

# A ATUAÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS APORTES TEÓRICOS DO SUBSTANCIALISMO E DO PROCEDIMENTALISMO

## JUDICIAL ACTION IN PUBLIC POLICIES: AN APPROACH FROM THE THEORETICAL CONTRIBUTIONS OF SUBSTANTIALISM AND PROCEDURALISM

<sup>1</sup> Carlos José Pacheco 

<sup>2</sup> Guilherme Francisco Jenichen de Oliveira

**Resumo** | O presente artigo tem por escopo abordar os processos de desenvolvimento e implementação de políticas públicas no estado brasileiro sob o prisma e análise de seus ciclos, assim como a (in)admissível interferência do Poder Judiciário visando sua efetivação diante da inércia dos Poderes Públicos competentes. Com o auxílio dos métodos hermenêutico e analítico, abordam-se os problemas que derivam do descumprimento reiterado de comandos constitucionais e das promessas do Texto Constitucional que culminam na frustração de direitos sociais, assim como em comportamentos inerciais frente às políticas públicas necessárias à efetivação de direitos constitucionalmente consagrados. Com base na abordagem científica, crítica, documental, jurisprudencial e doutrinária do problema em estudo, discute-se a possibilidade de atuação judicial em seu controle, trazendo à discussão posicionamentos jurisprudenciais já manifestados pelo Supremo Tribunal Federal, assim como aspectos doutrinários inerentes às correntes teóricas do substancialismo e do procedimentalismo. Conclui-se que a articulação e o diálogo coerente é possível entre os respectivos movimentos teóricos e jurisprudenciais sobre o tema a fim de contribuir com uma percepção racionalmente aferível da atuação – e inércia - dos poderes da República e contribuir com uma percepção mais abrangente da realização das políticas públicas no contexto das sociedades plurais.

**Palavras-chave** | Políticas Públicas. Direitos Sociais. Atuação Judicial. Substancialismo. Procedimentalismo.

**Abstract** | *The purpose of this article is to approach the processes of development and implementation of public policies in the Brazilian state from the perspective and analysis of their cycles, as well as the (in)admissible interference of the Judiciary, aiming at its effectiveness in the face of the inertia of the competent Public Authorities. With the help of hermeneutic and analytical methods, the problems that derive from the repeated failure to comply with constitutional commands and the promises of the Constitutional Text that culminate in the frustration of social rights, as well as in inertial behavior in the face of public policies necessary for the realization of constitutionally consecrated. Based on the scientific, critical, documentary, jurisprudential and doctrinal approach to the problem under study, the possibility of judicial action in its control is discussed, bringing to the discussion jurisprudential positions already expressed by the Federal Supreme Court, as well as doctrinal aspects inherent to the theoretical currents substantialism and proceduralism. It is concluded that the articulation and coherent and possible dialogue between the respective theoretical and jurisprudential movements on the subject in order to contribute to a rationally measurable perception of the performance - and inertia - of the powers of the Republic and to contribute to a broader perception of the realization of public policies in the context of plural societies.*

**Keywords** | Public Policies. Social rights. Judicial Action. substantialism. Proceduralism.

1 Advogado. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil. Pós-Graduando em Direito Constitucional. Mestre em Ensino em Ciências da Saúde e do Meio Ambiente.

2 Egresso do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA. Procurador concursado do Município de Atibaia-SP. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Palestrante convidado (Escola Superior de Advocacia).

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Direitos sociais e políticas públicas. 2. A inefetividade da atuação estatal no campo dos direitos sociais. 3. A atuação judicial em políticas públicas. 3.1. Supremo Tribunal Federal e controle judicial de políticas públicas. 4. A dinâmica entre direito e política e as teorias do substancialismo e procedimentalismo. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 preconiza em seu artigo 6º serem direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Esse dispositivo, não obstante estabelecer direitos visando uma cidadania realmente experimentada, também impõe e dirige a conduta dos Poderes Públicos a fim de que a presença estatal se destine à realização de uma efetiva vivência democrática e de cidadania ativa.

A experiência prática, contudo, insiste em negar essas promessas constitucionais, verificando-se, nos mais diversos campos de expressivas demandas sociais, a inércia e a inefetividade da atuação estatal na concretização de direitos.

