

**PROCESSO ESTRUTURAL COMO MEDIDA DE
LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM
POLÍTICAS PÚBLICAS****STRUCTURAL PROCESS AS A MEANS OF LEGITIMIZING JUDICIAL
INTERVENTION IN PUBLIC POLICIES**

Alexander Fabiano Ribeiro Santos

Doutorando em Direito Constitucional – IDP, Brasília/DF. Professor de Direito Constitucional e advogado atuante no Distrito Federal e estado do Mato Grosso. E-mail: afrsdbf@gmail.com

RESUMO

Este ensaio discute que o papel do Poder Judiciário na fiscalização, correção, implementação e efetivação de políticas públicas deve ser cuidadosamente delimitado, centrando-se na identificação de desconformidades com os objetivos e princípios fundamentais do Estado. A intervenção judicial deve ser reservada para situações que envolvam problemas complexos e policêntricos, com vista à restauração da conformidade. Contexto em que o processo estrutural emerge como estratégia de legitimação, proporcionando um meio pelo qual o Judiciário pode atuar de forma a reforçar a eficácia das políticas públicas, mantendo uma abordagem restrita às questões de desconformidade e colaborando na busca pela harmonização das ações governamentais com os valores e direitos consagrados na Constituição. A pesquisa adotou uma abordagem qualitativa e teórica, por meio de análise de conteúdo, e começou pela exploração bibliográfica sobre os limites da intervenção judicial em políticas públicas, seguida pela análise de argumentos a favor e contra essa intervenção, bem como dos requisitos e limites para si mesma. Para a análise, foram utilizados posicionamentos da doutrina e de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Ao final, o trabalho propõe sugestões para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e dos objetivos da República sem comprometer a separação dos poderes.

Palavras-Chave: Intervenção Judicial. Políticas Públicas. Separação dos Poderes. Legitimação. Processo Estrutural.

ABSTRACT

This essay discusses the role of the Judiciary in the supervision, correction, implementation, and effectiveness of public policies, which must be carefully delimited, focusing on identifying discrepancies with the fundamental objectives and principles of the State. Judicial intervention should be reserved for situations involving complex and multicentric issues, with the aim of restoring conformity. In this context, the structural process emerges as a legitimizing strategy, providing a means through which the Judiciary can act to reinforce the effectiveness of public policies, maintaining a restricted approach to matters of non-conformity and collaborating in the pursuit of harmonizing governmental actions with the values and rights enshrined in the Constitution. The research adopted a qualitative and theoretical approach, employing content analysis, starting with a bibliographical exploration of the limits of judicial intervention in public policies, followed by the analysis of arguments in favor of and against such intervention, as well as the requirements and boundaries for it. The analysis relied on doctrinal positions and precedents from the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice. Ultimately, the work proposes solutions to ensure the effectiveness of fundamental rights and the Republic's objectives without compromising the separation of powers.

Keywords: Judicial Intervention. Public Policies. Separation of Powers. Legitimacy. Structural Process.

I INTRODUÇÃO

O limite da intervenção judicial em políticas públicas tem despertado interesse e controvérsias no sistema jurídico brasileiro. Por um lado, pode-se argumentar que essa intervenção é possível e necessária para proteger direitos fundamentais e corrigir ilegalidades; doutro, há quem sustente que ela pode comprometer a separação dos poderes e a autonomia dos órgãos políticos.

Mesmo que o Brasil tenha adotado o princípio da separação dos Poderes como barreira limítrofe da intervenção de um Poder com respeito aos demais, o texto constitucional de 1988 estabeleceu uma série de instrumentos de controle, adotando a ideia de freios e contrapesos, como forma de assegurar que os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil fossem alcançados.

Segundo Bobbio (2004), de pouco adiantaria reconhecer os direitos sem garantir efetivamente seu exercício. Segundo o autor, de nada adiantaria a conquista do reconhecimento da importância dos direitos e garantias fundamentais nas sociedades contemporâneas sem o reconhecimento de que tais direitos precisam ser assegurados, respeitados e praticados.

Grinover (2010) defendeu que não há violação do princípio da separação dos Poderes quando a intervenção do Poder Judiciário se der com a finalidade de assegurar a compatibilização das políticas públicas com os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Embora o princípio da separação dos poderes seja entendido como vetor da interferência recíproca no exercício das funções de cada um dos Poderes, Benjamin (2005) afirmou que a Constituição Federal de 1988 representou um avanço para a proteção dos direitos e garantias fundamentais e que não se podem deixar essas conquistas abstratamente asseguradas “ao sabor do acaso” e da boa vontade dos outros poderes.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), consubstanciada no julgamento do Recurso Especial nº 1.389.952/MT, de relatoria do ministro Benjamin, ele afirmou ser “inadmissível equívoco defender que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantir os direitos fundamentais, possa ser utilizado como óbice à realização desses mesmos direitos fundamentais”. O Poder Judiciário, como coadjuvante de um sistema político mais abrangente, não poderia olvidar de seu implemento para com estes direitos.

