgR/SC; ARE 639.337 AgR/SP; ARE 635.679 AgR/GO; AI 809.018 AgR/SC; ARE 761.127 AgR/AP; RE 367.432 AgR/PR; RE 559.646 AgR/PR; AI 810.410 AgR/GO; RE 723.578 AgR/RN; AI 593.676 AgR/RS; RE 417.408/RJ; RE 563.144 AgR/DF; RE 658.171; AI 835.956 AgR/MA; RE 763.667 AgR/CE; AI 598.212 ED/PR; AI 739.151 AgR/PI; AI 708.667; RE 700.227 ED/AC; RE 440.028 SP. Acredito, assim que seja seguro afirmar que a corte consolidou jurisprudência no sentido de que não haveria óbice a atuação do judiciário de maneira a se constatar alguma ingerência nos outros poderes com base, em larga medida, nesta decisão.

O argumento da vedação à lírica constitucional, como mencionado, pode ser desmembrado em duas formulações. Uma, exclusivamente desenvolvida pelo min. Marco Aurélio no RE 440.028/SP, se refere à "eficácia imediata" dos direitos sociais constitucionalmente previstos. A outra, dominante e presente em todos os outros casos enumerados acima, é baseada na percepção de que a ineficácia destes direitos acarretaria em um estado de coisas que seria inconstitucional.

Assim, o que se buscará mostrar é esta primeira forma de legitimação de atuação do STF. A corte, através do uso do argumento da lírica constitucional, constrói sua competência de maneira subsidiária às ações dos outros poderes. Da maneira como o argumento é conduzido, é indiferente se existe uma política pública garantidora de determinado direito que necessita de implementação, ou ainda uma omissão legislativa. A própria dogmática do direito social e a força do texto constitucional são o suficiente para que que o Supremo se considere institucionalmente apto para atuar.

3.2.1.1. A versão da "inconstitucionalidade da ineficácia"

Pode-se tomar como exemplo de controle jurisdicional de políticas públicas a decisão tomada na ADPF n. 45, no qual o Supremo foi instado a decidir acerca da constitucionalidade do veto presidencial sobre o §2º do art. 55 do Projeto de Lei que se converteu na lei n. 10.707/03 – Lei de Diretrizes Orçamentárias, que violaria a Emenda Constitucional 29/00 (que estabelece recursos financeiros mínimos para o financiamento das ações e serviços da saúde). Este caso é paradigmático a partir do momento em que ilustra a construção e justificação do argumento da lírica constitucional e por ser a decisão paradigma da jurisprudência da corte acerca de sua atuação em casos de omissão estatal na concretização de direitos sociais e implementação de políticas públicas.

Em sede de decisão monocrática, o min. rel. Celso de Melo, após reconhecer a arguição de preceito fundamental como instrumento apto para concretizar políticas públicas, afirma que tal atribuição, "conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta

⁴⁵ STF, ADPF n. 45, Min. Rel. Celso de Mello, DJ de 29.04.2004. Ainda que o §2º tenha sido vetado, o texto posteriormente acrescentado positivou a seguinte redação: "§3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza. §4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3o deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004".

Corte".⁴⁶ O ministro afirma que, quando o Estado deixa de cumprir uma imposição estabelecida pelo texto constitucional, trata-se de um "comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental."

Em seguida, afasta em um primeiro momento, sua competência jurisdicional para a formulação e implementação de políticas públicas, que seriam encargos do legislativo e do executivo. De acordo com as razões apresentadas, estes seriam espaços de uma escolha discricionária que não admitiriam ingerência judicial. Assim, nesta abordagem inicial, não caberia ao Supremo realizar este tipo de análise.

No entanto, o min. Celso de Mello abre uma exceção a partir da qual declara sua competência. De acordo com o ministro, "tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático."

Trata-se da formulação do argumento que foi chamado de vedação à *lírica constitucional*, pois a omissão estatal impede a realização de direitos constitucionalmente previstos. Tal como pretende averiguar a pesquisa, o ministro se utiliza deste motivo para concluir que haveria espaço neste caso para a atuação do Supremo, *legitimando-a*. Diz que:

"se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos

o=45. Último acesso em: 14/10/2014.

⁴⁶ Não foi possível fazer a citação das páginas nas quais estão os trechos da decisão aqui reproduzidos pois a decisão não foi digitalizada no site do Supremo Tribunal Federal. O conteúdo da decisão pode ser acessado no resultado do próprio mecanismo de busca do tribunal, que pode ser conferido neste link que segue: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&process

sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado."

A análise da ADPF n. 45 levanta outras questões interessantes. Um ponto que vale a pena ser levantado é: apesar desta decisão, a ação havia perdido o objeto. Isto pois o caso girava em torno da validade de uma lei de diretrizes orçamentárias que, no momento do julgamento já havia tido seu vício sanado. O min. Celso de Mello narrou da seguinte forma a questão:

"Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional."

Do que vale, então, realizar todo este esforço argumentativo, se no caso concreto não havia o que se fazer? Ao que parece, o min. Celso de Mello então realizava um julgamento nem tão importante para as partes, mas sim para a jurisprudência da corte. Esta hipótese é possível de ser levantada ao se constatar o número de casos que posteriormente foram justificados com a mesma base da ADPF, que acarretou, como se mencionou, a construção do entendimento jurisprudencial do STF de que sua atuação neste tipo de caso é possível. É interessante, portanto, notar o contexto pelo qual surge a tese que permite ao Supremo agir: em um caso sem objeto, cuja decisão não teria efeito concreto algum.

3.2.1.2. A versão da "eficácia imediata"

Como visto, na ADPF n. 45 o min. Celso de Mello afastou, em um primeiro momento, sua competência jurisdicional para a formulação e implementação de políticas públicas, que seriam encargos do legislativo e do executivo. De acordo com as razões apresentadas, estes seriam espaços de uma escolha discricionária que não admitiriam ingerência judicial. No entanto, ele abriu uma exceção a partir da qual declara sua competência. De acordo com o ministro:

"tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático."

Ora, percebe-se então a forma de legitimação de atuação do STF. A corte, através do uso do argumento da lírica constitucional, constrói sua competência de maneira subsidiária às ações dos outros poderes. Da maneira como o argumento é conduzido, apenas em casos e situações que levem a um contexto de omissão de ação estatal o tribunal estaria apto

para agir justamente para evitar que direitos sociais não tivessem eficácia. O argumento da eficácia imediata parte desta mesma consideração – de que a eficácia deste tipo de direito não deve ser afetada pela inércia legislativa ou administrativa.

O min. Marco Aurélio foi relator do Recurso Extraordinário 440.028/SP, que se originou em uma ação civil pública na qual o Ministério Público paulista buscava a instalação de rampa e banheiros adequados na Escola Estadual Professor Vicente Teodoro de Souza, para o uso de alunos portadores de deficiência do aparelho locomotor. O ministro assim entendeu o caso e explicou o fundamento de sua atuação:

"faz-se em jogo o controle jurisdicional de políticas públicas, tema de importância ímpar para a concretização da Carta da República, ante o conteúdo dirigente que estampa. Segundo a jurisprudência do Supremo, são três os requisitos a viabilizar a incursão judicial nesse campo, a saber: a natureza constitucional da política pública reclamada, a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais e a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento."⁴⁷

Nota-se que o ministro elenca três critérios: o teor constitucional do objeto da demanda, a relação do objeto com direitos fundamentais e a injustificável omissão e/ou prestação deficiente pela Administração pública. Não há fundamentação de porquê estes critérios são relevantes, ou de onde eles surgem e como foram formados. Há apenas a menção de que é esta a "jurisprudência do Supremo", mas tampouco precedentes são indicados para lastrear esta afirmativa. Nesse sentido, acredito que há um déficit de fundamentação na decisão, por não haver nenhum esforço de demonstrar a existência destes critérios. A questão não é apenas de eles não estarem baseados em precedentes – como o ministro alegou – mas também de que

⁴⁷ RE 440.028/SP, min. Rel. Marco Aurélio, 2013: p. 2.

sua pertinência não é justificada, por exemplo, em relação a outros critérios (como por exemplo os elaborados pelo min. Gilmar Mendes na SL n. 47⁴⁸).

Para além disto, em última análise, a atuação do tribunal, baseada na necessidade de efetivar valores constitucionais, estaria condicionada à omissão estatal. Nas palavras do ministro, "a questão que se coloca é saber se, diante da inércia legislativa, há preceitos sem eficácia. A resposta é desenganadamente negativa. Ao remeter à lei a disciplina da matéria, a Carta da República não obstaculiza a atuação do Judiciário. Existem razões para assim concluir."

E quais seriam estas razões? O ministro aponta três: "a primeira delas está no rol dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, surgindo o envolvimento da dignidade da pessoa humana e da busca de uma sociedade justa e solidária – artigos 10, inciso III, e 30, inciso I, do Diploma Maior"; "a segunda a ser levada em conta diz respeito ao fato de as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais terem aplicação imediata, sendo que os direitos e garantias expressos na Carta de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte – § 10 e § 20 do artigo 50"; a terceira, a seu ver, é a de que "o acesso ao Judiciário para reclamar contra lesão ou ameaça de lesão a direito é cláusula pétrea."⁵⁰

Acho que também é relevante apontar o caráter subsidiário da atuação do judiciário. Para o ministro, a deferência à prerrogativa do administrador somente é afastada para a concretização do "mínimo existencial" dos direitos. Sua afirmação é a de que:

"em deferência ao princípio da separação de Poderes, que funciona não apenas como uma técnica de contenção do arbítrio, consoante sustentou o Barão de Montesquieu na clássica obra *O Espírito das Leis*, mas também como instrumento de racionalização e

34

⁴⁸ A Suspensão de Liminar foi julgada quatro antes deste recurso. Ela será abordada em maior profundidade na seção 3.2.3.

⁴⁹ RE 440.028/SP, *op. cit.*: p. 2.

⁵⁰ *Idem, op. cit.*: p. 3-4.

eficiência no exercício das funções públicas, mostra-se indispensável reconhecer que a intervenção judicial em políticas públicas deve ser realizada pelo meio menos possível. Explico. Em regra, princípios gravoso constitucionais obrigam a Administração Pública a colocar em prática uma política pública abrangente que esteja voltada à concretização deles, sem, contudo, especificar qual é. Não se encontrando o Poder Judiciário aparelhado a tomar decisões quanto à eficácia das inúmeras políticas disponíveis para concretizá-los, há de reconhecer a prerrogativa do administrador em selecioná-las. Essa situação, contudo, revela-se diferente se estão em causa prestações relacionadas ao mínimo existencial ou obrigações que, por força dos próprios enunciados adotados pela Constituição e leis aplicáveis, restringem as opções da Administração, exatamente o que ocorre na situação em análise, pelos motivos já veiculados."51

O que se ressalta deste argumento é sempre a posição subsidiária que o Supremo se coloca quando chamado para realizar este tipo de decisão. Entretanto, sempre que haja a constatação de um "mínimo existencial" – ainda que não haja esforço para identificar e demonstrar o seu conteúdo – está justificada a atuação do tribunal, mesmo se reconhecendo que ele não seja "aparelhado a tomar decisões" neste contexto. Desta forma, se nota a correlação do tipo com a categoria da vedação à lírica constitucional: a força do texto constitucional aliada ao conteúdo dogmático do direito social, ao garantir eficácia imediata, são o suficiente para que que o Supremo se considere institucionalmente apto para atuar.

⁵¹ *Idem, op. cit.*: p. 5.

3.2.2. O argumento da "vedação à individualidade de direitos sociais"

Este argumento surge em um contexto bastante interessante. Isto, pois o RE 368.564/DF – no qual se pleiteava que a União financiasse um tratamento médico em Cuba – teve dois pedidos de vista e ainda seu julgamento foi uma vez adiado. Seu relator original, o Ministro Menezes Direito, votou dia 08/04/2008. O ministro Lewandowski, o segundo a pedir vista, o fez dia 16/09/2008 e só recolocou o caso para julgamento dia 13/04/2011 – mais de dois anos depois. Ele mesmo o reconhece, afirmando que "o interesse prático do resultado já não mais existe (...). A decisão data de novembro de 2001, como é uma ação mandamental, ela é executada imediatamente, não há nenhum efeito suspensivo, nós vamos apenas discutir o aspecto teórico desta questão, que me parece muito interessante." ⁵² O que eu noto é uma grande semelhança com as circunstâncias da ADPF n. 45, que foi julgada apesar da perda de objeto.