A implementação de políticas públicas, que figuram como um dos importantes instrumentos de realização de direitos, em especial aqueles titularizados por grupos e coletividades (direitos sociais), pode ser compreendida modernamente como desenvolvida em ciclos (ciclos das políticas públicas), como um referencial teórico para o seu controle, tanto nas fases de sua idealização, como no período pós-realização, a fim de se aferir seus impactos e o atingimento de metas.

A inefetividade da presença estatal nesta seara tem sido continuamente exposta ao debate judicial e a atuação do Poder Judiciário, por sua vez, tem provocado interessantes debates acerca de sua admissibilidade. Sob esse prisma, os aportes teóricos das correntes substancialista e procedimentalista auxiliam nessa compreensão, assim como a atuação diante dos cenários interdisciplinares e complexos da realidade.

Dessa forma, destaca-se a necessidade de implementação de políticas públicas no Estado brasileiro, possibilitando, assim, a concretização dos direitos sociais prescritos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Discute-se, ainda, inefetividade da presença estatal no atendimento de demandas sociais e o re-direcionamento desse debate para o campo judicial, notadamente perante o Supremo Tribunal Federal, pretendendo-se trazer um olhar crítico sobre a atuação jurisdicional no campo dos direitos sociais.

## 1 DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, buscando situar e – *a posteriori* - conceituar direitos sociais, esses estão inseridos topograficamente na Constituição Federal de 1988 em seu “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, mais precisamente no Capítulo II (artigos 6º ao 11). Em linhas gerais, à luz do texto constitucional (artigo 6º), são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Cumprе salientar, por ser tema imprescindível a qualquer discussão que envolva direitos sociais, que na condição de espécie do gênero “direitos fundamentais”, àqueles aplicam-se os ditâmes constantes no §1º do artigo 5º Carta de 1988 (*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplica-*

ção imediata).”, assim como o contido no §2º do mesmo artigo (*os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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*).

Neste sentido, precisas são as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 287):

Partindo do pressuposto de que na Constituição Federal, a despeito de alguma resistência por parte de setores da doutrina e da jurisprudência, os direitos sociais são direitos fundamentais, estando, em princípio, sujeitos ao mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais (ainda que não necessariamente de modo igual quanto ao detalhe e em alguns casos), é preciso, numa primeira aproximação, destacar que o elenco dos direitos sociais (termo que aqui é utilizado como gênero) não se resume ao rol enunciado no art. 6.º da CF, abrangendo também, nos termos do art. 5.º, § 2.º, da CF, direitos e garantias de caráter implícito, bem como direitos positivados em outras partes do texto constitucional (portanto, fora do Título II) e ainda direitos previstos em tratados internacionais, temática que aqui não será desenvolvida, visto que o sentido e alcance da cláusula de abertura material consagrada pelo dispositivo citado já foi objeto de detalhado exame no âmbito da parte geral dos direitos fundamentais.

Aos direitos sociais também se aplica, consoante já sinalado na parte geral dos direitos fundamentais, o disposto no art. 5.º, § 1.º, da CF, de tal sorte que, a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as normas consagradoras de direitos sociais possuem aplicabilidade direta, ainda que o alcance de sua eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e em harmonia com outros direitos fundamentais (sociais ou não), princípios e mesmo interesses públicos e privados

No que tange à definição de direitos sociais, André Ramos Tavares (TAVARES, 2022) reconhece que os Direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado, prioritariamente na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. Tais direitos são, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos à prestação, ou direitos prestacionais.

Em sentido análogo, preciosas também são as lições de Alexandre de Moraes (MORAES, 2022) ensina que os Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Compreendidos estes direitos como direitos prestacionais, o traço característico destes está em se referirem a uma exigência de prestação positiva, e não de uma omissão. Na relação jurídica, ao direito prestacional corresponde uma obrigação de fazer ou de dar (MENDES; BRANCO, 2020, p. 160).

Ainda segundo Gilmar Mendes, a circunstância de os direitos à prestação traduzirem-se numa ação positiva do Estado confere-lhes peculiaridades estruturais, em termos de níveis de densidade normativa, que os distinguem dos direitos de defesa, não somente quanto à finalidade, mas, igualmente, quanto ao seu modo de exercício e de eficácia (2020, p. 160).

De certo, é notório que os direitos à prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica e são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades orçamentárias do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado (MENDES; BRANCO, 2020, p. 162).

Nesse sentir, as políticas públicas figuram como um dos mais destacados papéis da atuação estatal visando a efetivação dos direitos sociais, na medida em que, por meio delas, busca-se realizar, no plano da vida, as prerrogativas jurídicas reconhecidamente válidas e legítimas.