Para Fiss (1982), o Poder Judiciário é um ramo coordenado do governo e é parte integrante do sistema político mais amplo, devendo considerar uma ampla gama de interesses e justificar suas decisões com base em princípios publicamente aceitos, permanecendo independentes dos desejos do corpo político, como forma de legitimação democrática da sua atuação estruturante.

Embora a República Federativa do Brasil de 1988 tenha adotado o modelo de tripartição para o exercício do Poder, tendo reconhecido a titularidade do Poder ao povo, é fato que o princípio da separação dos poderes, conforme ponderou Grinover (2010), não pode constituir óbice para a efetivação dos fundamentos e princípios da constituição do próprio Estado, o que estabelece a necessidade de repensar a abordagem que está sendo dada a esse sistema.

Da mesma forma, entende-se que não só é possível, como necessário, reconhecer o estabelecimento de um novo campo epistêmico para direcionar os estudos sobre o papel do Judiciário na fiscalização, correção, implementação e efetivação das políticas públicas, de modo a possibilitar a estruturação de um modelo para que se possa entender o Poder Judiciário como parte integrante de um sistema político mais abrangente, quebrando-se assim o paradigma de que o Judiciário apenas julga o passado, pois, em problemas policêntricos, ele é o Poder que deve colmatar as tensões sociais subjacentes na busca da paz social, com a reestruturação de um Estado em conformidade com ideal pró-futuro e dinâmico.

Ao se concordar que é papel de o Poder Judiciário intervir na fiscalização, correção, implementação e efetivação das políticas públicas, como forma de o Estado cumprir seu papel de *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, surge a necessidade de discutir se o processo estrutural pode ser considerado

um instrumento de legitimação da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, de modo a garantir efetividade e respeito à separação dos poderes e à autonomia dos órgãos políticos?

O objetivo deste ensaio foi analisar de que forma o processo estrutural pode servir como mecanismo de legitimação da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, buscando identificar suas potencialidades e limitações na promoção da efetividade das políticas, ao mesmo tempo que mantém o respeito à separação dos poderes e à autonomia dos órgãos políticos envolvidos.

A pesquisa adotou uma abordagem qualitativa e teórica, por meio de uma análise de conteúdo e começou por meio de exploração bibliográfica sobre os limites da intervenção judicial em políticas públicas, seguida pela análise de argumentos a favor e contra essa intervenção, bem como dos requisitos e limites para si mesma. Para a análise, foram utilizados posicionamentos da doutrina e de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Ao final, o trabalho propõe soluções para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e dos objetivos da República, sem comprometer a separação dos poderes e a autonomia dos órgãos políticos. As conclusões destacam contribuições para o debate sobre a intervenção judicial em políticas públicas no Brasil e sugerem aprimoramentos nos instrumentos de controle jurídico adotados.

2 REPENSANDO O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Nos anos do debate acadêmico, Grinover (2010) já propôs a noção de que o dever de assegurar o mínimo existencial, a razoabilidade das pretensões individuais e sociais perante o Poder Público, assim como a noção de reserva do possível, constitui a fronteira sensível entre a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas e a expansão da legitimidade dos demais poderes. No entanto, a avaliação desse contexto requer revisão mais profunda do princípio da separação de poderes, especialmente no que diz respeito ao papel do Judiciário na supervisão, correção, implementação e efetivação das políticas públicas.

No âmbito dessa questão, surge a necessidade imperativa de reavaliar não apenas a extensão dos limites preestabelecidos para o desempenho desse papel, mas também a garantia de que a justificativa para alinhar as políticas públicas aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito não se torne um meio de usurpar o equilíbrio tripartite e harmônico entre os poderes.

Apesar de o princípio da separação de poderes ter sua raiz associada principalmente a Montesquieu, é notório que a concepção de que o Estado deve exercer três funções distintas remonta a Aristóteles, por volta de 350 a.C. Além disso, no século XVII, John Locke defendeu a divisão funcional do poder em legislativo e executivo. Para Locke, o poder legislativo representava a vontade da comunidade,

enquanto o poder executivo se encarregava da aplicação das leis e da administração governamental.

A contribuição significativa de Montesquieu (1689-1755) reforça a ideia de que essas funções identificadas por Aristóteles devem ser distribuídas entre instituições distintas para evitar abusos de poder e assegurar a liberdade e proteção dos direitos individuais. Outro pensador, Constant (1836-1891), não somente endossou a divisão funcional dos poderes, mas também destacou a necessidade de um poder moderador para sustentar o equilíbrio e a estabilidade do sistema político.

A Constituição Federal de 1988 manteve o princípio da separação de poderes desde a Constituição Imperial de 1824, com a exceção do Poder Moderador, estabelecendo em seu artigo 2º o modelo tripartite de poderes proposto por Montesquieu. Esses poderes operam de maneira independente e harmônica, incorporando mecanismos de *checks and balances* para revisão e controle dos atos de um poder pelo outro, a fim de preservar essa independência e harmonia.

Tais mecanismos incluem, na CF/88, a sustação de atos normativos do Poder Executivo pelo Legislativo (art. 49, V), o veto presidencial durante o processo legislativo (art. 84, V), o controle concentrado de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, especialmente o STF (art. 102, I, "a"), e o julgamento dos ministros do STF pelo Senado Federal em casos de crimes de responsabilidade (art. 39 da Lei nº 1.079, de 1950). Tais medidas visam preservar a separação e a fiscalização recíprocas entre os poderes.