O ministro Lewandowski inicia seu voto afirmando que o judiciário não seria o melhor foro para se pensar políticas. Sua afirmação é a de que:

"Quando o Judiciário define o conteúdo e a forma de execução de políticas públicas, registra-se uma profunda modificação nesse equilíbrio e no jogo de constitucionalmente estabelecido Cuida-se de evidente sobreposição institucional (...). Assim, além do problema da definição de atribuições e competências, é necessário discutir-se os instrumentos que cada um dos poderes tem para levar a cabo as suas funções e os respectivos limites. (...) Dentro os parâmetros dentre os quais o Judiciário atua estão: i) os limites da coisa julgada; ii) a legitimação política para decidir; iii) o processo bilateral; e iv) a inércia institucional. Tais restrições fazem com que o Judiciário tenha dificuldades em dar concreção às políticas públicas, mediante uma lógica própria da justiça

⁵² RE 368.564/DF, min. Rel. do acórdão Marco Aurélio, 2011: p. 92.

distributiva, uma vez que sua atuação está muito mais identificada com a lógica da justiça comutativa."53

De fato, a estratégia do ministro passa então a demonstrar de que forma estas "dificuldades" se materializariam no momento da adjudicação. Somente então, após estas considerações, ele retorna ao objeto do caso, que seria o de fornecimento de medicamentos, interpretando o art. 196 da Constituição:

> "Nesses termos, o Judiciário, ao tratar de questões para as quais não dispõe dos instrumentos adequados para intervir na realidade concreta, termina por conferir a alguns indivíduos direitos pretensamente subjetivos que, a rigor, deveriam ser contemplados sob a ótica universal (...). Com efeito, ao conferir natureza individual a um direito de caráter universal, o Judiciário não só deixa de aplicar, data vênia, de modo correto o constitucional, como ainda interfere texto na distribuição de recursos pelo Estado sem ter como definir, de modo racional e com um mínimo de objetividade, os graus de prioridade com que devem ser contemplados (...). De fato, para a concretização dos valores abrigados na Constituição, faz-se mister que os pedidos fundados no art. 196 da Constituição sejam examinados à luz do caráter universal que matiza o direito à saúde, que, como regra, não comporta uma avaliação sob uma ótica individual, como ocorreu no presente caso."54

Tendo esta base, ainda restaria uma questão. Faltaria ainda ao ministro Lewandowski se posicionar quanto à atuação do judiciário, e mais especificamente, do Supremo. Diz ele que:

> "O papel do Judiciário seja o de garantir que essa distribuição seja realizada dentro de parâmetros constitucionais e legais, garantindo, sempre que

⁵³ RE 368.564/DF, *op. cit.*: p. 95-96. ⁵⁴ *Idem*, *op. cit.*: p. 97-99.

possível, a universalização do acesso à saúde. Para tanto, não pode o Judiciário, salvo em situações extremas, em que a própria vida esteja em risco – ir além da fixação de critérios para a atuação da Administração Pública, impedindo que determinados cidadãos sejam privilegiados em detrimento de outros. Não pode – insisto – o Judiciário e, em especial, esta Suprema Corte, guardiã dos valores constitucionais, definir, de maneira pontual e individualizada, como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde".55

O ponto que gostaria de chamar atenção aqui é o seguinte: o ministro lança um poderoso argumento para que o Supremo não atue em casos de políticas públicas. Mas o faz em um caso em que o objeto já havia sido perdido, em que o tratamento havia sido garantido. Há um discurso em seu voto que não é alinhado com a cronologia fática do caso e com suas próprias ações – o voto-vista que postergou em mais de dois anos a decisão. Outro fator emblemático do suporte fático do caso é o de que, por mais que se pleiteasse tratamento, a doença do particular não tinha cura, o que até levou o ministro Menezes Direito se indagar se haveria de se falar em direito à saúde em casos de doença sem cura. ⁵⁶

3.2.3. O argumento "metodológico"

O caso da suspensão de liminar n. 47, julgado em conjunto com casos que receberão acórdãos de teor idêntico⁵⁷, se refere a um agravo regimental interposto pelo Estado de Pernambuco em face de decisão monocrática do min. Nelson Jobim. Nesta decisão, o ministro negou a suspensão requisitada pelo Estado, mantendo a obrigação do Estado

-

⁵⁵ *Idem, op. cit.*: p. 99-100.

⁵⁶ *Idem*, *op. cit.*: p. 69.

⁵⁷ Foram julgadas na mesma sessão a SL n. 47 e a STA 175 (conteúdo idêntico). Os votos do min. Celso de Mello nestes casos foram exclusivamente baseados na racionalidade exposta pela decisão da ADPF n. 45, de maneira que apenas a decisão do min. Gilmar Mendes efetivamente contribua para a questão em estudo. Interessante notar que em nenhum momento o min. Celso de Mello explora ou compara as possíveis diferenças entre seu argumento e aquele dado pelo min. Gilmar Mendes.

"adotar todos os meios necessários para auxiliar o município de Petrolina no cumprimento das medidas contra ele deferidas". 58 Tais medidas, entre outras, envolviam a alocação de médicos e outros profissionais de saúde para fazerem face às deficiências de pessoal constatadas no município. Esta decisão é interessante, pois a partir de uma demanda pontual, o tribunal, "nos termos do voto do relator", elabora uma metodologia de decisão judicial.

Em um primeiro momento, o min. rel. Gilmar Mendes reconhece que se encontra "diante da relevância da concretização do direito à saúde e da complexidade que envolve a discussão de fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do Poder Público, inclusive por determinação judicial". Nesse sentido, o ministro tece um voto que pode ser segmentado em dois momentos principais: primeiro, realiza uma análise dogmática do direito à saúde, e depois elabora uma metodologia de decisão judicial com vista aos dados colhidos na Audiência Pública - Saúde, realizada no fim de abril e começo de maio de 2009 pelo tribunal.

Por não pertencer ao escopo do trabalho, foram deixadas de lado as digressões dogmáticas do ministro. Entretanto, é a partir dela que surgem considerações acerca da competência do tribunal: disse o ministro que "nessa linha de análise, argumenta-se que o poder judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo". 59 Em seguida, faz o contrabalanço: "por outro lado, defensores da atuação do poder judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o "mínimo existencial" de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto da apreciação judicial".60

⁵⁸ Ag. Rg. na S.L. n. 47 / PE. Min Rel. Gilmar Mendes, 2010: p. 4.

⁵⁹ *Opus cit.*, p. 11. ⁶⁰ *Idem*.

Quanto a estes trechos, alguns pontos chamam atenção. O primeiro deles é o do uso da terceira pessoa no voto. O ministro, apesar de estar em sede de decisão judicial, apenas aponta que uns defendem e outros criticam a atuação do tribunal, sem necessariamente propor qual deve ser a atuação do Supremo. Nesse sentido, a impressão que se tem é a de que o ministro sinaliza que está consciente do debate que se trava acerca da atuação judicial, reconhecendo-o, e portanto tomando também como interlocutores da decisão os diferentes pontos de vista acerca da questão.

Após realizar uma análise dogmática do art. 196 da constituição federal, o min. passa a realizar considerações acerca da judicialização da saúde, apontando a realização de uma Audiência Pública acerca do tema. Neste ponto, é relevante o reconhecimento de que "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 públicas já estabelecidas". 61 Esta constatação é relevantíssima a racionalidade do julgado, pois é utilizada para fundamentar o diagnóstico de que "o problema talvez não seja o 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".62

Esse argumento é extremamente interessante. Em primeiro lugar, realiza uma distinção das formas de atuação do Supremo - a corte age de uma forma para a criação e implementação de políticas públicas, e de outra forma ao determinar suas concreções. Esta primeira forma de atuação, pelas palavras do min. Gilmar Mendes, seriam uma "interferência", enquanto a última seria apenas prestação regular do serviço jurisdicional. Em segundo lugar, e por decorrência lógica do primeiro, este argumento pauta a atuação do tribunal pela existência ou não de uma política pública na questão apresentada à corte. O que se torna relevante, de acordo estes argumentos, é a necessidade de conceituação de "políticas públicas",

⁶¹ *Op. cit.*, p. 22. ⁶² *Idem*.

enquanto forma de suprir um ônus argumentativo do tribunal para demarcar sua competência em casos de judicialização de direitos sociais. Só a partir de uma definição clara poder-se-ia analisar o cabimento ou não da prestação jurisdicional.

Entretanto, o min. Gilmar Mendes deriva outro ponto essencial. Avançando na primeira distinção de atuações do Supremo em casos de judicialização de direitos sociais, o ministro afirma que "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". 63 Assim, passa a elaborar argumentativamente uma metodologia para a decisão judicial em casos de judicialização do direito à saúde. A seguir, descreverei brevemente o caminho percorrido, as distinções realizadas e os critérios estabelecidos que compõe a metodologia elaborada pelo ministro.

O primeiro critério a ser analisado, portanto, seria justamente este de existência de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Se há política pública, não haveria interferência da corte em garantir o direito. Se não houver política pública regulando a demanda, abrem-se três possibilidades de averiguação: a não prestação pode decorrer de (i) uma omissão legislativa ou administrativa; (ii) uma decisão administrativa; ou ainda (iii) uma vedação legal. Deste ponto, surge o segundo critério: a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Surgiriam aí duas opções. Ou o SUS forneceria um tratamento alternativo, mas não adequado ao caso concreto, ou o SUS não teria nenhum tratamento específico para a doença do caso. Frente ao dilema, o ministro conclui que "em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política existente". 64 Notase que é deixada em aberto a possibilidade de um juízo de eficácia do remédio, a ser realizado no caso concreto. O terceiro critério, por fim, se refere aos casos em que inexista previsão legal de tratamento. O ministro

_

⁶³ Idem.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 26.

então distingue entre tratamentos puramente experimentais tratamentos ainda não testados pelo SUS. Nesse sentido, quanto aos primeiros, "a participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los".65

Todo este caminho é percorrido para a seguinte conclusão: a omissão estatal também pode ser objeto de impugnação judicial. De acordo com o ministro, "a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema". 66 Desta forma, voltando a distinção primordialmente feita das formas de atuação do tribunal, notase que a ausência de políticas públicas prevendo as demandas judiciais é um obstáculo apenas superficial para a atuação do Supremo. A elaboração da metodologia de decisão, neste sentido, é uma maneira de legitimação da atuação da corte em casos nos quais, por se referirem à criação e implementação de políticas públicas, a ordem judicial seria uma maneira de interferência. Cabe ressaltar, entretanto, como já mencionado, que há uma ressalva da contextualização desta metodologia em casos específicos do fornecimento de medicamentos.

4. Comparando os argumentos

O objeto deste trabalho são as motivações e os argumentos dados pelos ministros do Supremo quando julgam as demandas de judicialização de direitos sociais para justificar a atuação do tribunal. Os argumentos analisados, juntos do perfil dos casos analisados, demonstram maneiras de legitimação institucional bastante distintas. Uma primeira questão relevante a se discutir é a de se os argumentos apresentados são representativos das áreas dos casos. Isso porque, muito embora o argumento da lírica constitucional permeie todos os temas judicializados, os casos de saúde foram aqueles que apresentaram maior espectro argumentativo: foram nestes casos em que surgiram, além do argumento da vedação à lírica

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 27. ⁶⁶ *Op. cit.*, pp. 27-28.

constitucional, o metodológico e o da vedação à individualidade de direitos sociais.

Ainda assim, não é certo afirmar que isso representaria de fato uma influência da área da política pública no estilo de argumentação desenvolvido no julgamento. Por um lado, como foi explicitado, o argumento metodológico parece ser bastante calcado no fornecimento de medicamentos e especificado a partir da audiência pública da saúde. Assim, sua aplicação é restrita à esta área, baseado estritamente na lógica de funcionamento da política pública de fornecimento de remédios. Por outro lado, o argumento da vedação à lírica não necessariamente está baseado de maneira tão firme na dinâmica de uma política pública específica de concessão de medicamentos, de maneira que pode ser intercambiado em outras políticas públicas com maior facilidade. Desta forma, enquanto o primeiro argumento é completamente baseado na realidade da área de uma área específica, a da saúde, o segundo já é de caráter mais dogmático geral, o que o torna mais apto para ser apresentado em casos que envolvam direitos sociais distintos e políticas públicas de outras áreas.