A par dessas considerações, premente se faz, neste momento, trazer o conceito de políticas públicas, deveras útil à compreensão da análise que ora se pretende com este trabalho.

Políticas públicas são instrumentos técnico-políticos voltados ao enfrentamento de um dado problema social: algo que é considerado indesejável e que desperta uma ação em contrapartida. Nesta conotação, ganha saliência: (a) o caráter deliberado dos processos de construção da ação, devido à intenção de lidar com um problema social; (b) a pretensão do fim almejado: a mudança social (ROSA; LIMA; AGUIAR, 2021, p. 13).

Aprofundando ainda mais sobre o tema, Felipe de Melo Fonte (FONTE, 2021, p. 16), aduz:

Na literatura há diversas definições de políticas públicas, sendo disputável até mesmo se elas se referem exclusivamente a ações de governo. Segundo Michael Howlett e M. Ramesh, é possível destacar três definições utilizadas com maior abrangência pelos estudiosos no assunto.

A primeira delas é de Thomas Dye, segundo o qual será política pública tudo aquilo que o governo decida fazer ou não fazer. Tal definição peca pelo excesso, pois incluirá no conceito todas as atividades realizadas pelo governo, tais como, e.g., desde a decisão de comprar papel, o trânsito de um veículo de representação para conduzir determinada autoridade pública e até mesmo as decisões judiciais. Não há nenhuma preocupação em distinguir as atividades governamentais, as quais, contudo, possuem notória especialização e diferenciação. Além disso, nos termos da crítica empreendida pelos autores citados, a definição dada por Thomas Dye reduz o fenômeno das políticas públicas ao aspecto decisório, descurando de outras questões relacionadas a elas, tal como a implementação e avaliação das políticas adotadas, pontos importantes para a ciência política.

Um segundo conceito oriundo dos estudiosos da ciência das políticas públicas é de William Jenkins. Segundo ele, política pública é um conjunto de decisões inter-relacionadas tomadas por um indivíduo ou um grupo de atores políticos a respeito da escolha de objetivos e os meios de alcançá-los em uma situação específica, onde tais decisões devem, em princípio, estar inseridas no poder de alcance destes atores. O conceito é mais completo que o apresentado por Thomas Dye, e envolve diversas considerações. Em primeiro lugar, para Jenkins as políticas públicas não se circunscrevem a um ato isolado, mas se apresentam como um processo que pode demandar uma série de atos, os quais envolverão a escolha de objetivos e os meios para atingi-los. Em segundo lugar, as decisões podem emanar de um ou vários atores políticos, o que se trata de uma constatação essencial para as sociedades modernas, cuja complexidade exigirá quase sempre a atuação conjunta de diversos membros e instituições sociais, especialmente quando houver demanda de recursos públicos. E, ainda, Jenkins considera essencial ao conceito que sejam consideradas as limitações ao poder de ação dos governantes. Muito embora não pareça adequado incluir a existência de restrições à definição de políticas públicas em seu próprio conceito (e.g., há restrições constitucionais e legais a prestação de serviços públicos e nem por isso elas servem para definir o que eles são), isto pode ser importante como um elemento pedagógico. No âmbito da ciência das políticas públicas, por sua vez, os fatores limitativos serão sempre importantes, na medida em que uma análise acurada da política pública sempre deverá considerá-los.

Uma última definição de políticas públicas utilizada no campo das ciências políticas é de James Anderson. Segundo o autor, elas se caracterizam por um curso de ação intencional construído por um ator ou um conjunto de atores para lidar com um problema ou um motivo de preocupação. A novidade na definição de Anderson, em comparação com as anteriores, consiste na percepção de que as políticas públicas são deflagradas em razão de problemas sociais

Firmadas essas premissas, cumpre ressaltar que não se pode entender como expressões sinônimas *direitos sociais* e *políticas públicas*. As políticas públicas são os mecanismos cuja pretensão consiste

na realização dos direitos sociais estabelecidos na Carta Magna e legislação infraconstitucional, e o atendimento de direitos e prerrogativas que demandam atuações positivas do Estado.

Outro ponto a ser destacado é que as políticas públicas se desenvolvem por meio de ciclos, a saber, através de abordagens prévias à sua implementação (fases de percepção das necessidades e de imaginação de possíveis soluções), bem como por abordagens posteriores a sua própria realização (fase de análises dos impactos efetivamente provocados e de permanente avaliação e atualização).