Além dos mecanismos de controle, a Constituição também institui sistemas dialógicos, como a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo para sustar atos normativos do Poder Executivo (art. 102, I, "d"). Igualmente, a revisão do veto do Poder Executivo pelo Poder Legislativo (art. 66, § 4º) é prevista. O Poder Legislativo tem o dever de proteger sua competência legislativa ante a atribuição normativa dos outros poderes (art. 49, XI). Esses diálogos e interações buscam fortalecer a relação e garantir a harmonia institucional, permitindo que cada poder exerça suas atribuições de forma equilibrada e conforme a Constituição.

Apesar da evolução do princípio da separação de poderes ao longo do tempo e em diferentes contextos sociais, ele sempre manteve sua essência fundamental: estabelecer limites ao exercício do poder. Esses limites, como proposto por Aristóteles, John Locke, Montesquieu e Constant, são uma salvaguarda para prevenir abusos, garantir liberdades individuais e proteger direitos.

Embora a separação de poderes tenha sido adotada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, não pode ser empregada como justificativa absoluta para impedir a supervisão, correção, implementação e efetivação das políticas públicas pelo Judiciário. Isso é particularmente relevante à luz das contribuições de Grinover (2010) e da compreensão do ministro Benjamin no Recurso

Especial nº 1.389.952 – MT, que ressaltaram que o cumprimento desse dever não deve depender apenas da boa vontade do agente político.

Isso pressupõe que cada um dos poderes deve possuir um núcleo rígido garantido, no qual os demais poderes não podem intervir. Como exemplo, pode-se mencionar prerrogativas inseridas nesse núcleo, como a prerrogativa de o Parlamento promulgar uma norma específica por meio do processo legislativo, a autonomia do Executivo para orientar suas ações governamentais ou a interpretação selecionada pelo Judiciário em relação ao texto legal.

Apesar da necessidade de preservar um núcleo rígido para cada poder, é crucial reconhecer que essa rigidez não pode ser considerada absoluta. Uma rigidez extrema poderia comprometer os próprios princípios e fundamentos constitucionais do Estado. A Constituição, enquanto Carta Magna de uma nação, visa alicerçar uma sociedade justa e democrática, em que o equilíbrio entre os poderes deve coexistir com a busca contínua pela eficácia das políticas públicas e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Portanto, a flexibilidade deve ser incorporada para garantir que as ações de um poder não se sobreponham aos interesses legítimos dos outros poderes e dos cidadãos que servem.

No entanto, ainda que se reconheça que o princípio da separação de poderes não deve ser empregado como escudo para que o Judiciário controle integralmente as políticas públicas, é pertinente questionar se existem limites apriorísticos. Para abordar essa indagação, é necessário explorar a função das políticas públicas e determinar qual poder é responsável por supervisionar, corrigir, implementar e efetivar tais políticas.

3 POLÍTICA PÚBLICA COMO UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Segundo Secchi (2014), as políticas públicas podem ser descritas como conjuntos de ações, programas e medidas implementadas pelo Estado com o intuito de solucionar ou lidar com problemas sociais, econômicos, ambientais ou políticos que afetam tanto a sociedade como um todo quanto grupos específicos. Grinover (2010, p. 25), por sua vez, as conceitua como “[...] programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro”. Tais políticas refletem a maneira pela qual o governo formula, implementa e avalia intervenções para atender às necessidades e demandas da sociedade, visando a objetivos específicos de interesse público.

Mastrodi e Ifanger (2019) argumentam que a compreensão das políticas públicas deve partir de sua função, qual seja, concretizar os objetivos do Estado estabelecidos em sua legislação. Eles ressaltam a importância de não confundir políticas públicas com ações estatais que concedem direitos sociais, visto que estas últimas são mais abrangentes e podem incluir até ações internas da burocracia estatal.

Ao adotar a perspectiva de Mastrodi e Ifanger (2019), em que as políticas públicas são práticas definidas na agenda política dos poderes Legislativo e Executivo, visando a objetivos públicos bem delineados, levando em conta custos, benefícios e avaliações das ações implementadas, e devem ter prazos determinados voltados para o desenvolvimento social ou crescimento econômico, autorizados por lei orçamentária, é essencial reconhecer que, ao contrário das políticas públicas, os direitos sociais demandam ações estatais contínuas e universalizantes.

Assim, embora a simples justificativa de que a atuação do Poder Judiciário na fiscalização, correção, implementação e efetivação das políticas públicas proteja direitos fundamentais ou atenda aos princípios constitucionais não seja suficiente para sustentar essa posição, é vital considerar que o planejamento, criação e execução são tarefas compartilhadas pelos três poderes. Portanto, a fiscalização sobre o alcance da efetivação das políticas públicas, especialmente quando indicada por omissões, pode denotar intervenção, não para estabelecer, mas para corrigir a entrega aos cidadãos.