Outro ponto relevante a se levantar é que dois dos argumentos foram dados em casos nos quais o objeto do processo já havia se perdido. Essa contextualização do suporte fático de ambos argumentos possibilitou tanto um argumento pró atuação (lírica constitucional) quanto um argumento contra atuação do Supremo (vedação à individualização). O que é interessante notar é que dois, dos três principais modos argumentativos do tribunal, ao emergirem de casos já resolvidos, têm um ônus menor em lidar com questões como a concreção de um direito demandado de modo individual ou ainda a ingerência em outro poder. Os esforços de fundamentação, independente do sentido que seguem, já possuem um resultado de antemão - a manutenção do status quo fático da demanda apresentada no momento do julgamento. Essas decisões, tomadas em abstrato, esclarecem pouco sobre qual é a racionalidade do Supremo ao se auto-avaliar no arranjo institucional brasileiro. Tomar uma decisão desvinculada do caso concreto a torna fraca para uma eventual generalização possível em casos futuros e com a formação de padrões

decisórios. Se a manutenção do status quo já é garantida, não há razão para legitimar a decisão perante os outros poderes.

Uma segunda questão é que ambos argumentos dados de maneira a se legitimar a atuação do tribunal, o da lírica constitucional e o "metodológico", são bastante convergentes. Se o último realiza uma distinção entre implementação de políticas públicas (decisões que não inovariam o ordenamento jurídico) e omissão estatal (decisões que de fato inovariam o ordenamento jurídico), buscando limitar a atuação do Supremo neste último caso; o primeiro é um argumento "guarda-chuva", em que pode tanto justificar a atuação para a implementação de políticas públicas como para a ausência delas. Neste sentido, os dois também podem chegar, ainda que por vias distintas, à mesma conclusão, na qual não haveria um óbice para a atuação da corte em casos de omissão de políticas públicas. Como exposto, cada um possui sua própria lógica individual: a corte, através do uso do argumento da vedação à lírica constitucional, atua de maneira indiferente quanto à omissão ou não de políticas públicas; enquanto a partir do estabelecimento de uma metodologia para se decidir, o min. Gilmar Mendes tentaria limitar a esfera de ação do tribunal. Ambos argumentos, de qualquer modo, constroem a competência do STF de maneira subsidiária às ações dos outros poderes, legitimando-o como uma última instância excepcional.67

Ainda assim, a grande diferença entre ambos se deve à natureza distinta de cada argumento. Um parte da dogmática dos direitos fundamentais, outro das situações fáticas existentes. O argumento da lírica constitucional é motivado essencialmente por uma preocupação de dar garantia à eficácia aos direitos constitucionais. Sua base estaria em um "imperativo axiológico ético-jurídico" que não só garantiria eficácia direta aos direitos sociais, como também caracterizaria sua não-concretização

-

⁶⁷ Cabe apontar que apesar de ter surgido a partir de uma audiência pública que buscou sintetizar os grandes desafios da judicialização das políticas de fornecimento de medicamentos, o argumento metodológico não parece ter impactado a jurisprudência da Corte. Uma hipótese que levanto é a de que o argumento da vedação à lírica já estava demasiadamente consolidado na jurisprudência da Corte no momento da audiência – basta ver que o min. Celso de Mello o retoma na STA 175 e na SL 47. Uma pesquisa que tomasse como recorte a análise de decisões monocráticas talvez pudesse complementar essa questão que parece relevante, pois no limite pode indicar que não houve aprendizado institucional, no que toca a fundamentação de decisões, com a realização da audiência pública da saúde.

como inconstitucional. Por sua vez, o argumento metodológico tem olhos para outra questão: a lógica de funcionamento de políticas públicas já consolidadas. O estabelecimento de uma metodologia em sede de decisão, assim, teria como função o fornecimento de critérios que possibilitariam ao magistrado atuar em casos de omissão sem usurpar competências prédefinidas. Ainda que ele tenha surgido em casos específicos, a preocupação com o contexto fático pode ser notada no sentido de que, ainda que tenha havido um enorme esforço argumentativo do ministro Gilmar Mendes para absorver as discussões da audiência pública, ao fim casos concretos foram solucionados, de modo que a decisão repercutisse na relação jurídica que a deu origem – o exato oposto da ADPF n. 45.

Estas duas formas de operação, entretanto, revelam que o tribunal não possui um conceito claro de "omissão estatal". Se, na racionalidade desenvolvida na Suspensão de Liminar n. 47, omissão estatal é a inexistência de previsão legal de tratamento médico (e portanto somente circunscrita ao tema da saúde), a omissão estatal no argumento da lírica constitucional possui uma definição mais ampla e menos certa – algo que se aproxima da inadimplência de uma obrigação de fazer do Estado. Tome-se, como exemplo, o RE 440.028, de relatoria do Min. Marco Aurélio, no qual a demanda sobre reformas de acesso para deficientes físicos em uma escola não possuía prejudicados em concreto – nenhum estudava de fato na escola –, mas em abstrato.

No que toca à questão de se a posição institucional do tribunal é pensada sob a ótica de separação de poderes, pode-se distinguir essencialmente dois sentidos distintos de argumentação. O primeiro é o de que o Supremo não seria um fórum adequado para a o julgamento de casos de omissão e implementação de políticas públicas. Este argumento é o da vedação à individualização de direitos. Como mencionado, este argumento afirma que ao conferir natureza individual a um direito de caráter universal, o Judiciário não só estaria deixando de aplicar de modo correto o texto constitucional, como ainda interferiria na distribuição de recursos pelo Estado. Ou seja, haveria uma ingerência injustificada do judiciário, que sequer estaria institucionalmente preparado para tomar tais decisões. Por

outro sentido, o tribunal não estaria violando o princípio da separação de poderes a partir de uma atuação subsidiária a eles. Esta atuação se legitimaria a partir do momento em que garantisse uma eficácia mínima dos direitos pleiteados ou ainda os garantisse aplicação imediata.

Acredito que se possa afirmar que esta relação entre poderes foi pensada de modo mais profundo em casos de fornecimento de medicamentos, onde se percebeu o desenvolvimento de uma metodologia para a tomada da decisão que levasse em conta as políticas públicas existentes sobre o tema. Isto, de algum modo, dá uma pista sobre se há ou não diálogo entre poderes em casos de judicialização de políticas públicas: a metodologia criada pelo min. Gilmar Mendes, após a audiência pública, abre um espaço argumentativo em sede de decisão judicial para a consideração do que já foi feito pelo Executivo no tocante a política pública específica. Esse tipo de convergência de atuação não é visto nos outros argumentos, de cunho dogmático.

Por trás destas diferentes visões talvez estejam as posições de mérito de cada argumento. O argumento da vedação à individualidade de direitos sociais necessariamente está atrelado a uma resposta negativa à possibilidade do Supremo atuar em casos de judicialização de políticas públicas. Por outro lado, tanto o argumento da vedação à lírica constitucional quanto o argumento metodológico possibilitam, de maneiras e em extensões diferentes, a atuação do STF nestas demandas. Um ponto interessante a notar, quanto ao argumento que qualifica o Supremo como ilegítimo, é que ele é sua natureza é mista, diferentemente dos outros dois argumentos opostos, cujas fundamentações têm natureza independente. O tribunal seria ilegítimo, segue o argumento, porque os limites institucionais do judiciário (contexto fático) impossibilitariam uma análise universal (contexto dogmático) dos direitos sociais judicializados. Ainda assim, a partir da proporção entre casos e argumentos analisda, pode-se afirmar que a aparição isolado do argumento lançado pelo min. Lewandowski sugere que a abordagem dogmática do tribunal está consolidada em um sentido específico.

Por fim, cabem algumas considerações sobre o desenvolvimento da jurisprudência do STF estudada. Quanto a isso, o primeiro ponto a se ressaltar é o de que a Corte consolidou entendimento no sentido de que não haveria óbice a atuação do judiciário de maneira a se constatar alguma ingerência nos outros poderes, desde que sua atuação estivesse voltada para garantir a eficácia de direitos sociais constitucionalmente previstos. Este foi o entendimento do caso paradigma - a ADPF n. 45 - que desenvolvimento deste modelo possibilitou hermenêutico jurisprudência do Supremo. A ADPF n. 45 foi o caso mais antigo encontrado na pesquisa, datado de 2004. Se por um lado não acredito que seja possível afirmar que este seja o primeiro caso em que o tribunal tenha enfrentado um problema de judicialização de políticas públicas, nesta arquição dois fatores apareceram juntos de maneira a viabilizar a ideia da vedação à lírica constitucional omissão do Estado como modalidade inconstitucionalidade e a atuação subsidiária do Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas.

5. Conclusão: late, mas não morde?

Enfim. O objeto deste trabalho foi a *motivação* e as *justificativas* dadas pelos ministros do Supremo quando julgam demandas acerca da atuação do próprio tribunal em casos de omissão estatal ou de implementação de políticas públicas. Para realizar este tipo de prestação jurisdicional, como já referido, o Supremo arca com um ônus argumentativo que lhe dê legitimidade para superar a intuição inicial baseada na doutrina da separação de poderes de que estas decisões não fariam parte de sua seara. Assim, esta pesquisa analisou quais foram os argumentos dispendidos pelo Supremo para se legitimar institucionalmente em casos de judicialização de direitos sociais previstos na Constituição. O que se esperava, nesse sentido, mais do que fundamentar o conteúdo substancial das decisões, era o de que haveria um esforço do tribunal em explicitar sua competência acerca destes casos.

A partir do estudo da jurisprudência do STF, três argumentos foram identificados. Destes argumentos, aquele denominado vedação à lírica constitucional é dominante, sendo geralmente a fundamentação da corte para sua atuação nestes tipos de casos. O único argumento encontrado contra a atuação do Supremo o considerou como um fórum inadequado para a tomada deste tipo de decisão por razões institucionais que repercutiram de maneira negativa na aplicação dogmática destes direitos – operaria direitos de caráter universal de modo individual. De um lado, dois argumentos opostos, o da vedação à lírica constitucional e o da vedação à individualização dos direitos sociais, tem a mesma origem, na dogmática dos direitos sociais.

Por outro lado, é interessante notar que apenas o argumento metodológico toma em conta a realidade da administração pública ao concretizar uma política pública. Por estar baseado em uma audiência pública específica para o setor da saúde, este seja o argumento que consegue interagir de com a realidade outros poderes, principalmente o executivo, no que toca a políticas públicas relativas ao fornecimento de medicamentos. Talvez seja esta uma possível lição para a construção da legitimidade institucional da Corte – realizar audiências específicas para cada setor, apreendendo sua mecânica de funcionamento para tomar esta realidade em conta no momento da decisão.

Ainda, dois destes argumentos surgiram em casos cujo objeto já havia sido perdido. Carlos Ari Sundfeld e Liandro Domingos, nesse sentido, apresentaram uma teoria interessante. Após analisarem alguns casos específicos e de maneira exemplar, concluem que "o papel forte e abrangente que o STF reserva para si, em matéria de direitos sociais e de políticas reivindicadas frente à administração, é o de ativista retórico. Mas suas injunções diretas sobre a atividade administrativa só ocorrem em casos circunscritos, os quais em termos políticos valem mais como argumento e como exemplo do que pelo exercício de poder de mando".⁶⁸

_

⁶⁸ Sundfeld e Domingos, 2013: p. 37.