A partir das lições de Júlia Gabriele Lima da Rosa, Luciana Leite Lima e Rafael Barbosa de Aguiar, pode-se identificar as seguintes fases (2021. p. 46):

- A. Formação da agenda: momento em que situações percebidas como indesejáveis são transformadas em problemas sociais e disputam a atenção de atores que detêm os recursos para formular e implementar políticas públicas.
- B. Formulação das alternativas: quando as comunidades de políticas elaboram alternativas de políticas públicas.
- C. Tomada de decisão: fase da escolha entre as alternativas disponíveis.
- D. Implementação: estágio de execução das políticas públicas e de sua adaptação aos contextos locais de ação.
- E. Avaliação: atividades de produção de informações sobre a política e sua implementação.

As precisas considerações de Felipe de Melo Fonte (FONTE, 2021, p. 19) corroboram também tais assertivas sobre políticas públicas e seus ciclos:

A ideia de que as políticas públicas englobam leis, diversos atos administrativos e fatos tendentes à realização de determinada finalidade imediatamente remete à noção de procedimento. Daí por que em sede doutrinária há o reconhecimento das etapas que dão ensejo à formação e execução das políticas públicas. Ademais, as políticas públicas são cíclicas porque dificilmente as questões que demandaram a sua concretização são solucionadas em curto prazo. Vale dizer que este corte pode não corresponder a momentos verdadeiramente estanques entre si, mas deve ser compreendido como uma tentativa de facilitar o estudo do tema, de modo que a organização proposta está sujeita a eventuais correções e críticas futuras. São identificadas, basicamente, quatro fases, que compreendem: (i) a definição da agenda pública; (ii) a formulação e escolha das políticas públicas; (iii) sua implementação pelo órgão competente; e (iv) avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição e nas leis.

Assim exposto, no que tange ao ciclo das políticas públicas, verifica-se o traço complexo e transversal da sua implementação, na medida em que não corresponde, exclusivamente, ao agir material ou legislativo, mas também a uma série de outras tarefas, que tendencialmente amplifica a atuação dos mais diversos agentes.

## **2 A INEFETIVIDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL NO CAMPO DOS DIREITOS SOCIAIS**

A realidade cotidiana faz prova de que, nos mais diversos campos em que se exige uma acurada e orquestrada atuação estatal, a exemplo dos deveres de fornecimento de educação de qualidade, saúde, tutela ambiental ou mesmo de efetiva segurança pública e paz social, a ausência do Estado faz letra morta o grau de cidadania que a Carta de 1988 pretendeu capitanear.

Pela acurácia da análise, cabe citar trechos do voto do então Ministro Celso de Mello, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1484 de 2001 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2022):

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, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política 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). [...] 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. [...] O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. - 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.

Verifica-se, nas precisas palavras do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, o pernicioso efeito do descumprimento de prestações materiais necessárias do Estado, que resultam no fenômeno identificado como *erosão da consciência constitucional*.

Assim, as políticas públicas, que devem ser organizadas tanto pelo Poder Legislativo, por meio de prestações jurídicas e legislativas, bem como pelo Poder Executivo, por meio da realização material das prestações, restam frustradas, culminando na vulnerabilização de expressiva parcela da população.

### 3 A ATUAÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS

#### 3.1 Supremo Tribunal Federal e controle judicial de políticas públicas

Confrontada a Corte Constitucional brasileira com postulações visando o controle das políticas públicas não realizadas - ou insatisfatoriamente implementadas - e a necessidade de concretização dos direitos sociais, com base em famoso precedente de relatoria do Ministro Celso de Mello nos autos da ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2022), colacionamos a parte de seu voto:

[...]

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível 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.

[...]

No voto proferido em medida cautelar na referida ação, o Ministro Relator pontua a admissibilidade da atuação judicial sobre políticas públicas, determinando a sua realização, quando a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo comprometer os direitos fundamentais, em especial aqueles de natureza econômica, social ou cultural.

O Supremo Tribunal Federal também atuou de maneira ativa sobre a efetivação das políticas públicas nas discussões pertinentes ao sistema carcerário brasileiro e à declaração do estado de coisas inconstitucional.