Bucci (2006) distingue a política pública como expressão jurídica e destaca o conceito de política no texto constitucional de 1988. Ela sublinha a importância de discernir entre políticas de Estado, que podem se opor às políticas de governo. Segundo Bucci, “política pública é definida como um programa, ou conjunto de ações governamentais articuladas, que tem como objetivo impulsionar a máquina governamental para alcançar algum objetivo de interesse público”. No contexto jurídico, esse conceito é comparável à realização de direitos.

Considerando a política pública como instrumento de concretização de direitos, justificaria o controle judicial na fiscalização, correção, implementação e efetivação dessas políticas. No entanto, é necessário distinguir as ações do Poder Executivo enquadradas nas políticas de governo, para evitar intervenção no núcleo rígido estabelecido pelo princípio da separação de poderes.

4 JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Grinover (2010) sustentou que o Judiciário pode intervir nas políticas públicas com o propósito de alcançar os objetivos fundamentais do Estado, seja para implementá-las ou corrigi-las em casos de equívocos. Tal intervenção deve ser acionada quando necessário para salvaguardar o mínimo existencial, considerando a razoabilidade da pretensão individual/social perante o Poder Público e os limites da reserva do possível.

Por sua vez, Costa (2013) propôs que sempre que houver o reconhecimento de violação de direitos fundamentais, estaria justificada a intervenção do Poder Judiciário. No entanto, ele concluiu afirmando que não há instrumentos específicos para efetivar essa proposição.

O desembargador Roberto Freitas Filho propôs uma distinção entre controle de observância e controle de intervenção. De acordo com o professor, quando o Poder Judiciário assegura um direito que já está especificamente previsto nas regras, ele “apenas controla a sua aplicação e age determinando que uma norma existente produza seus efeitos; ou seja, o controle é de eficácia da regra”. Entretanto, na intervenção, “não se trata de buscar a eficácia de uma regra existente, mas sim a criação de hipóteses normativas que adicionem significado às normas constitucionais gerais”, e estabelece e valida “hipóteses regradas que não existiam no momento da formulação das políticas públicas”¹.

Segundo Freitas, “ao introduzir novas regras na política pública, o julgador age como protolegislator, modificando o sentido do conjunto das normas sobre o tema. Isso leva a uma alteração sistêmica do sentido do campo normativo, e o problema se coloca no âmbito da existência das normas”.

No entanto, o problema da intervenção do Poder Judiciário na fiscalização, correção, implementação e efetivação das políticas públicas é que pode levar a uma busca por proteção de direitos que não estão positivados, acarretando custos não previstos no orçamento público. Isso poderia, como resultado, impossibilitar que o gestor público cumpra outras políticas públicas e até mesmo as políticas de governo.

Dessa forma, parece adequado que o controle do Poder Judiciário em relação à fiscalização, correção, implementação e efetivação das políticas públicas ocorra somente em relação às regras já positivadas no ordenamento jurídico. Contudo, quando ocorre a intervenção baseada na proteção e garantia de direitos fundamentais, é exigida uma justificação mais robusta. Nessas circunstâncias, é necessário sustentar de maneira mais sólida sua intervenção, demonstrando haver violação clara de direitos fundamentais que justifique sua atuação.

Apesar disso, mesmo que haja justificativa plausível para a intervenção na fiscalização, correção, implementação e efetivação das políticas públicas, a atribuição ao Poder Judiciário de solucionar o problema pode gerar uma crise de legitimidade, pois isso envolve a modificação sistêmica do sentido do campo normativo, algo que deveria ser prerrogativa discricionária do Poder Legislativo.

Embora a intervenção judicial possa representar potencial violação do núcleo rígido garantido aos demais poderes, o Estado não pode deixar de garantir as proteções e garantias fundamentais estabelecidas no texto constitucional de 1988.

¹ O desembargador Roberto Freitas Filho, em texto publicado no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, intitulado: Judicialização da saúde e a distinção entre o controle e a intervenção, embora aborde sobre a judicialização da saúde, traça diretrizes que consideramos importantes para o debate sobre o papel do judiciário na implementação, fiscalização e efetivação das políticas públicas. Disponível em: <https://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2023/judicializacao-da-saude-e-a-distincao-entre-o-controle-e-a-intervencao>, Acesso em: 15 jul.2023.

No entanto, sugere-se que essa intervenção seja justificada apenas em situações de conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica.

Recordando a indagação levantada por Costa (2013) sobre a abordagem mais adequada para a resolução dos problemas que embasem a intervenção do Poder Judiciário na fiscalização, correção, implementação e efetivação das políticas públicas, propõe-se que isso seja realizado por meio do processo estrutural, considerando as nuances e complexidades envolvidas.

4.1 Poder Judiciário e Casos Policêntricos

No cenário complexo das políticas públicas, o papel do Poder Judiciário tem sido objeto de debates e reflexões, à medida que a busca pela concretização dos direitos fundamentais muitas vezes colide com desafios estruturais e omissões por parte do Poder Executivo. As decisões judiciais passaram a desempenhar um papel significativo ao intervir em casos que envolvem a implementação e correção de políticas públicas, particularmente quando os direitos fundamentais dos cidadãos estão em jogo. Nesse contexto, esse ensaio apresentará algumas dessas decisões, analisando a interação entre os poderes e a dinâmica entre os princípios constitucionais e a efetividade das políticas públicas, destacando as implicações desse fenômeno no contexto jurídico e social.