Estariam os autores corretos, e a carapuça do "late, mas não morde" serviria no tribunal?⁶⁹

Acredito que é possível harmonizar minha hipótese a esta última, e desenvolver uma conclusão a partir de dois planos distintos. O tribunal, assim, atuaria em dois eixos diferentes: defenderia os direitos constitucionalmente previstos e reservaria sua competência em vácuos institucionais. No primeiro, é possível constatar pela extensa maioria de casos uma postura ativa e um discurso de defesa e concretização de direitos sociais. No segundo, constatável na origem de sua principal fundamentação, o STF constrói argumentativamente sua legitimidade para ocupar novos espaços institucionais, sem que, no caso em concreto, acarrete alguma ingerência em outros poderes. O momento de reserva competência é o de casos julgados em abstrato, onde a Corte constrói seu discurso de atuação. Posteriormente, essa legitimidade adquirida do espaço institucional é consolidada em casos concretos em que há a efetiva garantia de direitos sociais constitucionalmente previstos.

6. Bibliografia

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Trotta, 2002.

ACCA, Thiago dos Santos. *Teoria brasileira dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. New York: Norton, 1978.

FERREIRA, Camila; et al. *O judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS*. In: Prêmio Ipea 40 anos – Ipea Caixa 2004: Monografias premiadas, 2005: pp. 389-431.

_

⁶⁹ Agradeço a Luciana Reis por sugerir a expressão.

GEMIGNANI, Daniel. *A coerência na interpretação dos direitos sociais quando analisados pelo Supremo Tribunal Federal*. Monografia – Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público: São Paulo, 2005. Disponível em <a href="mailto:chicago: chicago de control of the control of the

HOLMES, Stepnhen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes.* New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KOERNER, Andrei. *Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. In: Revista Novos Estudos, CEBRAP. Ed. 96, jul. de 2013: pp. 69 e ss.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MICHELMAN, Frank. *The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification. In*: International Journal of Constitutional Law, vol. 1, 2003: pp. 13-34.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas*. In: Revista Novos Estudos, CEBRAP. Ed. 91, nov. de 2011: pp. 5 e ss.

OLIVEIRA, Andrea Coimbra de. *O controle de constitucionalidade de políticas públicas e a interpretação do STF*. Monografia – Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público: São Paulo, 2008. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/114_andrea.pdf>.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 589.

SOUZA, Celine. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. In: Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006: p. 20-45.

SUNDFELD, Carlos Ari; DOMINGOS, Liandro. *Supremocracia ou administrocracia no novo direito público brasileiro?* In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odede Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. *Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira*. In: VOJVODIC, Adriana, et al. (orgs.). Jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012: pp. 19 e ss.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social, n. 19, vol. 2, 2007: pp. 39-85.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois:* Suprema Corte e 'ativismo judicial à brasileira'. Revista Direito GV, n. 4, vol. 2, 2008: pp. 407-440.

VIEIKA	, Oscar viinen	a. <i>Supremocracia</i> . Re	evista Direito	GV, VOI. 4	., nº 2,
2008: ¡	pp. 441 e ss.				
		A desigualdad	le e a subve	rsão do Est	tado de
Direito.	In: Revista I	nternacional de Dire	tos Humanos	s. Vol. 4, n ^o	.6, São
Paulo:	2007.				
WANG,	Daniel Wei Lia	ng. <i>Escassez de recur</i>	sos, custo do	s direitos e	reserva
do pos	sível na jurispi	rudência do Supremo	Tribunal Fed	<i>eral</i> . Mono	grafia –
Escola	de Formação,	Sociedade Brasileira	de Direito P	úblico: São	Paulo,
2006.		Disponível	em		<
http://	www.sbdp.org.	br/arquivos/monograf	ia/80_Daniel%	620Wang.p	df>.

7. Anexos

7.1. Anexo I – Catálogo de decisões

<u>Catálogo de decisões</u>							
	Referência da decisão	Min. Rel.	Ano de julgamento	Matéria do caso	Partes	Chave de pesquisa	
1	RE 723578 AgR / RN	Rosa	5/8/2014	segurança pública	Estado e MP		
2	ARE 761127 AgR / AP	Barroso	24/6/2014	educação	Estado e MP		
3	AI 739151 AgR / PI	Rosa Weber	27/5/2014	acesso ao judiciário	Estado e MP		
4	RE 658171 AgR / DF	Toffoli	1/4/2014	meio ambiente	União e MPF		
5	AI 598212 ED / PR	Celso de Mello	25/3/2014	acesso ao judiciário	Estado e MP		
6	ARE 740800 AgR / SP	Cármem Lúcia	3/12/2013	saúde	Estado e MP		
7	RE 581352 AgR / AM	Celso de Mello	29/10/2013	saúde	Estado e MP		
8	RE 440028 /SP	Marco Aurélio	29/10/2013	política pública para portadores de deficiência física	Estado e MP		
9	RE 763667 AgR / CE	Celso de Mello	22/10/2013	acesso ao judiciário	Estado e MP		
10	RE 628159 AgR / MA	Rosa Weber	25/6/2013	Não determinada	Estado e MP		
11	AI 810410 AgR / GO	Toffoli	28/5/2013	segurança pública	Estado e MP]	
12	AI 829984 AgR / GO	Toffoli	14/5/2013	saúde	Estado e MP		
13	AI 835956 AgR / MA	Toffoli	7/5/2013	acesso ao judiciário	Estado e MP		
14	RE 700227 ED / SC	Cármem Lúcia	23/4/2013	moradia	Município e MP	Políticas adj2	
15	RE 563144 AgR / DF	Gilmar Mendes	19/3/2013	meio ambiente	Estado e MP		
16	AI 809018 AgR / SC	Toffoli	25/9/2012	educação	Estado e MP	implementaçã	
17	RE 417408 / RJ	Toffoli	20/3/2012	meio ambiente	Particular e MP		
18	AI 593676 AgR / RS	Toffoli	28/2/2012	meio ambiente	Município e MP		
19	AI 708667 AgR / SP	Toffoli	28/2/2012	moradia	Município e MP		
20	ARE 635679 AgR / GO	Toffoli	6/12/2011	educação	Estado e MP]	
21	AI 750768 AgR / Ba	Toffoli	25/10/2011	saúde	Estado e Particular		
22	ARE 639337 AgR / SP	Celso de Mello	23/8/2011	educação	Município e MP		
23	RE 559646 AGR / PR	Ellen Gracie	7/6/2011	segurança pública	Estado e MP		
24	RE 607381 AgR / SC	Fux	31/5/2011	saúde	Estado e Particular		
25	AI 734487 AgR / PR	Ellen Gracie	3/8/2010	saúde	Estado e MP		
26	RE 367432 AgR / PR	Eros Grau	20/4/2010	segurança pública	Estado e MP		
27	STA 223 AgR / PE	Celso de Mello	14/4/2008	saúde	Estado e Particular		
28	ADPF 45 / DF	Celso de Mello	29/4/2004	saúde	Partido e Presidente		
29	RE 603575 AgR / SC	Eros Grau	20/4/2010	educação	Estado e MP		
30	RE 594018 AgR / RJ	Eros Grau	23/6/2009	educação	Estado e MP	Políticas	
31	RE 595595 AgR / SC	Eros Grau	28/4/2009	educação	Município e MP	públicas e	
32	RE 410715 AgR / SP	Celso de Mello	22/11/2005	educação	Município e MP	omissão esta	

33	RE 642536 AgR / AP	Fux	5/2/2013	saúde	Estado e MP	
34	RE 368564 / DF	Marco	Marco Aurélio 13/4/2011	saúde	União e	Reserva prox2 possível
		Aurélio			Particular	
	SL 47 AgR / PE	Gilmar Mendes	17/3/2010	saúde	Estado,	
35					Município,	
					União e	
					respectivos	
					MPs	
					Estado,	
36	STA 175 AgR /CE	Gilmar Mendes	17/3/2010	Município, saúde União e respectivos MPs	Município,	
					respectivos	
					MPs	

	<u>Decisões Excluídas</u>						
	Referência da decisão	Min. Rel.	Ano de julgamento	Chave de pesquisa	Razão da exclusão		
37	RE 684612 RG / RJ	Cármem Lúcia	6/2/2014		O caso foi excluído pela questão jurídica ser configuração ou não de repercurssão geral.		
38	AC 3389 MC - Ref / PI	Celso de Mello	1/8/2013		O caso foi excluído pela questão jurídica ser o repasse de verbas e se referir a conflitos federativos Estados- União.		
39	ACO 2131 TA-Ref / MT	Celso de Mello	18/4/2013		O caso foi excluído pela questão jurídica ser o repasse de verbas e se referir a conflitos federativos Estados- União.		
40	ACO 2057 MC-Ref / RO	Celso de Mello	21/2/2013		O caso foi excluído pela questão jurídica ser o repasse de verbas e se referir a conflitos federativos Estados- União.		
41	HC 102439 / MT	Gilmar Mendes	11/12/2012		O caso foi excluído por versar sobre matéria penal		
42	ADI 4029 / AM	Fux	8/3/2012		O caso foi excluído pela questão jurídica ser o repasse de verbas e se referir a conflitos federativos Estados- União.		
43	AC 2971 MC-Ref / PI	Celso de Mello	15/12/2011	Políticas adj2 públicas prox4 implementação	O caso foi excluído pela questão jurídica ser o repasse de verbas e se referir a conflitos federativos Estados- União.		
44	ACO 1889 MC-Ref / RN	Celso de Mello	15/12/2011	ргол4 ітрієтеніццав	O caso foi excluído pela questão jurídica ser o repasse de verbas e se referir a conflitos federativos Estados- União.		
45	ADI 4568 / DF	Cármem Lúcia	3/11/2011		O caso foi excluído por versar sobre decretos presidenciais e não ter a atuação da Corte como questão relevante.		
46	AC 2893 MC / PI	Celso de Mello	22/6/2011		O caso foi excluído pela questão jurídica ser o repasse de verbas e se referir a conflitos federativos Estados- União.		
47	ACO 1534 TA-Ref / RS	Celso de Mello	17/3/2011		O caso foi excluído pela questão jurídica ser o repasse de verbas e se referir a conflitos federativos Estados- União.		
48	ACO 1576 TA-Ref / MG	Celso de Mello	23/6/2010		O caso foi excluído pela questão jurídica ser o repasse de verbas e se referir a conflitos federativos Estados- União.		
49	AC 2578 MC-Ref / PB	Celso de Mello	7/4/2010		O caso foi excluído pela questão jurídica ser o repasse de verbas e se referir a conflitos federativos Estados- União.		

7.2. Anexo II - Fichamentos

Tema: Segurança pública

Número do caso: 1

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 723.578 Rio Grande Do

Norte

Relator: Min. Rosa Weber

Data do julgamento: 05/08/2014

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Rio Grande do Norte; Embargado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO DISPONIBILIZADO EM 06.9.2008.

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes. Precedentes.

As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário.

Agravo regimental conhecido e não provido.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: Ministério Público busca do Estado a construção de nova

escola e contratação de vigía.

Ouestões relevantes:

Fundamento principal: "A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal

é firme no sentido da possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em

situações excepcionais, que a Administração Pública adote medidas

assecuratórias de direitos constitucionalmente estabelecidos sem que isso

importe violação do princípio da separação de Poderes."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do

Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor

Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas

taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo

regimental, nos termos do voto da Relatora. Não participou,

justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Luiz Fux.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: RE 559.646-AgR/PR; I 809.018- AgR/SC; RE 367.432-

AgR/PR; AI 810.410-AgR/GO

Tema: Educação

Número do caso: 2

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 761.127

Amapá

56

Relator: Min. Roberto Barroso

Data do julgamento: 24/06/2014

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Amapá; Embargado: Ministério Público do

Estado do Amapá

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES.

As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: Ministério Público busca do Estado a construção de nova escola e contratação de vigía.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Tal como constatou a decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento no sentido de reconhecer ao Judiciário a possibilidade de, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas a fim de garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação

dos Poderes."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Não participou do julgamento, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ARE no 718.665/PI-AgR, RE no 628.159/MA-AgR

Tema: Acesso ao judiciario

Número do caso: 3

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Agravo De Instrumento 739.151 Piauí

Relator: Min. Rosa Weber

Data do julgamento: 27/05/2014

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Piauí; Embargado: Ministério Público do Estado do Piauí

Ementa: DIREITO DEFENSORIA PÚBLICA. AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO. OMISSÃO DO ESTADO QUE FRUSTA DIREITOS FUNDAMENTAIS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. CONTROLE JURISDICIONAL.

POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22.10.2007.