Sob a lavra da relatoria do Ministro Marco Aurélio nos autos da medida cautelar na ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2022), transcrevemos abaixo a ementa do julgado:

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

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

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

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

Aprofundando a leitura dos votos, oportunamente trazemos primorosos trechos da manifestação do Ministro Celso de Mello (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2022):

Não se desconhece que 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 positivadas na própria Lei Fundamental.

[...]

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “escolhas trágicas” (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros) –, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte:

[...]

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, 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, o direito à segurança e o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado.

Ainda sobre a temática aqui versada, enfatizamos que além das ações concentradas, o Supremo Tribunal Federal manifestou no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 763.667/CE (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2022), relatoria Ministro Celso de Mello, a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na seara da implementação de políticas públicas em razão de ausência estatal.

E M E N T A: 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 SUPTADO 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. 5º, 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. 5º, 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 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 .

A partir de tais precedentes, apontados exemplificativamente, verifica-se o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da legitimidade da incursão jurisdicional sobre políticas públicas cujas falhas de implementação por parte do Estado comprometem direitos sociais.

#### **4 A DINÂMICA ENTRE DIREITO E POLÍTICA E AS TEORIAS DO SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO.**

Ao iniciarmos a abordagem sobre as teorias do *substancialismo* e *procedimentalismo*, enfatizamos que, não obstante a notória intersecção destas com diversos institutos, tais como, “Ativismo Judicial”, “Judicialização da Política”, “Politização da Justiça”, “Jurisdição Constitucional e Democracia”, dentre outros, não aspiramos aqui trazer aprofundamentos teóricos quanto a esses temas, mas sim suscitar uma reflexão no que tange à atuação do Poder Judiciário na idealização dos direitos sociais por meio de políticas públicas frente à inércia ou ineficiência dos Poderes Públicos, sob a ótica e confluências contemporâneas à luz das aludidas teorias.

As relações entre Direito e Política e seus respectivos reflexos na práxis dos Poderes Constituídos têm suscitado profundos debates entre os estudiosos, em especial quanto aos seus limites divisórios e âmbitos de atuação e interações.

Consoante as lições de Luíz Roberto Barroso (BARROSO, 1996, p. 23-32):

A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (the rule of law) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do direito. No plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político.

Com isto, para melhor compreensão quanto ao ponto fulcral deste trabalho, trazemos o seguinte dilema: no que concerne às demandas “judicializadas” que envolvem a prestação de direitos sociais de índole prestacionais diante da inércia quanto à efetivação de políticas públicas, qual deve ser a postura e limites de atuação judicial no deslinde desta questão?

A resposta a esta indagação perpassa, inevitavelmente, pelo prisma dos aportes teóricos, ou eixos analíticos, do substancialismo ou procedimentalismo.

Segundo o denominado substancialismo, haveria um conteúdo valorativo constitucional cuja eventual violação, uma vez constatada e deduzida judicialmente, autorizaria o Poder Judiciário a determinar a concretização material desses valores, procedendo a determinações sobre os demais poderes, ao argumento de que, estando todos submetidos à Constituição, a ilegítima inércia do Legislativo ou Executivo poderia ser censurada pelo Judiciário, que determinaria o atendimento de demandas, especialmente quando em risco direitos sociais fundamentais (STRECK, 2003).

Nesse sentido, a leitura de uma democracia substancialista seria aquela que mais legitimaria o ativismo judicial, compreendido este como um comportamento ativo do Poder Judiciário no espaço de atuação dos demais poderes e na realização de políticas públicas (BARROSO, 1996).

Sobre esse tema, a doutrina de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 220) preconizam:

[...] a legitimidade da adoção de decisões substantivas pelas constituições, sobretudo no que concerne aos direitos fundamentais - inclusive direitos que não estão diretamente ligados ao funcionamento da democracia. O neoconstitucionalismo e a teoria da constituição dirigente, antes examinados, se situam claramente no campo do substancialismo, por conceberem papéis bastante ambiciosos para as constituições, que vão muito além da garantia dos pressupostos do funcionamento da democracia [...].

Por outro lado, o procedimentalismo afigura-se como a corrente teórica que reconhece que a legitimidade de decisões a respeito de políticas públicas é obtida através da observância dos procedimentos participativos de tomada de decisão, no seio dos Poderes Legislativo e Executivo.

Assim, em uma visão de democracia procedimentalista, não caberia ao Poder Judiciário dirigir ou controlar a atuação dos poderes eleitos, senão zelar pela observância das “regras do jogo”.