Decisões judiciais, que em certos casos podem tratar de problemas coletivos, policêntricos, estruturais, ou que, mesmo aparentando ser questões individuais, podem ter repercussões metaindividuais, como foi o caso nas origens do processo estrutural nos Estados Unidos, como exemplificado pelo caso “Linda Brown versus Board of Education”, em 1951 (BAUERMAN, 2010, p. 47-93).

Nos litígios da Justiça comutativa ou de soma zero, há um perdedor e um ganhador. Nos litígios complexos ou policêntricos, semelhantes às políticas públicas, está-se diante de uma teia em que, ao puxar um fio, a tensão sistêmica é multipolar, resultando das interações entre todas as partes dessa teia.

As demandas que chegam ao Judiciário para discutir esses casos geralmente iluminam o problema com base em princípios e limites relacionados ao tema, como a reserva do possível, a razoabilidade das pretensões individuais, as restrições e garantias de um mínimo existencial, e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os causídicos frequentemente invocam a dignidade da pessoa humana e a garantia de um mínimo existencial, consagrados na CF/88, considerando-os intrínsecos à natureza humana. Enquanto isso, as defensorias públicas frequentemente buscam justificar a não realização das prestações positivas devidas pelo Estado, apelando à reserva do possível e à implausibilidade das pretensões individuais como razões para a inação estatal.

Nesse contexto, Alexy (2002) observa que, ao ponderar princípios desse tipo, direitos individuais podem ser sacrificados em prol de objetivos coletivos, momento em que os direitos fundamentais demandam uma base regulatória de regras. No entanto, para que esses direitos não sejam vítimas de “julgamentos irracionais”, é necessária a existência de “medidas racionais” para guiar a ponderação.

Aqui, apresenta-se uma série dessas “medidas racionais”, em que o juiz interveio na ponderação de princípios constitucionais diante da negação por parte do Estado e da iminência da violação de direitos individuais ou transindividuais. Começamos com a Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 45 – ADPF 45.

Nessa ADPF 45/DF, o ministro relator Celso de Melo admitiu como marco histórico a intervenção judicial nas políticas públicas com o objetivo de concretizá-las, conferindo eficácia aos direitos sociais estabelecidos na Constituição, diante da inércia total ou parcial do Executivo ou do Legislativo.

O relator destacou que, quando o Estado alega a reserva do possível para se eximir do cumprimento de suas obrigações institucionais, especialmente quando essa conduta anula ou extingue direitos fundamentais, e quando há embate entre o interesse econômico do Estado apoiado na reserva do possível e a inviolabilidade do direito a uma vida digna, baseada no mínimo existencial, nesse contraste antitético, o segundo pressuposto axiológico deve prevalecer (BRASIL, 2004).

Outra “medida racional” trazida à discussão é o Recurso Extraordinário nº 429.903/RJ, relatado pelo ministro Ricardo Lewandowski, em que a decisão evidencia uma lógica semelhante. Mais uma vez, o STF decide que não há violação ao princípio da separação de poderes, apesar da decisão de intervenção para corrigir uma política pública equivocada:

II - No caso presente, o Estado do Rio de Janeiro, recorrente, não se opõe a fornecer o medicamento de alto custo a portadores da doença de Gaucher, buscando apenas ser isentado da obrigação, resultante de decisão judicial, de manter o medicamento em estoque por dois meses.

[...]

IV - A análise pelo Judiciário de atos administrativos considerados ilegais ou abusivos não viola o princípio da separação de poderes. Precedentes.

V - O Poder Público não pode ignorar o problema de saúde da população, sob pena de incorrer, mesmo que por omissão condenável, em comportamento inconstitucional grave (BRASIL, 2014, p. 1-2).

Em terceiro lugar, considera-se o Recurso Extraordinário com Agravo nº 819.270 - ARE 819270, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes. Nessa decisão, é possível observar uma abordagem consonante com a posição de Didier e Zaneti

(2020, p. 5-27), que enxergam um problema estrutural e, portanto, policêntricos, mesmo a partir de uma demanda individual, quando uma pessoa com deficiência busca a intervenção do Poder Judiciário para fazer valer seu direito à locomoção, compelindo a Administração a promover a acessibilidade.

No ARE 819.270, ao rejeitar o agravo com base na Súmula 279 do STF, o relatório traz a seguinte passagem:

[...] o princípio da separação de poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário diante de inadimplemento do Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas, nos termos da jurisprudência desta Corte. [...]

[...] a matéria debatida no extraordinário é exclusivamente de direito e refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário atuar em face de políticas públicas relativas a obras públicas. Pugna-se pela vinculação do julgado ao Tema 698 da sistemática da repercussão geral cujo paradigma é o RE 684.612, rel. min. Cármen Lúcia, DJe 6.6.2014.