Emerge do acórdão que ensejou o manejo do recurso extraordinário que o Tribunal *a quo* manteve a sentença que condenou o Estado a designar um defensor público para prestar serviços de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes da Comarca de Demerval Lobão consoante os arts. 50, LXXIV, 127, *caput*, 129, III e IX e 134 da Constituição Federal. No caso de descumprimento da obrigação, fixou multa diária.

O acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes. Precedentes.

O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos Poderes. Precedentes.

Agravo regimental conhecido e não provido.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: Emerge do acórdão que ensejou o manejo do recurso extraordinário que o Tribunal *a quo* manteve a sentença que condenou o Estado a designar um defensor público para prestar serviços de assistência juridica gratuita aos hipossuficientes da Comarca de Demerval Lobão consoante os arts. 50, LXXIV, 127, *caput*, 129, III e IX e 134 da Constituição Federal. No caso de descumprimento da obrigação, fixou multa diária.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "O acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações

excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ARE no 718.665/PI-AgR, RE no 628.159/MA-AgR

Tema: Meio ambiente

Número do caso: 4

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Aq.Req. No Recurso Extraordinário 658.171 Distrito Federal

Relator: Min. Dias Toffoli

Data do julgamento: 01/04/2014

Data da publicação:

Partes: Agravante: União; Embargado: Ministério Público Federal

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Insuficiência orçamentária. Invocação. Impossibilidade.

Precedentes.

- 1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.
- 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.
- 3. A Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária.
- 4. Agravo regimental não provido.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: Ministério Público iniciou processo para que houvesse a implementação de ações com o objetivo de recuperar a barragem de Poço Branco.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "É firme a orientação neste Tribunal de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Nesse sentido, os seguintes julgados."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ARE no 718.665/PI-AgR, RE no 628.159/MA-AgR

Tema: Acesso ao judiciário

Número do caso: 5

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Emb.Decl. No Agravo De Instrumento 598.212 Paraná

Relator: Min. Celso De Mello

Data do julgamento: 25/03/2014

Data da publicação:

Partes: Embargante: Estado do Paraná; Embargado: Ministério Público do

Estado do Paraná

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - DEFENSORIA PÚBLICA -IMPLANTAÇÃO - OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS - SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL - O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO "DIREITO A TER DIREITOS" COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS -INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 50, INCISO LXXIV, E ART. 134) -LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO - A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES") - CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES - A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - "THEMA DECIDENDUM" QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na "criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana" - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE.

- Assiste a toda e qualquer pessoa especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.
- O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs.
- É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão

as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 50, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um "facere" (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.
- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse "non facere" ou "non praestare" resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina.
- É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que,

mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Precedentes. Doutrina.

- A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 50, LXXIV, e art. 134) – autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 – RTJ 183/818-819 – RTJ 185/794-796, v.g.. Doutrina.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: Ministério Público iniciou processo para que houvesse a implementação de ações com o objetivo de dotar o único hospital do Município de Cachoeirinha/RS de leitos nas unidades de terapia intensiva UTI suficientes ao atendimento da população local.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Nem se diga que o Poder Judiciário não disporia de competência para colmatar, "in concreto", omissões estatais caracterizadas pelo inadimplemento, por parte do Poder Público, de dever jurídico que lhe foi imposto pela própria Constituição da República, como resulta claro, presente o contexto ora em exame, do seu art. 50, inciso LXXIV, c/c o art. 134.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental"

"Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional de que se acham investidos os órgãos do Poder Judiciário, tem enfatizado que os juízes e Tribunais não podem demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivas as determinações constantes do texto constitucional, inclusive aquelas fundadas em normas de conteúdo programático (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É que, se tal não ocorrer, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, em tema de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF no 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, como adverte a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, "Direito Administrativo e Políticas Públicas", 2002, Saraiva), o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e

Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá ser atribuída, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie

ora em exame."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em converter os embargos de declaração em agravo regimental, ao qual deu parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ADPF n. 45

Tema: Saúde

Número do caso: 6

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 740.800 Rio

Grande Do Sul

Relator: Min. Cármen Lúcia

Data do julgamento: 03/12/2013

67

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Rio Grande do Sul; Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AUMENTO DE LEITOS EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA – UTI. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE NÃO SE CONFIGURA SUBSTITUTIVA DE PRERROGATIVA DO PODER EXECUTIVO. DETERMINAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA EXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: Ministério Público iniciou processo para que houvesse a implementação de ações com o objetivo de dotar o único hospital do Município de Cachoeirinha/RS de leitos nas unidades de terapia intensiva UTI suficientes ao atendimento da população local.

Questões relevantes:

Fundamento principal: Citação da Suspensão de Liminar n. 47:

"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 (...) 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"

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, **em negar provimento ao agravo regimental,** nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: SL n. 47

Tema: Saúde

Número do caso: 7

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas

Relator: Min. Celso De Mello

Data do julgamento:

Data da publicação: 29/10/2013

69

Partes: Agravante: Estado do Amazonas; Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas

Ementa: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS - DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL OBRIGAÇÃO JURÍDICO- -CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS - CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO - DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR 183/818-819) - COMPORTAMENTO INÉRCIA ESTATAL (RTJ TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ Α QUESTÃO DA RESERVA DO RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO - A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES") - CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) - A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL **FUNDADA** ΕM **COMPORTAMENTO** AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO - CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" (CPC, ART. 461, § 50) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO" (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: Ministério Público iniciou ação civil pública para que houvesse ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Cabe assinalar, desde logo, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante."

"Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto

direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público (...)."

"É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF no 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame."

"Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e

desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República."

"Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental, conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ADPF n. 45.

Tema: Políticas públicas para portadores de deficiências públicas

Número do caso: 8

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Recurso Extraordinário 440.028 São Paulo

Relator: Marco Aurélio

Data do julgamento: 29/10/2013

Data da publicação:

Partes: Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo; Recorrido: Estado de São Paulo

Ementa: PRÉDIO PÚBLICO – PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL – ACESSO. A Constituição de 1988, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e as Leis no 7.853/89 – federal –, no 5.500/86 e no 9.086/95 – estas duas do Estado de São Paulo – asseguram o direito dos portadores de necessidades especiais ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem.

Dispositivo(s) questionado(s): Art. 227, §2° e 244 CF

Fatos: Ministério Público iniciou ação civil pública buscando a instalação de rampa e banheiros adequados na Escola Estadual Professor Vicente Teodoro de Souza para uso de alunos portadores de deficiência do aparelho locomotor.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Salta aos olhos a relevância deste

julgamento. Faz-se em jogo o controle jurisdicional de políticas públicas, tema de importância ímpar para a concretização da Carta da República, ante o conteúdo dirigente que estampa. Segundo a jurisprudência do Supremo, são três os requisitos a viabilizar a incursão judicial nesse campo, a saber: a natureza constitucional da política pública reclamada, a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais e a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento. No caso, todos os pressupostos encontram-se presentes. Explico.

(...)

A questão que se coloca é saber se, diante da inércia legislativa, há preceitos sem eficácia. A resposta é desenganadamente negativa. Ao remeter à lei a disciplina da matéria, a Carta da República não obstaculiza a atuação do Judiciário. Existem razões para assim concluir. A primeira delas está no rol dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, surgindo o envolvimento da dignidade da pessoa humana e da busca de uma sociedade justa e solidária – artigos 10, inciso III, e 30, inciso I, do Diploma Maior.

A segunda a ser levada em conta diz respeito ao fato de as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais terem aplicação imediata, sendo que os direitos e garantias expressos na Carta de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte – § 10 e § 20 do artigo 50.

Há uma terceira premissa. O acesso ao Judiciário para reclamar contra lesão ou ameaça de lesão a direito é cláusula pétrea." (p. 2-4).

"Em deferência ao princípio da separação de Poderes, que funciona não apenas como uma técnica de contenção do arbítrio, consoante sustentou o Barão de Montesquieu na clássica obra *O Espírito das Leis*, mas também como instrumento de racionalização e eficiência no exercício das funções públicas, mostra-se indispensável reconhecer que a intervenção judicial em

políticas públicas deve ser realizada pelo meio menos gravoso possível. Explico. Em regra, princípios constitucionais obrigam a Administração Pública a colocar em prática uma política pública abrangente que esteja voltada à concretização deles, sem, contudo, especificar qual é. Não se encontrando o Poder Judiciário aparelhado a tomar decisões quanto à eficácia das inúmeras políticas disponíveis para concretizá-los, há de reconhecer a prerrogativa do administrador em selecioná-las. Essa situação, contudo, revela-se diferente se estão em causa prestações relacionadas ao mínimo existencial ou obrigações que, por força dos próprios enunciados adotados pela Constituição e leis aplicáveis, restringem as opções da Administração, exatamente o que ocorre na situação em análise, pelos motivos já veiculados.

A doutrina chama a atenção para o fato, muitas vezes despercebido, de ser despiciendo evocar princípios constitucionais – como separação de Poderes ou democracia – quando o direito à prestação positiva vem expressamente estampado na legislação ordinária. É a situação que Ingo Wolfgang Sarlet denominou "direitos derivados a prestações" (*A eficácia dos direitos fundamentais*, 2005, p. 302). Como afirmado, o direito buscado neste processo decorre diretamente dos princípios e regras constitucionais, o que é, até mesmo, requisito para o acesso ao Supremo na afunilada via do recurso extraordinário. Ainda que assim não fosse, há lei a dar respaldo à pretensão inicial.

Passo à última etapa do raciocínio desenvolvido: saber se existe justificativa razoável para a mora administrativa. Já adianto que a resposta é negativa. O recorrido – Estado de São Paulo –, em momento algum, apontou políticas públicas alternativas à satisfação do encargo constitucional. Arguiu, simplesmente, poder discricionário, o qual certamente não se estende a ponto de permitir ao administrador público escolher qual preceito da Lei Maior deseja observar.

A simples ausência de portadores de necessidades especiais matriculados na escola estadual não consubstancia desculpa cabível. O quadro pode resultar

da própria ausência de opções de acessibilidade. A lógica é circular: o Estado não as fornece, nenhum portador de necessidades especiais consegue frequentar o edifício público, logo, o Estado afirma que não tem o dever de criar formas de acesso porque não há matriculados. Descura do fato de que a escola pública não atende apenas aos estudantes nela matriculados, mas a toda a comunidade." (p. 5-6).

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em prover o recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados:

Tema: Acesso ao judiciário

Número do caso: 9

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 763.667 Ceará

Relator: CELSO DE MELLO

Data do julgamento: 22/10/2013

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Ceará; Agravado Ministério Público do Ceará

Ementa: DEFENSORIA PÚBLICA – DIREITO DAS PESSOAS NECESSITADAS AO ATENDIMENTO INTEGRAL, NA COMARCA EM QUE RESIDEM, PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PRERROGATIVA FUNDAMENTAL

COMPROMETIDA POR RAZÕES ADMINISTRATIVAS QUE IMPÕEM, ÀS PESSOAS CARENTES, NO CASO, A NECESSIDADE DE CUSTOSO DESLOCAMENTO PARA COMARCA PRÓXIMA ONDE A DEFENSORIA PÚBLICA SE ACHA MAIS BEM ESTRUTURADA - ÔNUS FINANCEIRO, RESULTANTE DESSE DESLOCAMENTO, QUE NÃO PODE, NEM DEVE, SER SUPORTADO PELA POPULAÇÃO DESASSISTIDA - IMPRESCINDIBILIDADE DE O ESTADO PROVER A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL COM MELHOR ESTRUTURA ADMINISTRATIVA - MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA CONFERIR EFETIVIDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 50, INCISO LXXIV, DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA - OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS -SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL - O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO "DIREITO A TER DIREITOS" COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS - INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 50, INCISO LXXIV, E ART. 134) -LEGITIMIDADE DESSA UAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO - A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES") - CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES - A FUNÇÃO

CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: O MP busca a nomeação de defensor público para a comarca de Groaíras.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Nem se diga que o Poder Judiciário não disporia de competência para colmatar, "in concreto", omissões estatais caracterizadas pelo inadimplemento, por parte do Poder Público, de dever jurídico que lhe foi imposto pela própria Constituição da República, como resulta claro, presente o contexto ora em exame, do seu art. 50, inciso LXXIV, c/c o art. 134.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é lícito, ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal."