Discorrendo sobre o assunto, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 220):

[...] as teorias procedimentais sustentam que o papel da Constituição é definir as regras do jogo político, assegurando a sua natureza democrática. Isso inclui também a defesa de determinados direitos, que são tidos como pressupostos para o funcionamento da democracia, como as liberdades de expressão e de associação política. O procedimentalismo defende que as decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, político etc., não devem estar contidas na Constituição, cabendo ao povo em cada momento deliberar sobre esses temas. O principal fundamento desta posição é o princípio democrático, pois se parte da premissa de que a constitucionalização de uma decisão, por importar na supressão do espaço de deliberação das maiorias políticas futuras, deve ser vista com muita cautela.

Trata-se de uma leitura das relações entre Direito e Política que acentua como lócus de deliberação acerca das políticas públicas os poderes eleitos, bem como os procedimentos previamente estabelecidos para a tomada de decisões em processos de mais ampla participação.

Considerando-se o conceito de políticas públicas já delineado, também compreendido, a partir de GRINOVER (2010, p. 25), como programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro, assim como a sistemática cíclica em que estas se desenvolvem (ciclos da política pública), quaisquer conceitos de democracia (substantialista ou procedimentalista), não pode passar ao largo dessa complexa sistemática de ação estatal.

Isso porque, sem a pretensão de adotar-se uma postura doutrinal, em que se acolha como modelo ideal e único a democracia substancialista, que melhor reconhece ao Judiciário a sua incursão em políticas públicas, ou a democracia procedimentalista, que aporta nos poderes eleitos a atuação exclusivista na implementação de ações políticas do Estado, quaisquer modelos precisam se alinhar à complexidade das políticas em desenvolvimento.

Nessa medida, supor que o Judiciário, pela simples determinação de realização de tais políticas, promova soluções efetivas, representa um reducionismo da realidade prática, comprometendo o resultado final da ação política. Por outro lado, retirar da órbita jurisdicional o debate pode implicar vazios de proteção, impedindo a realização de direitos.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2012, p. 9):

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Em que pesem as diversas polêmicas existem em torno do tema, de forma acertada, em nosso entendimento, são as lições de Ingo Sarlet et al. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 104):

[...] convém pelo menos atentar para o assim chamado fenômeno da “judicialização da política” ou do “ativismo judicial” (por mais que se possa discutir a respeito da correção dos termos e sobre o quanto são adequadamente utilizados no Brasil), para que se verifique o quanto cada vez mais aparentemente menos se leva em conta o princípio da conformidade funcional, especialmente no que diz com a ampla intervenção do Poder Judiciário na esfera da atividade legislativa e em relação aos atos (e omissões) do Poder Executivo. Com isso, por sua vez, não se está a fazer um juízo de valor (negativo ou positivo), mas apenas afirmando que os limites funcionais aparentemente se revelam cada vez mais fluidos e relativos, o que se percebe com particular ênfase no Brasil pós-1988, à vista do número de casos que foram levados ao STF e que, segundo muitos, indicam uma crescente intervenção do Poder Judiciário na esfera reservada aos demais poderes.

Diante destes pontos de tensão, buscando conciliar - se é que possível - as teorias procedimentalistas e substancialistas, conciliadoras são as palavras de Lênio Streck (STRECK, 2017, p. 128):

Afinal, em que medida democracia e constitucionalismo são compatíveis?

Quais os limites da jurisdição constitucional? Correndo sempre o risco de simplificar, é possível dizer que é nessas pautas que substancialistas e procedimentalistas calcam as suas razões. Mas uma questão deve ficar clara desde logo: as divergências entre as posturas substancialistas (que acoplam à noção de Estado o conteúdo material das Constituições que apontam para a mudança do *status quo* da sociedade, colocando grande ênfase no papel da justiça constitucional na efetivação dos direitos fundamentais-sociais) e procedimentalistas (calcadas na noção de democracia procedimental propugnada por Jürgen Habermas, mormente em seu Direito e democracia – entre faticidade e validade) não podem opô-las a ponto de se pensar, por exemplo, que o substancialismo não é pluralista ou que o procedimentalismo possa ser reduzido a uma perspectiva meramente “formalista”.