Percebe-se que a jurisprudência do STF está clara ao permitir que o Poder Judiciário intervenha quando políticas públicas previstas na Constituição não são implementadas devido à inação do Executivo, garantindo assim a acessibilidade.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também está alinhado com as decisões do STF até o momento, como se pode inferir da abordagem utilizada por esse Tribunal Superior no julgamento do Recurso Especial nº 1.389.952-MT, de relatoria do ministro Herman Benjamin, em 2016. Neste caso, foi discutida a inclusão de previsão orçamentária em Lei Orçamentária Anual (LOA) do estado de Mato Grosso, considerando o princípio do Estado de Coisas Inconstitucional da ADPF 347.

Foi movida uma Ação Civil Pública (ACP) para compelir o estado de Mato Grosso a incluir na LOA a previsão orçamentária para a reforma de uma prisão ou a construção de uma nova unidade prisional. O argumento central era que o Estado não estava cumprindo sua obrigação constitucional no que diz respeito à manutenção de condições adequadas nas prisões.

Por fim, voltando ao Tema de Repercussão Geral 698, que aborda os “Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado”, o Tribunal Pleno fixou três teses significativas em sessão virtual, datada de 3 a 30 de junho de 2023:

- A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes;
- A decisão judicial, em regra, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou meios adequados para alcançar o resultado.

- No caso de serviços de saúde, a falta de profissionais pode ser suprida por concurso público, remanejamento de recursos humanos ou pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) (BRASIL, 2023).

Nesse Leading Case do RE 684.612-RJ, discutiu-se a possibilidade de determinar a implementação de políticas públicas urgentes para garantir o direito social à saúde, quando houver inação do Poder Executivo. O Tribunal ratificou a capacidade do Poder Judiciário de intervir em políticas públicas previstas constitucionalmente, buscando alcançar seus objetivos, mesmo em substituição à avaliação de oportunidade e conveniência do Poder Executivo.

Em síntese, as decisões judiciais discutidas demonstram uma abordagem crescente em permitir a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, especialmente quando os direitos fundamentais estão em risco de violação devido à inação do Executivo. No entanto, é importante observar que essa intervenção não significa que o Judiciário esteja substituindo as funções do Executivo ou do Legislativo, mas sim garantindo a efetividade dos direitos consagrados na Constituição. Além disso, a jurisprudência busca equilibrar essa intervenção com o respeito à separação de poderes e à discricionariedade das decisões políticas.

5 PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO

O processo estrutural difere da resolução tradicional de litígios e busca reestruturar as bases sociais de maneira a garantir a concretização dos valores constitucionais. Além disso, pode ser considerado um instrumento de legitimação da intervenção judicial nas políticas públicas, sopesando a cooperação entre os poderes e a busca por soluções flexíveis para problemas complexos, oferecendo uma abordagem mais eficaz e democrática para a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, promovendo a concretização dos direitos fundamentais e a busca por soluções adaptáveis e sensíveis ao contexto.

Fiss (1982) lembra que o processo estrutural representa uma nova forma de adjudicação, na qual os valores incorporados nas Constituições recebem significado e expressão concretos no dia a dia das pessoas. A reforma estrutural reconhece que a ameaça aos valores constitucionais, imposta por operações de organizações burocráticas, deve ser protegida pelo Poder Judiciário.

Diferente da forma de resolução de litígios que parte da ideia de que a sociedade está em condição de harmonia natural e busca restabelecer o *status quo*, Fiss (1982) argumenta que o processo estrutural nega a suposição de que o *status quo* seja justo. Segundo ele, para corrigir esse estado de injustiça, é necessária uma reestruturação que só pode ser alcançada por meio de reconstrução estrutural

denotada por desconformidade. Essa reestruturação não se baseia nos interesses individuais, mas sim nos interesses constitucionais, a fim de construir uma nova realidade social.

Para o referido autor, os tribunais são um ramo coordenado do governo e partes integrantes do sistema político mais amplo. Os juízes devem ouvir uma ampla gama de interesses e justificar suas decisões com base em princípios publicamente aceitos, independentes dos desejos dos litigantes e do corpo político, como forma de legitimação democrática de sua atuação estruturante.

Sabel e Simon (2017), por sua vez, enfatizam que as decisões estruturantes, como remédio estrutural, devem ser fluidas, flexíveis e abertas a novas revisões à luz de novas experiências e conhecimentos. Eles defendem que, quando um problema estrutural é identificado, é possível que o Poder Executivo fiscalize, corrija, implemente e efetive determinada política pública e a submeta à homologação do Poder Judiciário. Isso proporciona às partes interessadas a oportunidade de alcançar entre si um novo arranjo institucional satisfatório, como forma de legitimação.

Entretanto, Sturm (2003) destaca o desafio do processo estrutural proposto por Fiss ao conciliar o significado das normas de igualdade com a forma como o Poder Judiciário participa da fiscalização, correção, implementação e efetivação das políticas públicas, especialmente em situações de complexidade e de incerteza normativas. Para a autora, um único princípio mediador, estabelecido unilateralmente pelo Poder Judiciário, não seria capaz de fornecer a especificidade situacional e a orientação contextual necessárias para resolver conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica.

Sturm (2003) defende que o processo estrutural pode introduzir valores do Estado de direito, como participação, transparência e tomada de decisão fundamentada nas deliberações dos outros poderes. Em situações de conflitos complexos, plurifatoriais e policêntricos, o Poder Judiciário forneceria a arquitetura para comparar e construir soluções e paradigmas, chamando a atenção para um problema potencial, encorajando as partes interessadas a avaliar seu significado e causa, e, assim, estimular a resolução.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 698 no Recurso Extraordinário nº 684.612, apontou no sentido de que as decisões judiciais, em vez de determinarem medidas pontuais a serem adotadas, devem indicar as finalidades a serem alcançadas e ordenar que a Administração Pública apresente um plano e/ou os meios adequados para atingir tais resultados.

Essa ideia já apresenta uma formatação em que o Poder Judiciário, ao perceber um estado de desconformidade, caracterizado pela identificação de um problema de natureza policêntrica, poderia estabelecer uma agenda por meio de audiência pública, como prevê o Projeto de Lei – PL nº 4.227, de 2019 –, para discutir alternativas e decidir pela execução de ações, implementando de forma cooperativa entre os interessados/afetados medidas não para a manutenção do

status quo numa perspectiva de processo adversarial, mas numa perspectiva de processo estrutural, avaliando medidas a serem colocadas em prática para a extinção da desconformidade e o alcance de um estado de conformidade.

A recente decisão da Suprema Corte Brasileira está alinhada com a proposta de Sabel e Simon (2017) e de Violin (2019), os quais defendem que cabe ao Poder Executivo apresentar medidas estruturais para alcançar a conformidade, as quais devem ser homologadas pelo Poder Judiciário, por certa avocação de poder, nas políticas de governo. Em outras palavras, quando houver um estado de desconformidade, conforme denominado por Didier e Zaneti (2020), reconhecendo que um único princípio mediador estabelecido unilateralmente pelo Poder Judiciário não é capaz de oferecer solução para conflitos complexos, multifatoriais e policêntricos, o caminho mais adequado para legitimar a intervenção é convocar todas as partes envolvidas para que apresentem um plano e/ou os meios adequados para se alcançar um resultado que possa estabelecer a conformidade.

Essa abordagem visa equilibrar a atuação do Poder Judiciário no contexto das políticas públicas e reconhecer a importância da sua intervenção em casos de desconformidade que afetam direitos fundamentais e valores constitucionais. O processo estrutural, como proposto por Fiss, não busca apenas a manutenção do *status quo* ou a resolução pontual de litígios, mas sim a promoção de uma reestruturação que permita a construção de nova realidade social, alinhada com os princípios constitucionais.

Nesse contexto, a atuação do Poder Judiciário como um ramo coordenado do governo, como destaca Fiss, assume papel relevante na proteção e na promoção dos direitos fundamentais. No entanto, essa atuação deve ser pautada pela independência em relação aos interesses individuais e políticos, a fim de fundamentar suas decisões em princípios publicamente aceitos e deliberações cuidadosas. Isso garante a legitimidade democrática da intervenção judicial, ao mesmo tempo que respeita a separação de poderes.

A proposta de Sabel e Simon (2017) de permitir que o Poder Executivo elabore medidas estruturais e as submeta à homologação judicial abre espaço para uma abordagem cooperativa entre os poderes. Essa abordagem flexível e aberta a revisões reflete a compreensão de que problemas estruturais podem ser complexos e multifacetados, a exigir soluções adaptáveis e sensíveis ao contexto.

No entanto, é importante considerar que a implementação dessa abordagem requer cuidadoso equilíbrio entre a intervenção do Poder Judiciário e a autonomia do Poder Executivo na formulação e execução de políticas públicas. A decisão recente do Supremo Tribunal Federal de indicar finalidades a serem alcançadas e solicitar um plano de ação da Administração Pública é um exemplo dessa busca por equilíbrio, assegurando que a atuação do Judiciário seja direcionada a resultados efetivos.

6 CONCLUSÃO

A abordagem explorada neste estudo, pela análise da literatura e decisões judiciais proferidas pelo STF e STJ, destaca uma questão que frequentemente ecoa no contexto da independência dos Poderes e na busca pela harmonia entre eles. Ao longo desta análise, emergiu o limite da intervenção do Poder Judiciário na efetividade das políticas públicas como meio de proteção dos direitos e garantias fundamentais a alcance dos objetivos do Estado, que se revela como um farol orientador na evolução do Estado social de direito em direção a um Estado democrático de direito.

As conclusões extraídas da análise ilustram que, quando se defronta com desafios complexos e policêntricos, permeados por variáveis multifacetadas e tensões imprevistas, o Poder Judiciário pode desempenhar um papel crucial na correção das políticas de Estado. Não se trata de incursão no núcleo essencial das funções administrativas de formulação dessas políticas, mas sim de uma atuação que busca conformidades prospectivas. Isso, respaldado pelo constitucionalismo dialógico, permite ao Judiciário, quando instado, buscar a conformidade com os direitos fundamentais e promover a efetividade dos princípios constitucionais.

Nesse esforço pela eficácia dos direitos e garantias fundamentais, a necessidade da atuação do Poder Judiciário na fiscalização, correção, implementação e efetivação de políticas públicas se apresentam em formas diversas e multifacetadas. Nesses contextos, a análise do caso concreto pelos afetados, sob o controle do Poder Judiciário, se mostra como alternativa viável para resolver litígios policêntricos, orientados não pela restauração do *status quo*, mas pela construção de um estado de conformidade futura. Isso impede a repetição de desconformidades passadas e presentes.

Assim, o Poder Judiciário deve encontrar sua autorização para a intervenção nas políticas públicas não apenas na alegada reserva do possível pelo Estado, na separação de poderes ou no mérito administrativo, mas também no comprometimento com a dignidade mínima dos indivíduos e no equilíbrio justo entre meios e objetivos. É importante recordar que a realização dos objetivos da ordem social e econômica não deve ser refém da inércia da vontade subjetiva dos administradores. Da mesma forma, princípios como a separação de poderes não devem obscurecer prestações positivas do Estado e a garantia dos direitos fundamentais.

O processo estrutural surge como uma abordagem que concretiza os valores constitucionais na realidade cotidiana, promovendo reestruturações que não apenas atendem aos direitos fundamentais, mas também buscam soluções cooperativas e adaptáveis para problemas complexos. Esse enfoque reforça a legitimidade democrática da intervenção judicial, ao mesmo tempo que respeita o papel e a autonomia dos demais poderes na elaboração de políticas públicas que sejam eficazes e estejam em consonância com os princípios constitucionais.

Portanto, o papel do Poder Judiciário na fiscalização, correção, implementação e efetivação de políticas públicas deve ser cuidadosamente delimitado, centrar-se na identificação de desconformidades com os objetivos e princípios fundamentais do Estado. A intervenção judicial deve ser reservada para situações que envolvam problemas complexos e policêntricos, com vista à restauração da conformidade. Nesse contexto, o processo estrutural emerge como estratégia de legitimação, proporcionando um meio pelo qual o Judiciário pode atuar de forma a reforçar a eficácia das políticas públicas; manter uma abordagem restrita às questões de desconformidade; e colaborar na busca pela harmonização das ações governamentais com os valores e direitos consagrados na Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

BAUERMANN, Desirê. **Formas de obtenção do cumprimento das decisões que determinam um fazer ou um não fazer**: estudo do sistema norte-americano e sua adoção pelo sistema brasileiro. Tese de Doutorado. Orientador: Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman et al. **O meio ambiente na Constituição Federal de 1988**. Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, p. 363-398, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Elsevier Brasil, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei – PL nº 4527, de 15 de agosto de 2019**. Altera a Lei 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil, para criar o Capítulo XI-A, no Título I do Livro I, da referida Lei, para tratar das audiências públicas em processos jurisdicionais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2215659>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.389.952 - MT (2013/0192671-0)**. Documento: 1327405 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 07/11/2016. 13 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional de nº 45-9**, de 29 de abril de 2004 - ADPF 45 MC/DF. Rel. Min Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264763>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ag. **Reg. no RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO**, Nº 819270 - SP. Rel. Min, Gilmar Mendes. 23 Set. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772417288>. Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **JULGAMENTO DA SESSÃO PLENÁRIA COM REPERCUSSÃO, DE 03/07/2023**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698#:~:text=Decis%C3%A3o%3A%20O%20Tribunal%2C%20por%20maioria,Municipal%20Salgado%20Filho%20e%20com>. Acesso em: 16 jul.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 – RJ**. Rel. Min Cármen Lúcia. 06 Fev. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6047751> sob o número 5644744. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 429.903 – RJ**. Rel. Min Ricardo Lewandowski. 25 Jun. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6511667>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 – RS**. Rel. Min Ricardo Lewandowski. 13 Ago. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Súmula 279**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2174>. Acesso em: 21 jun. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, p. 1-49, 2006.

CONSTANT, Benjamin; HOFMANN, Etienne; O'KEEFFE, Dennis. **Principles of politics applicable to all governments**. Indianapolis: Liberty Fund, 2003.

COSTA, Bruno Andrade. O controle judicial nas políticas públicas: Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 255-269, 2013.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**. 2020. p. 45-81.

FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. **Law and Human Behavior**, v. 6, n. 2, p. 121, 1982.

FREITAS FILHO, Roberto. **Judicialização da saúde e a distinção entre o controle e a intervenção**. TJDFT, 2023. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2023/judicializacao-da-saude-e-a-distincao-entre-o-controle-e-a-intervencao>. Acesso em: 15 jul. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, p. 09-37, 2010.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. BOD GmbH DE, 2019.

MASTRODI, Josué; IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo. Sobre o conceito de políticas públicas. **Revista de direito brasileira**, v. 24, n. 9, p. 03-16, 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2000.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Democratic Experimentalism**. Searching for contemporary legal thought, Justin Desautels-Stein & Christopher Tomlins. Eds., CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2017. Columbia public law research paper n.º. 14-549 (2017). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2038. Acesso em: 21 jul. 2023

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. Cengage Learning, 2014.

STURM, Susan, "Equality and the forms of Justice", 58 U. MIAMI L. **REV 51** (2003), p. 51-83.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese de Doutorado. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba: UFPR, 2019.

Recebido em: 24/08/2023

Aprovado em: 23/10/2023