"O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos."

"É importante enfatizar, desse modo, que, mesmo em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade

governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representa um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício está sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220).

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e viabilizando, desse modo, o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

Vale relembrar, ainda, por necessário, que o caráter programático da regra constitucional – que tem por destinatários os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RE 273.834-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)."

"Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional de que se acham investidos os órgãos do Poder Judiciário, tem enfatizado que os juízes e Tribunais não podem demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivas as determinações constantes do texto constitucional, inclusive aquelas fundadas em normas de conteúdo programático (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É que, se tal não ocorrer, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, em tema de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF no 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, como adverte a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, "Direito Administrativo e Políticas Públicas", 2002, Saraiva), o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político--jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados:

Tema: ?

Número do caso: 10

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 628.159 Maranhão

Relator: Rosa Weber

Data do julgamento: 25/06/2013

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Maranhão; Embargado: Ministério Público do Estado do Maranhão

Ementa: DIREITO Administrativo. Segurança pública. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 04.11.2004. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.

Dispositivo(s) questionado(s): art. 2o da Constituição Federal

Fatos:

Questões relevantes:

Fundamento principal: "A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em situações excepcionais, que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente estabelecidos sem que isso importe violação do princípio da separação de Poderes."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Não participou,

justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: RE 559.646-AgR/PR, AI 809.018- AgR/SC

Tema: Segurança Pública

Número do caso: 11

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Agravo De Instrumento 810.410 Goiás

Relator: Dias Toffoli

Data do julgamento: 28/05/2013

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado de Goiás; Embargado: Ministério Público do

Estado de Goiás

Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Segurança pública. Destacamento de policiais para garantia de segurança em estabelecimento de custódia de menores infratores. Violação do princípio da separação dos Poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental não provido.

Dispositivo(s) questionado(s): arts. 165 e 167, inciso IV, da Constituição

Federal

Fatos: "Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério

Público contra o Estado de Goiás para que esse fosse compelido a

providenciar efetivo policial militar para a garantia da segurança do Centro

de Recepção ao Adolescente Infrator da Comarca de Itumbiara."

Questões relevantes:

Fundamento principal: "No presente caso, o Tribunal de Justiça buscou,

tão somente, assegurar o direito constitucional dos munícipes à segurança

pública, assim como salvaguardar a integridade dos adolescentes sob

custódia estatal, atuando, portanto, em consonância com o entendimento

perfilhado neste Tribunal.

Com efeito, consoante expresso na decisão agravada, pacificou-se nesta

Corte o entendimento de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais,

pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias

de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como se dá

no caso dos autos, sem que isso configure violação do princípio da

separação dos poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de

um Poder na esfera de outro."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor

Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das notas

taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo

regimental, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ARE no 639.337/SP-AgR

Tema: Saúde

84

Número do caso: 12

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Agravo De Instrumento 829.984 Rondônia

Relator: Dias Toffoli

Data do julgamento: 14/05/2013

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado de Rondônia; Embargado: Ministério Público de Rondônia

Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Prequestionamento. Ausência. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

- 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nos 282 e 356/STF.
- 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.
- 3. Agravo regimental não provido.

Dispositivo(s) questionado(s): arts. 165 e 167, inciso IV, da Constituição Federal

Fatos: "Evidenciada a falta de material necessário para o atendimento à população, deve a administração ser compelida a manter a prestação adequada, eficiente, regular e segura dos serviços de saúde,

inclusive no que se refere ao planejamento de compra de medicamentos e

materiais pensos necessários à consecução das atividades médicas de praxe.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Assim, como também já consignado, é

certo que o acórdão recorrido não divergiu do pacífico entendimento deste

Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote

medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como

essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de

poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na

esfera de outro."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os

Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência

do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das

notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao

agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ADPF n. 45

Tema: Acesso ao judiciario

Número do caso: 13

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Agravo De Instrumento 835.956 Maranhão

Relator: Dias Toffoli

86

Data do julgamento: 07/05/2013

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Maranhão; Embargado: Ministério Público do Estado do Maranhão

Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Ampliação da atuação da Defensoria Pública. Relevância institucional. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

- 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 20 da Constituição Federal.
- 2. Agravo regimental não provido.

Dispositivo(s) questionado(s): arts. 165 e 167, inciso IV, da Constituição Federal

Fatos: Ação Civil Pública, na qual o Ministério Público demandava a instalação da Defensoria na Comarca de Paço do Lumiar, assim como a compra de materiais, aluguel de prédio, lotação de servidores, etc.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de ressaltar a importância institucional da Defensoria Pública, que constitui verdadeira garantia de tratamento digno e isonômico aos necessitados, a fim de assegurar-lhes amplo acesso ao Poder Judiciário."

"Desse modo, é certo que o Tribunal de Justiça não divergiu da pacífica

jurisprudência desta Corte de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 20 da Constituição Federal, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello

Tema: Moradia

Número do caso: 14

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Emb. Decl. No Recurso extraordinário 700.227 SC

Relator: Carmen Lúcia

Data do julgamento: 23/04/2013

Data da publicação:

Partes: Embargante: Município de Camboriú; Embargado: Ministério

Público do Estado de Santa Catarina

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO

EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: MP iniciou uma ação civil pública em face do município, devido a seguinte situação: "é fato que a situação enfrentada pelos moradores do bairro Monte Alegre, no Município de Camboriú, impende preocupação, na medida em que os constantes alagamentos ocasionados pelas chuvas, além de provocar transtornos e prejuízos materiais às famílias que ali vivem, são vetores de inúmeras doenças, gerando problemas de saúde pública na região." Buscava, com isso a constituição de "obrigação de fazer relativa a obras de saneamento, construção de condomínios habitacionais e de escolas à administração pública, na medida em que tal atribuição é de competência do Poder Executivo."

Questões relevantes:

Fundamento principal: "O Tribunal de origem restringiu-se a extinguir o processo sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, por considerar inviável ao Poder Judiciário intervir na implementação de políticas públicas.

Todavia, esse entendimento não se harmoniza com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure contrariedade ao princípio da separação dos Poderes.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, **em converter os embargos de declaração em agravo regimental e, negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário**, nos termos do voto da Relatora. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello

Tema: Meio ambiente

Número do caso: 15

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 563.144 Distrito Federal

Relator: Gilmar Mendes

Data do julgamento: 19/03/2013

Data da publicação:

Partes: Agravante: Distrito Federal; Agravado: Ministério Público do Distrito

Federal e Territórios.

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Ação civil pública. Meio ambiente. 3. Ausência de prequestionamento (súmulas 282 e 356). 4. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: O distrito foi condenado por construir irregularmente que causaram

danos ambientais. Obrigação de demolir construções em área pública que

estavam em desacordo com o projeto urbanístico.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Isso porque esta Corte já firmou entendimento no

sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode

determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de

direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso

configure violação do princípio da separação de poderes, o que se aplica ao

caso dos autos, no qual se busca a tutela do direito ao meio ambiente."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros

do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do

Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de

julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar

provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados:

Tema: Educação

Número do caso: 16

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Aq.Req. No Agravo De Instrumento 809.018 Santa Catarina

Relator: Dias Toffoli

91

Data do julgamento: 25/09/2012

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado de Santa Catarina; Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Ementa: regimental instrumento. Agravo no agravo de Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação pública em face da COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS - CEDAE e do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, visando impedir a poluição do rio Paraíba do Sul que ocorre pelo despejo de esgoto **in natura**, buscando providências no sentido de que sejam realizadas obras para que se restabeleça o equilíbrio ambiental e seja resguardada a saúde pública.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Pacificou-se, também, neste Tribunal, o entendimento de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não

se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados:

Tema: Meio ambiente

Número do caso: 17

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 417.408 Rio de Janeiro

Relator: Dias Toffoli

Data do julgamento: 20/03/2012

Data da publicação:

Partes: Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE;

Agravado: Ministério Público Federal.

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual

comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação pública em face da COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS - CEDAE e do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, visando impedir a poluição do rio Paraíba do Sul que ocorre pelo despejo de esgoto **in natura**, buscando providências no sentido de que sejam realizadas obras para que se restabeleça o equilíbrio ambiental e seja resguardada a saúde pública.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Por outro lado, é firme a orientação neste Tribunal de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais como a dos autos, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ARE no 639.337/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o

Ministro **Celso de Mello**, DJe de 15/9/11

Tema: Meio ambiente e moradia

Número do caso: 18 e 19

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 708.667 São Paulo;

Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 593.676 Rio Grande do Sul

Relator: Dias Toffoli

Data do julgamento: 28/02/2012

Data da publicação:

Partes: Agravante: Município de São Paulo; Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Agravante: Município de Porto Alegre; Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Ementa: no instrumento. Agravo regimental de agravo Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas constitucionalmente reconhecidos assecuratórias de direitos essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido.

Agravo regimental no agravo de instrumento. Impossibilidade de reexame de legislação infraconstitucional e de fatos e provas dos autos. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrencia. Precedentes. 1. O recurso extraordinário não se presta ao reexame da legislação infraconstitucional e de fatos e provas dos autos. Incidencia das Súmulas

nos 636 e 279 desta Corte. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: "Insurge-se o município, inicialmente, quanto à interdição definitiva da Praia do Gasometro para banhos e colocação de placas de advertencia, referido que tais providencias há muito tempo vem sendo adotadas, conforme a prova produzida nos autos, considerando que foram particularmente implementadas a partir do deferimento da liminar na presente demanda. Menciona, também, que vem provocando desestimular a população de tomar banho no rio junto à Usina do Gasometro, procedendo à colocação de placas contendo advertencia para o perigo de afogamento. Refere que, dentro de sua competência, age o Município no sentido de desestimular a entrada de pessoas no rio, inclusive com a instalação no local de chuveiros."

"o próprio Município de São Paulo se teria comprometido formalmente com o Ministério Público do Estado de São Paulo, mediante "Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta", a remover as famílias instaladas em áreas de risco de determinada região do Município, sendo certo que a ação civil pública movida, na origem, pelo MP buscava apenas o cumprimento integral do referido termo, ao qual a Municipalidade livremente se obrigou."

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Pacificou-se neste Tribunal o entendimento de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito à integridade física e à moradia digna dos administrados, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não

se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro."

"Daí, se conclui que, embora o Município venha colocando placas de advertência, desestimulando o uso do rio para banhos, principalmente a partir do deferimento da liminar, impõe-se a manutenção da condenação."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados:

Tema: Educação

Número do caso: 20

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Aq. Req. no Recurso extraordinário com agravo 634.679 GO

Relator: Dias Toffoli

Data do julgamento: 06/12/2011

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado de Goiás; Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Melhoria da qualidade do ensino público. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência.

Precedentes.

- 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.
- 2. Agravo regimental não provido.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público contra o Estado de Goiás, em que se pleiteia a construção de salas de aula em número suficiente ao adequado atendimento da população e em cumprimento das normas que regulam o serviço público de ensino, de modo que este seja prestado com qualidade.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "pacificou-se nesta Corte o entendimento de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da educação, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro."

(Dias Toffoli).

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Sra. Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ARE n. 639.337 SP-AgR, Rel Min. Celso de Mello.

Tema: Saúde

Número do caso: 21

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 750.768 BA

Relator: Dias Toffoli

Data do julgamento: 25/10/2011

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado da Bahia; Agravado: Maria Leia da Conceição

Franco

Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação de poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada de origem mediante decisão fundamentada. 2. Inadmissível em recurso extraordinário o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula n. 279/STF. 3. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 4. Agravo regimental não provido.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: O Estado da Bahia foi obrigado a custear a realização de cirurgia de gastroplastia por meio de videolaroscopia.

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Por fim, em relação à questão atinente ao princípio da separação dos poderes e à possível interferência na política pública do Estado, também não merece prosperar o inconformismo. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes." (Dias Toffoli).

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Sra. Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ARE n. 639.337 SP-AgR, Rel Min. Celso de Mello.