Tampouco se pode pensar que uma é democrática, e a outra não, ou que os procedimentalistas não estão preocupados com a concretização dos direitos fundamentais e com a preservação da Constituição

Assim, uma leitura possível seria orquestrar as posturas teóricas com uma realidade pragmática de Estado buscando sempre a efetividade maior das políticas pretendidas, na tentativa de uma real assecuração de direitos fundamentais, em especial aqueles de índole social, dependentes de prestações materiais do Estado, a ação estatal, seja por meio dos poderes eleitos (Legislativo e Executivo), seja por meio da atuação jurisdicional ativa (Poder Judiciário).

## 5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 assegura direitos fundamentais de índole social, cuja realização se expressa, em diversos casos, através de prestações materiais do Estado. Referidas prestações materiais se realizam por meio de políticas públicas, compreendidas como programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro.

Em razão de reiteradas inércias do Estado Brasileiro no atendimento de direitos sociais, fenômeno amplamente reconhecido, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário constantemente vem sendo acionado para a tomada de posicionamento a respeito da inefetividade de direitos sociais.

Em doutrina verifica-se a existência de correntes teóricas que abordam o relacionamento entre Direito e Política e Direito e Poder, identificadas como correntes substancialista e procedimentalista.

A corrente substancialista reconhece ao Poder Judiciário incursionar sobre os demais poderes, no sentido de determinar a tomada de posturas, para a realização concreta dos valores constitucionais; a corrente procedimentalista reconhece a legitimidade de decisões públicas através da observância de procedimentos, relegando aos poderes eleitos a tomada das decisões tendentes ao atendimento das demandas sociais.

Sem a pretensão de se adotar uma postura exclusivista, em defesa de uma ou outra corrente doutrinária, pretendeu-se apontar para a relevância de se compreender o desenvolvimento das políticas públicas através de complexos ciclos formadores, de modo que todos os poderes da república, atuando sobre essa temática, devem estar atentos a referidos impactos, em atenção aos reclamos pragmatistas de um Estado eficiente.

Conclui-se que a articulação e o diálogo coerente e possível entre os respectivos movimentos teóricos e jurisprudenciais sobre o tema poderá contribuir com uma percepção racionalmente aferível da atuação – e inércia - dos poderes da República e contribuir com uma percepção mais abrangente da realização das políticas públicas no contexto das sociedades plurais.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. RFD - Revista da Faculdade de Direito - UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em 17 jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Cadernos do Centro de Ciências Sociais. Vol. I, Nº 1 (1996) - Rio de Janeiro: UERJ, CCS, 1996. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/8118/5898> Acesso em 17 jul. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 15 jul. 2022

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942: Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 15 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1484 DF**. rel. min. Celso de Mello. Decisão de 21.08.2001 - publicado no DJ do dia 28/08/2001 que circulou no dia 29/08/2001. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1647917>. Acesso em: 15 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 DF**. rel. min. Celso de Mello. Decisão de 29.04.2004 - publicado no DJ do dia 04/05/2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 15 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 DF**. rel. min. Marco Aurélio; rel. do acórdão: min. Alexandre de Moraes; rel. do último incidente: min. Marco Aurélio (ADPF-MC-segunda). Ata nº 18, de 08/06/2021. DJE nº 115, divulgado em 15/06/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>; Acesso em: 15 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. RE 763.667/CE**. rel. min. Celso de Mello; Data de publicação Dje 13/12/2013 - Ata nº 194/2013. Dje nº 246, divulgado em 12/12/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4440936>. Acesso em: 15 jul. 2022

FONTE, Felipe de M. Políticas públicas e direitos fundamentais. Editora Saraiva, 2021. 9786555597417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597417/> . Acesso em: 15 jul. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional. Tradução . Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. Acesso em: 20 jul. 2022

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

MORAES, Alexandre D. Direito Constitucional. Grupo GEN, 2022. 9786559771868. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/> . Acesso em: 15 jul. 2022.

ROSA, Júlia Gabriele Lima. LIMA, Luciana Leite. AGUIAR, Rafael Barbosa de. **Políticas Públicas: introdução**. Porto Alegre. Ed. Jacarta: 2021.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2022. 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/> . Acesso em: 15 jul. 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional. teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. Porto Alegre. Novos Estudos Jurídicos, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livrariado Advogado. 2004.

STRECK, Lênio L. **Verdade e consenso**: São Paulo: Saraiva, 2017. 9788547215644. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215644/> . Acesso em: 15 jul. 2022

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022. 9786555596915. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596915/>. Acesso em: 15 jul. 2022