Tema: Educação

Número do caso: 22

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e no: Ag. Reg. no R.E. com Ag. 639.337 SP

Relator: Celso de Mello

Data do julgamento: 23/08/2011

Data da publicação:

Partes: Agravante: Município de São Paulo; Agravado: Ministério Público

do Estado de São Paulo

Ementa: CRIANCA *DE ATÉ* CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC No 53/2006) -COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO -DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 20) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL -PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA *DE NOVA REALIDADE FÁTICA -* QUESTÃO *QUE* SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.
- A educação infantil, por qualificar-se *como direito fundamental* de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.
- Os Municípios que atuarão, *prioritariamente*, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 20) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, *tratando-se do atendimento* das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas *de modo a comprometer*, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, *a eficácia* desse direito básico de índole social.
- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revelase possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a DE POLÍTICAS DESCUMPRIMENTO PÚBLICAS DEFINIDAS EΜ SEDE HIPÓTESE CONSTITUCIONAL: INTERVENÇÃO **LEGITIMADORA** DE

JURISDICIONAL.

- O Poder Público quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, *no âmbito do Estado*, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*.
- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.
- A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.
- A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS".
- A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado,

- o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina.
- A cláusula da reserva do possível que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.
- A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 10, III, e art. 30, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).
- A PROIBIÇÃO *DO RETROCESSO SOCIAL* COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.
- O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos

fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

- A cláusula que veda o retrocesso *em matéria de direitos a prestações* positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina.

Em conseqüência desse princípio, o Estado, *após haver reconhecido* os direitos prestacionais, assume o dever *não só* de torná-los efetivos, mas, *também*, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – *mediante supressão total* ou *parcial* – os direitos sociais *já concretizados*.

LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES".

- Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 50 do art. 461 do CPC. A "astreinte" – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: Discussão de obrigação judicial do município de São Paulo de matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência.

Questões relevantes: "A intervenção do Poder Judiciário, *em tema de implementação* de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil objetiva neutralizar *os efeitos lesivos* e *perversos*, que, provocados pela omissão

estatal, nada mais traduzem *senão inaceitável insulto* a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes." (Celso de Mello).

Fundamento principal: "Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração ou dimensão (como o direito à educação, p. ex.) - com as liberdades positivas, reais ou concretas. É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público. É certo tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, contudo, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

(...)

Nem se atribua, *indevidamente*, ao Judiciário, no contexto ora em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da

República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade."

(Celso de Mello, p. 138 - 143).

O fato que tenho por relevante consiste no reconhecimento de que a interpretação da norma programática não pode transformá-la *em promessa* constitucional inconsegüente.

(Celso de Mello, p. 147).

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ADPF n. 45

Tema: Segurança pública

Número do caso: 23

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e no: Ag. Reg. RE 559646 PR

Relator: Luiz Fux

Data do julgamento: 07/06/2011

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Paraná; Agravado: MP PR

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente

previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.

Dispositivo(s) questionado(s): Artigos 2°, 6° e 144 da Constituição Federal.

Fatos:

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Verifica-se que a jurisprudência tem evoluído e admitido, em casos excepcionais, a atuação do Poder Judiciário em temas de políticas públicas. Ressalta-se que o Princípio da Separação dos Poderes, no caso, não pode ser utilizado para obstar um direito social reconhecido pela nossa Constituição Federal (artigos 6° e 144)."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ADPF n. 45.

Tema: Saúde

Número do caso: 24

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e no: Ag. Reg. RE 607381 SC

Relator: Luiz Fux

Data do julgamento: 31/05/2011

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado de Santa Catarina; Agravado: Ruth Maria da

Rosa

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO PROTELATÓRIA. **FEITO PARA** JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas (arts. 23, II, e 198, §1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custa-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se o meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

Dispositivo (S	questionado) (s): arts. 23	, II	, e 198,	. ξ1º	, da CF

Fatos:

Questões relevantes: "Cabe consignar que a matéria posta nos autos não se confunde com aquela cujo tema teve sua repercussão geral reconhecida por esta Corte nos autos do RE 566.471, da Relatoria do min. Marco Aurélio, onde se discute a obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamentos de alto custo que não constam da lista do Sistema Único de Saúde – SUS". (Fux).

Fundamento principal: "A ultima ratio do art. 196 da CF é garantir a efetividade ao direito fundamental à saúde, de forma a orientar os gestores públicos na implementação de medidas que facilitem o acesso a quem necessite da tutela estatal à prestação aos serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além de políticas públicas para prevenção de doenças, principalmente quando se verifica ser, o tutelado, pessoa hipossuficiente, que não possui meios financeiros para custear o próprio tratamento".

Decisão: A turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 31.5. 2011.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados:

Tema: Saúde

Número do caso: 25

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag. Reg. no Ag Instrumento 734487

Relator: Ellen Gracie

Data do julgamento: 03/08/2010

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Paraná; Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.

Dispositivo(s) questionado(s): Artigos 2º, 6º e 196 da Constituição Federal.

Fatos: Foi imposto em 1ª instância ao Estado do Paraná uma obrigação de fazer, envolvendo liberação de recursos financeiros, ampliação da unidade de terapia intensiva-adulta do Hospital Universitário de Londrina (mínimo de 10 leitos e a adoção de medidas necessárias para o bom desenvolvimento do referido setor).

Questões relevantes:

Fundamento principal: "Ambas as Turmas deste Tribunal têm apreciado a questão dos autos concernente à suscitada ofensa ao art. 2º da CF frente às políticas públicas, especialmente em se tratando de direito a saúde. Isso se demonstra (...) no sentido de que, na hipótese, não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas

constitucionalmente previstas. Verifica-se que a jurisprudência tem evoluído e admitido, em casos excepcionais, a atuação do Poder Judiciário em tema de políticas públicas. Ressalte-se que o Princípio da Separação dos Poderes não pode ser utilizado para obstar um direito social reconhecido pela nossa Constituição Federal (art.s 6° e 196).

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto da relatora.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ADPF n. 45

Tema: Segurança pública

Número do caso: 26

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag. Reg. R.E. 367432 PR

Relator: Eros Grau

Data do julgamento: 20/04/2010

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Paraná; Agravado: Ministério Público do

Estado do Paraná

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não

só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, I e III, da CB/88). Prededentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: O Ministério Público estadual, em sede de ação civil pública, demandou que o Estado do Paraná tomasse medidas quanto a sua política de segurança pública, como o provimento de cargos no quadro dos servidores da Secretaria de Segurança Pública, a construção de cadeia, delegacia e a compra de veículos, armamentos e munições.

Questões relevantes: Seria a atuação do Supremo na esfera da segurança pública distinta? Em nenhum momento, a questão surge para a Corte.

Fundamento principal: Citação da ADPF n. 45. "É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático."

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros

da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento, em negar provimento ao recurso de agravo.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ADPF n. 45

Tema: Saúde

Número do caso: 27

Orgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: STA 223 AgR / PE

Relator: Originária: Ellen Gracie; P/ Acórdão: Celso de Mello

Data do julgamento: 14/04/2008

Data da publicação:

Partes: Agravante: Marcos José Silva de Oliveira; Agravado: Estado de Pernambuco

Ementa: VÍTIMA DE ASSALTO OCORRIDO EM REGIÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO AO QUAL SE ATRIBUI OMISSÃO NO DESEMPENHO DA OBRIGAÇÃO DE OFERECER À POPULAÇÃO LOCAL NÍVEIS EFICIENTES E ADEQUADOS DE SEGURANÇA PÚBLICA - PRÁTICA CRIMINOSA QUE CAUSOU TETRAPLEGIA À VÍTIMA E QUE LHE IMPÔS, PARA SOBREVIVER, DEPENDÊNCIA ABSOLUTA EM RELAÇÃO A SISTEMA DE VENTILAÇÃO PULMONAR ARTIFICIAL - NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MARCAPASSO DIAFRAGMÁTICO INTRAMUSCULAR (MARCAPASSO FRÊNICO) - RECUSA DO ESTADO DE PERNAMBUCO EM VIABILIZAR A CIRURGIA DE IMPLANTE DE REFERIDO MARCAPASSO, A DESPEITO DE HAVER SUPOSTAMENTE FALHADO EM SEU DEVER CONSTITUCIONAL DE PROMOVER

AÇÕES EFICAZES E ADEQUADAS DE SEGURANÇA PÚBLICA EM FAVOR DA POPULAÇÃO LOCAL (CF, art. 144, "caput") - DISCUSSÃO EM TORNO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, art. 37, § 60) -TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - DOUTRINA - PRECEDENTES -ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA EM FAVOR DA VÍTIMA, NA CAUSA PRINCIPAL, PELO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DO PROCESSO -SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DESSA DECISÃO POR ATO DA PRESIDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MEDIDA DE CONTRACAUTELA OUE NÃO SE JUSTIFICAVA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE SEUS PRESSUPOSTOS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER ESTATAL *DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE* RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL (CF, arts. 196 e 197) -OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS DA CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE IMPUTÁVEL AO ESTADO DE INCONSTITUCIONAL PERNAMBUCO DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) - COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) - A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA "*RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES"* (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES") - CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 60, 196 E 197) - A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES

INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO -CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA **NECESSIDADE** DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220) - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: Em apertada síntese, sustenta em sua pretensão inicial que:

- a) em 03.12.2006, foi vítima de assalto em via pública, sofrendo lesões graves na la. e 2^a. vértebras cervicais por disparo de arma de fogo e, em virtude destes ferimentos, tetraplegia irreversível;
- b) em virtude do crime praticado, entende caracterizada a responsabilidade civil subjetiva do Estado de Pernambuco (art. 37, § 6. °, da Constituição Federal), por falta ou falha no serviço, diante de sua omissão *"no dever constitucional de manter a segurança pública"* (fl. 46).

Aduz, para tanto, que "a falta de serviço (faute du service), in casu, está configurada pelo fato de o Estado ter deixado de promover políticas públicas governamentais garantidoras da segurança pública da região que vitimou o Autor, deixando, por conseguinte, de atender ao clamor público, (...), sobre o alto grau de periculosidade da região". Além disso, o Estado teria agido culposamente ao permitir que o autor do disparo contra o Agravante, que aguarda julgamento por homicídio qualificado, permanecesse "em liberdade por anos" (fls. 48/49).

Questões relevantes: Assistência a saúde do paciente

Fundamento principal: Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público. (Celso de Mello).

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, vencida a Presidente, Ministra Ellen Gracie (Relatora), em dar provimento ao recurso de agravo. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido: Esta Suprema Corte a muito firmou o entendimento de que o fato de a segurança pública ser dever do Estado, não lhe impõe a responsabilidade objetiva por eventual dano decorrente de crime. (Ellen Gracie).

Casos Citados:

Tema: Saúde

Número do caso: 28

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e no: MC - ADPF n. 45

Relator: Celso de Mello

Data do julgamento: 29/04/2004

Data da publicação:

Partes: Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB (CF 103, VIII). Requerido: Presidente da República.

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 JURISDICÃO 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 "MÍNIMO DO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL ARGÜIÇÃO DA DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Dispositivo(s) questionado(s): o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

Fatos: O dispositivo foi vetado pelo Presidente, que posteriormente remeteu projeto de lei ao Congresso no qual constava a mesma norma vetada.

Questões relevantes: "Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional."

Fundamento principal: Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado".

Decisão: Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Voto vencido: x

Fundamento do voto vencido: x

Casos Citados: ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175, RTJ 175/1212-1213, Rel. Min.

CELSO DE MELLO, (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno; RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO

Tema: Educação

Número do caso: 29

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag. Reg. RE 603575 SC

Relator: Eros Grau

Data do julgamento: 20/04/2010

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado de Santa Catarina; Agravado: MP SC

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração Pública importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos Estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimenta a que se nega provimento.

Dispositivo(s) questionado(s): Arts. 2 da Constituição Federal

Fatos: Haveria uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do estadual, objetivando compelir o Estado-membro a repassar verbas necessárias ao Município de Benedito Novo para o transporte de alunos da rede estadual de ensino.

Questões relevantes: "a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional."

Fundamento principal:

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental.

Voto vencido: x

Fundamento do voto vencido: x

Casos Citados: RE 436.966, min. Rel. Celso de Mello; ADPF n. 45

Tema: Educação

Número do caso: 30

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e no: Ag. Reg. RE 594018-7 RJ

Relator: Eros Grau

Data do julgamento: 23/06/2009

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Rio de Janeiro; Agravado: MP RJ

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO OMISSÃO PÚBLICO. DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. **DIREITO** FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração Pública importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos Estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimenta a que se nega provimento.

Dispositivo(s) questionado(s): Arts. 205, 208, iv e 211, parágrafo 2º, da Constituição Federal

Fatos: Haveria uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, objetivando o Estado a suprir a carência de professores em unidades de ensino público localizadas no Município de São Gonçalo.

Questões relevantes: "a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional."

Fundamento principal:

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Voto vencido: x

Fundamento do voto vencido: x

Casos Citados: RE 436.966, min. Rel. Celso de Mello; ADPF n. 45

Tema: Educação

Número do caso: 31

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e no: Ag. Reg. RE 595595-8 SC

Relator: Eros Grau

Data do julgamento: 28/04/2009

Data da publicação:

Partes: Agravante: Município de Criciúma; Agravado: MP Santa Catarina

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que "embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria implementadas pelos órgãos Constituição, sejam essas Estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional." Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

Dispositivo(s) questionado(s): Art. 2° e 167, I, da Constituição Federal

Fatos: O município de Criciúma teria a obrigação de disponibilizar vagas

em ensino fundamental e educação infantil para as crianças carentes

residentes em seu território.

Questões relevantes: "a educação infantil, por qualificar-se como direito

fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de

concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração

Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

(...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a

prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no

entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais,

especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria

Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos Estatais

inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos

encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório -

mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais

impregnados de estatura constitucional."

Fundamento principal:

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros

da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da

Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das

notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao

agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Voto vencido: x

Fundamento do voto vencido: x

Casos Citados: RE 436.966, min. Rel. Celso de Mello; ADPF n. 45

Tema: Educação

Número do caso: 32

Órgão Julgador: STF

126

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 410715-5 SP

Relator: Celso de Mello

Data do julgamento: 22/11/2005

Data da publicação:

Partes: Agravante: Município de Santo André; Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE até seis anos de idade – atendimento em creche e em pré-escola – educação infantil – direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, iv) – compreensão global do direito constitucional à educação – dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (cf, art. 211. § 2°) – recurso improvido.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, iv).
- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por defeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, iv), o efetivo acesso e entendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.
- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem

se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os municípios que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, 2°) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, iv, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, iv), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.
- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em base excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: O município disputa, argumentando que há também obrigação do poder Estadual e Federal.

Questões relevantes: "Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em base excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em

descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional" (min. Celso de Mello).

Fundamento principal:

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a senhora Ministra Ellen Gracie e o senhor Ministro Gilmar Mendes.

Voto vencido:

Fundamento do voto vencido:

Casos Citados: ADPF n, 45

Tema: Saúde

Número do caso: 33

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag. Reg. no RE 642.536 AP

Relator: Luiz Fux

Data do julgamento: 05/02/2013

Data da publicação:

Partes: Agravante: Estado do Amapá; Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO.

DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 10, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos - possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública - foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do "mínimo existencial" e da "reserva do possível", decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Dispositivo(s) questionado(s):

Fatos: "o recorrente ajuizou ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, contra o Estado do Amapá, ora recorrido, e contra o Município do Amapá, pleiteando a condenação dos entes públicos em obrigações de fazer que implicassem na adoção de medidas necessárias à melhoria da qualidade do sistema público de saúde local. Narra a inicial que a Unidade Mista de Saúde – UMSA, 'único hospital de referência do Município, (...) vem padecendo de uma falência progressiva por falta de manutenção e renovação de equipamentos médicos-hospitalares e de suas instalações, carência de renovação do quadro de pessoal, contratação de profissionais técnicos para a chefia de farmácia do laboratório clínico, e outros. Resultando, assim, no colapso geral das ações e serviços de saúde, dando ensejo à violação cotidiana, sistemática e reiterada do direito

universal à saúde".

Questões relevantes: X

Fundamento principal: A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do "mínimo existencial" e da "reserva do possível", decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Voto vencido: X

Fundamento do voto vencido: X

Casos Citados:

Tema: Saúde

Número do caso: 34

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e no: RE 368.564 / DF

Relator: Min. Menezes Direito; Redator do Acórdão: Min. Marco Aurélio

Data do julgamento: 08/04/2008 - 13/04/11

Data da publicação:

Partes: Recorrente: União; recorrido: Maria Euridice de Lima Casale

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO. Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federa, "a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)", incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis.

Dispositivo(s) questionado(s): Art. 196, CF.

Fatos: "Um grupo de pessoas que entrou com mandado de segurança. Elas são portadoras de uma doença raríssima chamada retinose pigmentar. É uma doença assemelhada ao glaucoma, porque ela leva a uma perda progressiva da visão. Só que, diferentemente do glaucoma, em que há cirurgia e controle próprios, na retinose pigmentar, não há ainda nenhuma indicação de cura ou de tratamento. Então, elas ingressaram com um mandado de segurança (...). E o destino delas era Havana. Elas queriam que o Ministério da Saúde pagasse a viagem do grupo para Havana". O voto vista do Min. Lewandowski, três anos após o pedido de vista, constatou a perda de objeto do caso.

Questões relevantes: Ministro Menezes Direito: "Agora, no caso, pareceme que elas não têm direito, por um motivo muito simples. O direito se

confere se existe a possibilidade certificada de que há a cura, de que há o tratamento, de que é possível perante os requisitos que o Estado estabeleceu: laudo, parecer, a indicação. E, no caso concreto, há um laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, portanto um laudo que é insuspeito, porque não é um laudo de uma entidade vinculada ao Estado, mas de uma entidade especializada, que confere, até mesmo, o título de especialista em oftalmologia, que afirma peremptoriamente que não existe esse tratamento nem aqui, nem em outro lugar".

Ministro Luiz Fux: "(...) É, digamos assim, a função da Corte Suprema tutelar essa dignidade da vida humana, como consectário dela, o direito à prestação da saúde pelo Estado".

Fundamento principal: "Quanto a ser a saúde direito do cidadão e dever do Estado – encontra-se em harmonia com reiterados pronunciamentos da Corte (...), a impossibilidade de fazer-se prevalecer sobre o interesse do cidadão, considerado o direito à vida e à saúde, aspecto econômico-financeiro".

Decisão: "Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito, Relator."

Voto vencido: Ministro Lewandowski

Fundamento do voto vencido: Min. Lewandowski: "Quando o Judiciário define o conteúdo e a forma de execução de políticas públicas, registra-se uma profunda modificação nesse equilíbrio e no jogo de soma-zero constitucionalmente estabelecido (...). Cuida-se de evidente sobreposição institucional (...). Assim, além do problema da definição de atribuições e competências, é necessário discutir-se os instrumentos que cada um dos poderes tem para levar a cabo as suas funções e os respectivos limites. (...) Dentro os parâmetros dentre os quais o Judiciário atua estão: i) os limites da coisa julgada; ii) a legitimação política para decidir; iii) o processo bilateral; e iv) a inércia institucional. Tais restrições fazem com que o Judiciário tenha dificuldades em dar concreção às políticas públicas,

mediante uma lógica própria da justiça distributiva, uma vez que sua atuação está muito mais identificada com a lógica da justiça comutativa. (...) Nesses termos, o Judiciário, ao tratar de questões para as quais não dispõe dos instrumentos adequados para intervir na realidade concreta, termina por conferir a alguns indivíduos direitos pretensamente subjetivos que, a rigor, deveriam ser contemplados sob a ótica universal (...). Com efeito, ao conferir natureza individual a um direito de caráter universal, o Judiciário não só deixa de aplicar, data vênia, de modo correto o texto constitucional, como ainda interfere na distribuição de recursos pelo Estado sem ter como definir, de modo racional e com um mínimo de objetividade, os graus de prioridade com que devem ser contemplados (...). De fato, para a concretização dos valores abrigados na Constituição, faz-se mister que os pedidos fundados no art. 196 da Constituição sejam examinados à luz do caráter universal que matiza o direito à saúde, que, como regra, não comporta uma avaliação sob uma ótica individual, como ocorreu no presente caso (...) Penso que o papel do Judiciário seja o de garantir que essa distribuição seja realizada dentro de parâmetros constitucionais e legais, garantindo, sempre que possível, a universalização do acesso à saúde. Para tanto, não pode o Judiciário, salvo em situações extremas, em que a própria vida esteja em risco – ir além da fixação de critérios para a atuação da Administração Pública, impedindo que determinados cidadãos sejam privilegiados em detrimento de outros. Não pode - insisto - o Judiciário e, em especial, esta Suprema Corte, guardiã dos valores constitucionais, definir, de maneira pontual e individualizada, como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde".

Casos Citados:

Tema: Saúde

Número do caso: 35 e 36

Órgão Julgador: STF

Fonte: www.stf.gov.br

Classe e nº: Ag. Reg. na SL n. 47 e Suspensão de Tutela Antecipada 175 (julgados em conjunto)

Relator: Gilmar Mendes

Data do julgamento: 17/03/2010

Data da publicação:

Partes: SL n. 47: Estado de Pernambuco (agravante) e União, Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de Pernambuco e Município de Petrolina (agravados).

STA n. 175: União (agravante) e Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará (agravados).

Ementa: SL n. 47: Suspensão de liminar. Agravo regimental. Saúde Pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência pública. Sistema único de saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

STA n. 175: Suspensão de segurança. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência pública. Sistema único de saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Dispositivo(s) questionado(s): SL n. 47:Art. 4°, §4°, da lei n. 8.437/92. STA n. 175: não discriminado no acórdão.

Fatos: SL n. 47: "Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Pernambuco contra a decisão na qual foi indeferido o pedido de suspensão dos efeitos da liminar proferida pelo juízo federal da 8ª Vara de Petrolina/Pe (...). A liminar foi deferida em desfavor do Município de Petrolina para que este adotasse oito providências administrativas para a melhora imediata do atendimento no Hospital Dom Malan. Em relação ao Estado de Pernambuco e à União, a liminar determinou que estes "adotem todos os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina no cumprimento das medidas contra ele deferidas (...)"".

STA n. 175: "Trata-se de agravo regimental interposto pela União contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada (...). Manteve-se, por conseguinte, a antecipação de tutela recursal deferida pelo TRF da 5ª Região para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado Zavesca em favor de Clarice Abreu de Castro Neves".

Questões relevantes: "Embora a causa tenha por fundamento o art. 196 da Constituição Federal (direito à saúde), o Requerente aduz que a liminar ofende o princípio constitucional da interdependência dos poderes do Estado". "Passo a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública – Saúde, realizada neste Tribunal".

Fundamento principal: "O problema talvez não seja o 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". O primeiro critério a ser analisado, portanto, seria justamente este de existência de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada

pela parte. Se há política pública, não haveria interferência da corte em garantir o direito. Se não houver política pública regulando a demanda, abrem-se três possibilidades de averiguação: a não prestação pode decorrer de (i) uma omissão legislativa ou administrativa; (ii) uma decisão administrativa; ou ainda (iii) uma vedação legal. Deste ponto, surge o segundo critério: a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Surgiriam aí duas opções. Ou o SUS forneceria um tratamento alternativo, mas não adequado ao caso concreto, ou o SUS não teria nenhum tratamento específico para a doença do caso. Frente ao dilema, o ministro conclui que "em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política existente". Nota-se que é deixada em aberto a possibilidade de um juízo de eficácia do remédio, a ser realizado no caso concreto. O terceiro critério, por fim, se refere aos casos em que inexista previsão legal de tratamento. O ministro então distingue entre tratamentos puramente experimentais dos tratamentos ainda não testados pelo SUS. Nesse sentido, quanto aos primeiros, "a participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecêlos". Todo este caminho é percorrido para a seguinte conclusão: a omissão estatal também pode ser objeto de impugnação judicial. De acordo com o ministro, "a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema".

Decisão: "O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso".

Voto vencido: x

Fundamento do voto vencido: x

Casos Citados: