



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

RODRIGO MENDES PORDEUS

**PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS COMO ESTRATÉGIAS NORTEADORAS DOS
ATOS JUDICIAIS DO ATIVISMO JUDICIÁRIO CONSTITUCIONAL E DA
JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**JOÃO PESSOA
2020**

RODRIGO MENDES PORDEUS

**PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS COMO ESTRATÉGIAS NORTEADORAS DOS
ATOS JUDICIAIS DO ATIVISMO JUDICIÁRIO CONSTITUCIONAL E DA
JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em prática judicante.

Área de concentração: Direito Público.
Direito Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira

JOÃO PESSOA

2020

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

P835p Pordeus, Rodrigo Mendes.
Práticas administrativas como estratégias norteadoras dos atos judiciais do ativismo judiciário constitucional e da judicialização de políticas públicas. [manuscrito] / Rodrigo Mendes Pordeus. - 2020.
57 p.
Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2020.
"Orientação : Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Ativismo judicial. 2. Judicialização de políticas públicas.
3. Ordenamento jurídico constitucional brasileiro. I. Título
21. ed. CDD 342

RODRIGO MENDES PORDEUS

PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS COMO ESTRATÉGIAS NORTEADORAS DOS
ATOS JUDICIAIS DO ATIVISMO JUDICIÁRIO CONSTITUCIONAL E DA
JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, como requisito
parcial à obtenção do título de especialista
em prática judicante.

Área de concentração: Direito Público.
Direito Constitucional.

Aprovado em: 17/09/2020
Nota: 9,5

BANCA EXAMINADORA

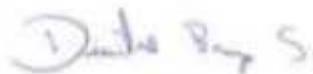


UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Prof. Rodrigo Costa Ferreira
Inscrição OAB/PA 12844

Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira-1º
Membro Titular Orientador-UEPB.



Prof. - Dr. Oswaldo Pereira de Lima Júnior -
2º Membro Titular Examinador-UFRN.



Prof. Dr. Dimitre Braga Soares de
Carvalho - 3º Membro Titular
Examinador-UFRN.

À Deus e à minha família, pela fé,
fraternidade e pelo amor, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me proporcionar o privilégio de ter uma boa educação. Faço uso dela então, em minha caminhada, para agregar à temática proposta, possibilitando que outras pessoas que não possuem o mesmo privilégio possam ter acesso, ao menos, à uma parcela do conhecimento adquirido por mim, através do estudo realizado.

À minha família, pelo amor, carinho e suporte por todo o tempo de elaboração da monografia, sempre tornando a vida mais singela e colaborando para que o ambiente em casa, durante a pandemia, se tornasse mais frutífero e parcimonioso. Dessa forma, a ela, minha plena gratidão.

Ao Prof. Rodrigo Costa, pela orientação exemplar, repleta de atenção e cuidado nos mínimos detalhes da pesquisa realizada. Fez jus à denominação “orientador” servindo, de fato, como farol para a construção desta monografia.

Aos amigos que foram feitos durante o curso, tornando a jornada mais simples e prazerosa. Registre-se também os votos de sucesso a todos nós.

A todos os servidores do gabinete do Desembargador do TJPB, Marcos Cavalcanti, representados na pessoa do Desembargador Marcos Cavalcanti, meus agradecimentos. Foi-me possibilitado conhecer o âmago do 2º grau da Justiça Estadual Comum, na prática, sendo os ensinamentos sempre recordados.

A todos os servidores da 5ª Vara Mista de Santa Rita, representados na pessoa da altiva, tenaz e compassiva, Dra. Anna Carla Falcão da Cunha Lima Alves. Foi-me possibilitado fortalecer minha experiência prática, no tocante ao elaborar sentenças com primor, e ao mesmo tempo tratando os litigantes de maneira humana e profissional.

Aos professores da ESMA, representados pelo professor, Dr. Rodrigo Costa. Registre-se minha gratidão por todos os ensinamentos e pelo suporte à minha caminhada acadêmica, cumprindo brilhantemente o papel de professor.

Por fim, minha gratidão a todos que direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração desta monografia.

“Onde não há caridade não pode haver justiça”.

(Santo Agostinho)

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo abordar na atualidade os fenômenos jurídicos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas, sob uma perspectiva democrático-constitucional. Ao conceituar ambos os fenômenos, são introduzidos à pesquisa, dentro da Teoria Geral do Direito e da Dogmática do Direito Constitucional, os princípios norteadores da interpretação constitucional, como base para a construção da tese apresentada, investigando as peculiaridades da jurisdição constitucional, através de uma interpretação constitucional mais expansiva, quando oportuna. Acerca do ativismo judicial, defende-se a sua constitucionalidade e excepcionalidade dentro da realidade em que o Brasil se encontra, de inércia do Poder Legislativo no atendimento de direitos fundamentais básicos, usando como exemplo, a realização de um estudo de caso da ADO 26 que trata da criminalização da homofobia. Por fim, sobre a judicialização das políticas públicas, sustenta-se sua igual constitucionalidade e excepcionalidade, contudo, caracteriza-se como consequência da inércia do Poder Executivo em assegurar políticas públicas que provejam direitos sociais constitucionalmente garantidos, utilizando-se da saúde pública como exemplo. Ao final se propõe possíveis soluções à problemática suscitada, concluindo-se que o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas são eficazes garantidores, excepcionalmente, de direitos e garantias fundamentais. Entretanto, aduz-se serem, também, precursores de alguma instabilidade institucional na relação entre os Poderes da República. Para tudo isso utilizou-se o procedimento metodológico de revisão bibliográfica.

Palavras-Chave: Ativismo judicial. Judicialização de políticas públicas. Ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

ABSTRACT

This essay focuses on an approach, about, the actual juridical phenomena of judicial review and judicialization of public policies, under a democratic-constitutional perspective. Putting in context both phenomena, are introduced to the research within the General Theory of Law and the Dogmatic of Constitutional Law, guiding principles of the constitutional interpretation, as basis for the construction of the presented thesis, investigating the peculiarities of the constitutional jurisdiction, through a more expansive constitutional interpretation, when appropriate. About judicial review, the study advocates its constitutionality and excepcionality within the Brazilian reality, stamped by the inertia of the Legislative Power in attending the basic fundamental rights, resorting, as an example to a case study about the ADO 26, which deals with the criminalization of homophobia. At last, about the judicialization of public policies, the essay argues its equal constitutionality and excepcionality, however, it characterizes as a consequence of the inertia of the Executive Power in assuring public policies that provides constitutionally guaranteed social rights, using public health as an example. In the end, it proposes possible solutions to the raised problematic, concluding that the judicial review and the judicialization of public policies are effective guarantors, exceptionally, of fundamental rights and guarantees. Nevertheless, it asserts them as being, also, predecessors of some institutional instability to the relation between the Powers of the Republic. For all this, it uses the methodological procedure of bibliographic review.

Keywords: Judicial review. Judicialization of public policies. Brazilian constitutional-judicial order.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	13
2.1	Peculiaridades acerca do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro	13
2.2	Nuances do Ativismo Judicial dentro da jurisdição constitucional brasileira.....	22
2.3	Judicialização de políticas públicas e o papel dos seus atores.....	32
3	CONCLUSÃO.....	49
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

A hipótese a ser defendida não busca ser mais um agente polarizador da já consagrada discussão na qual se questiona ser o ativismo judicial e a judicialização, venenos ou antídotos tanto para o equilíbrio entre os poderes, como para a democracia brasileira.

Dessa feita, será abordado um aspecto em que ambos os fenômenos são indicadores de deficiências e que mudanças precisam ser adotadas para que o país possa prosperar. São sinalizadores de que se tomou um caminho equivocado em algum momento da história e que é necessário retomar o trajeto antes previsto.

Necessário se faz expor a justificativa acadêmica para o estudo. Enxerga-se a relevância do aprofundamento no tema, tendo em vista o fato de que são cada vez mais recorrentes os casos de decisões judiciais que se revestem de ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e de judicialização de políticas públicas nos tribunais brasileiros e isso traz considerável conflito de opiniões à sociedade como um todo.

Visando esclarecer a temática àqueles que necessitam tratar com o fenômeno na prática, sejam eles operadores do direito ou cidadãos litigantes, observou-se uma necessidade de tornar mais rico o acervo de obras literárias que tratam do tema. Entende-se a presente monografia ser pertinente devido ao fato de estar se tratando de fenômenos atuais que ocorrem diante de cenários sociais turbulentos, servindo, dessa maneira, de suporte à comunidade jurídica e à Academia para que se possa retornar à normalidade predita pela Constituição da República.

Voltando-se à problemática trabalhada pela monografia, salienta-se que seja o descolamento social dos representantes políticos. Partindo de um ponto de vista político, é perceptível o distanciamento gerado entre governantes e eleitores, seja no teor de projetos de lei, no que toca ao Poder Legislativo, seja na (não)realização de políticas públicas relevantes à sociedade.

Objetivou-se buscar possíveis soluções que conseguissem lidar com a problemática de maneira que não onerasse o Erário, mas que ainda assim tivessem condições de poder atender às necessidades sociais do povo brasileiro. Com isso em mente, formula-se, no que toca ao ativismo judicial, uma provável solução que seria a

preparação das Ouvidorias dos órgãos do Legislativo para receberem a população em um atendimento com vistas à formação de uma base legítima de dados que possa ser utilizada para o enriquecimento qualitativo da produção dos representantes do povo.

No tocante à judicialização de políticas públicas se propôs três alternativas viáveis para tratar da problemática, no que se refere à saúde pública. A primeira é o incentivo à conciliação em processos em que haja a famigerada judicialização da saúde. A segunda seria a promoção do diálogo institucional entre Executivo e Judiciário, sendo exemplificado pelo suporte ao Comitê de Saúde do Tribunal de Justiça da Paraíba. E por último, tem-se a criação de núcleos de apoio entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar e as secretarias de saúde estaduais e municipais. Tem-se por objetivo uma maior sinergia no recolhimento de dados *in loco*, à ANS, visando o incentivo ao ressarcimento do Sistema Único de Saúde (SUS) por quaisquer tratamentos que o plano de saúde cubra.

No estudo do tema, conseguiu-se chegar a uma possível definição, mais estrita, do que vem a ser o ativismo judicial. Pode-se dizer que é um fenômeno jurídico ocasionado por ato de interpretação expansiva do texto da lei, utilizado em decisão judicial emanada do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

No que se refere à judicialização de políticas públicas, identificou-se, em definição também mais estrita, como sendo uma reação do Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade, ao uso do direito de ação exercido pelo litigante. Sendo aquele, dessa maneira, provocado para fiscalizar a execução de políticas públicas pelo Poder Executivo.

Para o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial vem a ser “[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2012, p.25). No que toca à judicialização, significa que matérias de grande repercussão político-social são decididas pelo Poder Judiciário, não mais sendo pelos tradicionais poderes políticos, quais sejam o Poder Legislativo e o Poder Executivo. (BARROSO, 2012).

Destarte, é prudente afirmar que o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas podem ser tanto remédios para as necessidades da sociedade,

frente à inércia dos Poderes competentes a saná-las, como agentes de desestabilização do equilíbrio interpoderes.

Ainda se realiza nesta monografia dois breves estudos de caso que são importantes para o entendimento da tese proposta. No que toca ao ativismo judicial, faz-se uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, que trata da criminalização da homofobia e o seu enquadramento na Lei 7.716 de 1989, conhecida como Lei do Racismo. Posteriormente, faz-se um estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 que trata da judicialização de políticas públicas, mais especificamente, da delimitação de recursos mínimos à saúde pública.

Através da Teoria Geral do Direito e da Dogmática do Direito Constitucional, no tópico 2.1, alguns princípios norteadores da interpretação constitucional são utilizados para justificar uma abordagem neoconstitucionalista do ativismo judicial, necessária para interpretar o Direito Brasileiro atual, observando as peculiaridades da jurisdição constitucional, através de, pertinente, interpretação constitucional mais expansiva, capaz de preencher as molduras do texto da lei.

No que tange ao ativismo judicial, no tópico 2.2, entende-se por plena sua constitucionalidade, porém, aplicando-se em caráter excepcional, sendo imerso em uma realidade em que a teoria é regida por uma Constituição garantista e humanista. A referida prática reflete a inércia do Poder Legislativo em atender direitos fundamentais básicos. Para exemplificar o defendido, utiliza-se da realização de estudo de caso da ADO 26 que trata da criminalização da homofobia e sua tipificação na Lei do Racismo.

Dessa maneira, sobre a judicialização das políticas públicas, no tópico 2.3, sustenta-se também sua constitucionalidade, assim como seu caráter excepcional. No entanto, difere-se do outro fenômeno por ser resultado da inércia do Executivo em não conseguir, de maneira satisfatória, prover as devidas políticas públicas que se encarregam de garantir direitos sociais constitucionalmente previstos, utilizando-se, pois, a saúde para fins de especialização da pesquisa.

Por fim apresentam-se alternativas viáveis ao problema apresentado, concluindo-se, dessa forma, que o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas são garantidores de direitos fundamentais, entretanto, mantendo sua

natureza de exceção à regra, tendo em vista ambos os institutos jurídicos retratados serem, também, anunciadores de eventual instabilidade institucional-funcional entre os Três Poderes.

2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1 Peculiaridades acerca do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro

Ao abordar nuances do tópico em questão, importante se faz delimitar o que seja jurisdição e jurisdição constitucional. Nas palavras de Fredie Didier Jr., jurisdição vem a ser:

É a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível. (DIDIER JR., 2008, p.17).

Diferenciando-se jurisdição de jurisdição constitucional, além dos aspectos procedimental e de competência, entende-se que ambas têm a prerrogativa de “dizer o direito” de acordo com o ordenamento jurídico nacional, contudo a jurisdição teria como paradigma a legislação infraconstitucional, enquanto a jurisdição constitucional observa, mais atentamente, a Constituição da República.

Para Walber de Moura Agra, jurisdição constitucional tem como definição, *in verbis*:

A jurisdição constitucional é a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática. Esta exprime a intenção de estabilizar as relações sociais de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco do arrefecimento de sua força normativa. (AGRA, 2003, p.36).

Com esses conceitos em mente, observe-se a Constituição Cidadã, a qual vem para socorrer uma sociedade que conviveu com um regime militar onde não havia espaço para discussão de ideias plurais que pudessem contribuir para o crescimento da nação, seja econômico ou social.

Então, em outubro de 1988 foi promulgada, pela Assembleia Constituinte, a Constituição da República Federativa do Brasil. Importante frisar que duas foram as Constituintes modelo para a CRFB/88 no que toca à garantia de direitos fundamentais: a Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919 durou 14 (quatorze) anos, ou seja, findou em 1933, quando Hitler ascendeu ao poder desfazendo um progresso

considerável de uma experiência constitucional republicana de direitos fundamentais; e a Constituição do México de 1917, a qual foi a primeira a possuir um rol expressivo, explícito e exaustivo de direitos e garantias fundamentais. Importante destacar que a Constituição de Weimar “é tida, como uma das primeiras Cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações estatais” (KRELL, 1999, p.244).

Observando a Constituição, nota-se rapidamente que existe uma busca para que tudo o que possa ser tocado pelo Direito seja normatizado. Como por exemplo, normatiza-se sobre Direitos Sociais, da Organização do Estado, do Meio Ambiente, da Cultura, da Saúde, da Educação, Assistência Social, Previdência Social, entre outros. Depreende-se, destarte, que a atual Constituinte brasileira classifica-se como analítica, ao contrário da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, que busca ser sintética, logo, tocando nos pontos mais essenciais ao Direito.

Entende-se, portanto, que nos dias de hoje, possuímos um Estado com fartos deveres, dentre eles, garantir o bem-estar social dos brasileiros. Contudo, é aqui que se nota uma disfunção da máquina estatal, e é essa disfunção que movimenta a discussão ora introduzida.

No Direito contemporâneo, observamos um desequilíbrio por parte do Estado em garantir duas essenciais atribuições, quais sejam: políticas públicas e uma legislação abrangente e eficiente.

Políticas públicas, por parte do Executivo, em todas as esferas de poder (seja municipal, estadual ou federal), a fim de que sejam garantidos os mencionados deveres constitucionais atribuídos ao Poder em questão, tendo-se como exemplo a garantia de saúde e educação.

Legislação abrangente e eficiente no que toca ao Poder Legislativo também em todas as suas esferas. Diga-se eficiente, e não eficaz, para que se interprete no sentido de que a norma seja apropriada à situação, hábil a sanar males urgentes que assolam a sociedade.

É válido fazer uma breve introdução aos direitos e garantias fundamentais que estão em discussão. Direitos fundamentais são os direitos humanos normatizados no ordenamento jurídico-constitucional. Sendo assim, possuem status de normas

constitucionais, além de eficácia plena, ou seja, são dotados de considerável coercitividade em seu cumprimento.

Além disso, é relevante explanar a dimensão dos direitos fundamentais que serão abordados aqui. Existindo três dimensões, passar-se-á a esclarecer um pouco a noção de cada uma para melhor entendimento.

A primeira refere-se aos direitos que requerem um *non facere* do Estado, relacionados a um Estado Liberal, a exemplo do direito à liberdade de expressão e de associação. A segunda dimensão de direitos utiliza-se do conceito de Estado Social, em que se demanda um *facere* do Estado para promover o *welfare state*, como por exemplo os direitos sociais. Por fim, mas não menos importante, estão os direitos de terceira dimensão, quais sejam aqueles que regem os direitos entre indivíduos, a exemplo do direito de ter um meio ambiente equilibrado. Ainda, discute-se na doutrina jurídica a existência de direitos de quarta, quinta e sexta geração que cuidariam de direitos que adviessem com o tempo e a evolução da sociedade, como por exemplo os relativos ao biodireito.

Dessa maneira, portanto, levando-se em consideração a história da Constituição Brasileira e a sua abordagem relativa aos direitos e garantias fundamentais do ser humano, pode-se concluir que seria plausível pressupor que o Brasil seria um país-modelo no que se refere ao bem-estar social da nação, contudo essa não é a realidade vivida atualmente.

Analisando o fenômeno do ativismo judicial, pode-se perceber que o mesmo advém do descolamento social da classe política, a qual, com o passar do tempo, fez com que os cidadãos não mais vissem o Poder Legislativo como o Poder que representasse o povo, considerando a vasta quantidade de leis e que muitas delas não se coadunavam com a vontade popular. Isso trouxe considerável retrocesso, tanto para o Direito como para a sociedade, haja vista a característica legiferante do Poder Legislativo ser um pilar para a representatividade da sociedade, que, conseqüentemente, faz com que os anseios sociais sejam atendidos e o Direito evolua no tempo.

Dessa forma, não só o ativismo, mas também a judicialização, ocorrem com o cenário demonstrado anteriormente, no que se refere à omissão abusiva de temáticas relevantes à sociedade.

A pesquisa aqui desenvolvida, como já mencionado, não busca ser conivente com a polarização que se atingiu. Essas condutas ativistas são fenômenos que ocorrem naturalmente, derivados de um dever fiscalizatório oriundo da teoria dos *checks and balances*, como será explanado mais à frente, porém é um alerta para que se possa reparar o que afeta o sistema. Sendo assim, não devem ser tidas como práticas a serem incentivadas, posto que indicam desequilíbrio. Desta feita, jamais um país se encontrará em pleno funcionamento se a máquina pública operar de tal forma.

Dessa maneira, para poder fundamentar apropriadamente o que se argui, sob o prisma da Dogmática do Direito Constitucional brasileiro e da Teoria Geral do Direito, deve-se buscar a interpretação constitucional para ser parte do entendimento do raciocínio que envolve o fenômeno do ativismo judicial e que também enseja o impasse que hoje existe na doutrina jurídica e analise-se a sua viabilidade.

Importante a diferenciação entre interpretação e hermenêutica constitucional. A interpretação constitucional nada mais é do que a aplicação da hermenêutica, sendo esta, um saber reflexivo que estabelece os princípios da interpretação constitucional. Note-se o fato de serem conceitos distintos, porém, complementares.

Deve-se ressaltar a importância dos princípios norteadores que compõem o estudo da Interpretação Constitucional. Para Ronald Dworkin, princípios, diferentemente das regras, possuem dimensão de peso ou importância, se fazendo crucial, portanto, a ponderação. Segundo o jurista, *ipsis litteris*:

[...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é (DWORKIN, 2007, p.42-43).

Sendo assim, julga-se relevante explanar mais sobre eles, abordando-os a seguir, para sustentar o ponto de vista apresentado e justificar a sua relação com a temática desenvolvida.

Acerca dos Princípios da Interpretação Constitucional, faz-se necessário listar e explicar alguns que se pode julgar como fortes advogados das posições aqui adotadas no que se refere à interpretação expansiva da legislação constitucional.

O primeiro princípio listado é o da Concordância Prática ou da Harmonização, o qual embasa os argumentos aqui listados sobre a constitucionalidade da adoção de uma interpretação expansiva da Constituição, tendo em vista o papel “apaziguador” do princípio. Busca-se, portanto, a redução nas perdas em casos de conflitos que desencadeiem, também, em um embate de princípios e direitos fundamentais.

Segundo o professor Uadi Lammêgo Bulos, “o princípio da concordância prática tem como meta, coordenar, e combinar bens constitucionais conflitantes, evitando o sacrifício total de um em relação a outros” (BULOS, 2011, p.450).

Cabe ao intérprete, destarte, propor uma hipótese de modo a solucionar o dilema constitucional criado, conseguindo, no caso concreto, preservar ambos os direitos ao máximo, fazendo concessões através da ponderação, logo, restringindo-os minimamente.

Sobre o princípio, Inocêncio Mártires Coelho, assevera, *ipsis litteris*:

[...] o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum (COELHO, 2002, p.180).

Percebe-se que esses conflitos se materializam nos chamados casos difíceis ou *hard cases* debatidos no ativismo judicial, como por exemplo nos casos de colisão dos direitos fundamentais da vida e da dignidade da pessoa humana, enfrentados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que trata da interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Dessa forma, resta claro que o propósito do princípio em questão segue as diretrizes da ideia aqui retratada.

Ainda, nas palavras o referido professor, *in verbis*:

Não se trata, evidentemente, de nenhuma apreciação de natureza técnica ou processual, daquelas que realizam as instâncias a tanto legitimadas, mas de um juízo de adequação material entre o que decidem os intérpretes oficiais da constituição - juízes ou tribunais, inclusive as cortes constitucionais - e

aquilo que, em dado momento histórico, a própria sociedade considere correto e justo. (COELHO, 2002, p.181).

Dessa forma, o princípio em tela contribui com a tese apresentada de que a interpretação constitucional deve considerar, além do próprio texto constitucional, os interesses e anseios sociais para que preencham a moldura normativa deixada pela Lei Maior ou legislações infraconstitucionais. Essas normas, que lidam com direitos fundamentais, são caracterizadas por abordarem temas gerais e abstratos, em que existe relativo grau de discricionariedade ao intérprete da lei.

O segundo princípio que será utilizado para dar suporte ao conteúdo aqui teorizado, é o da Máxima Efetividade ou Princípio da Eficiência Interpretativa ou da Interpretação Efetiva, o qual surge como essencial para a defesa da tese apresentada, pois é entendido na doutrina como um princípio que é utilizado na defesa de direitos e garantias fundamentais. Tratando-se, pois, da efetividade dos direitos fundamentais é relevante trazer à baila a citação a Ingo Sarlet, pelo ministro Luiz Fux, em seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que trata do reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico:

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (Schutzpflichten) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. [...] (STF, 2011, p.56)

Segundo o professor Inocêncio Mártires Coelho, o princípio caracteriza-se por ser estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da constituição, que será explanado posteriormente, devido à sua relação com a busca pelo melhor desempenho possível da norma jurídica sobre a sociedade (COELHO, 2002). Ele assevera *in verbis*:

[...] o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da lei maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo. (COELHO, 2002, p.183).

Pode-se extrair esse princípio do texto constitucional em seu artigo 5º, § 1º, que enuncia: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (BRASIL, 1988). Como seu próprio nome diz, busca-se extrair o máximo potencial da norma constitucional. Dessa maneira, a interpretação constitucional da norma deverá ser realizada de forma que seja alçada a sua efetividade máxima.

O objetivo visado pelo princípio coincide com o que se busca nesta pesquisa: a prometida efetividade das normas constitucionais acerca de direitos e garantias fundamentais. Observando essa convergência, é que se julgou ser esse princípio essencial à busca pela efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

O terceiro princípio utilizado para servir de fundamento aos argumentos desta pesquisa é o da Razoabilidade ou da Proporcionalidade. Pode-se encontrá-lo, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 8º do Código de Processo Civil, em que preleciona que o juiz observará, além de outros princípios listados, os da proporcionalidade e razoabilidade, na aplicação do ordenamento jurídico. Sendo assim, como o princípio em tela, a ideia central da pesquisa gira em torno da moderação.

De ferrenhos apoiadores a opositores idem, o objetivo traçado desde o começo desse estudo visou expor uma tese que demonstra que o ativismo judicial e a judicialização são institutos jurídicos complexos, que demandam uma percepção um pouco mais moderada e minuciosa dos estudiosos.

Acerca da Máxima da Proporcionalidade de Robert Alexy, Alexandre Araújo Costa assevera que “é um conjunto de três critérios distintos que estabelecem requisitos objetivos de validade para os atos estatais”. (COSTA, 2008, p. 154).

Possuindo então, os três subprincípios, quais sejam o da adequação, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, a percepção do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade que se procura dar enfoque é a do subprincípio da proporcionalidade estrita.

Com o subprincípio *in questo*, busca-se fazer com que as possíveis soluções aqui propostas sejam proporcionais, razoáveis, estabelecendo uma boa relação de custo-benefício entre a onerosidade ao Estado, em cumprir com a norma

constitucional, e a eficiência e efetividade da norma perante a sociedade, ou seja, que a norma cumpra ao máximo a sua função prometida pela Constituição, custando o menos possível ao Erário.

No mesmo sentido, Inocêncio Mártires Coelho pontua que:

[...] esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo (COELHO, 2002, p.185).

O quarto princípio que ampara o conteúdo ministrado nessa pesquisa é o da Força Normativa da Constituição. Esse princípio estatui o poder normativo dado à legislação constitucional, concedendo o status efetivo de norma jurídica. Importante trazer à baila o pensamento de Inocêncio Mártires Coelho que preleciona:

[...] em que pese a sua importância nesse domínio hermenêutico, um terreno onde qualquer decisão, ao mesmo tempo que resolve um concreto problema constitucional, projeta-se sobre o restante do ordenamento e passa a orientar a sua interpretação. (COELHO, 2002, p.183).

Pode-se observar o princípio em tela inserido na jurisdição constitucional brasileira, na decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, acerca da inaplicabilidade da Súmula 343 do STF quanto à matéria constitucional:

Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. **3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.** 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória” (RE nº 328.812/AM-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 11/4/03) (STF, 2002, grifo nosso).

Não se limitando a seu caráter imperativo, percebe-se que o princípio em questão tem a possibilidade de fazer com que a legislação ordinária, nas mãos do intérprete da lei, se atualize, tendo a oportunidade de prover soluções hermenêuticas que deem sentido à norma, através de preceitos constitucionais. Fornece-se, portanto,

por meio da Constituição, as melhores formas de se interpretar a legislação, de acordo com o que Konrad Hesse chama de “vontade da constituição”.

Note-se que esse princípio possibilita a proposição de soluções hermenêuticas contemporâneas, devendo, pois, ser essa a intenção do intérprete da lei, ao se utilizar do ativismo judicial em suas decisões. Soluções essas, propostas pelo Poder fiscalizador para problemas complexos, que permaneceram intocados por quem os deu causa.

Dessa maneira, é vital que se reitere a constitucionalidade do ativismo judicial, pois o intérprete da lei está no exercício de atribuição excepcional prevista e dada pela Constituição, a fim de ser exercida em situações não ideais, para que seja restabelecido o equilíbrio de funções entre os Poderes. Far-se-á um estudo de caso posteriormente que explicita bem essa situação. Todavia, ressalte-se que a atualização da norma pelo intérprete da lei, através de interpretação constitucional pertinente do seu texto, seria atípica, pois não seria a função principal que lhe fora atribuída originalmente.

Acerca do princípio, nos dizeres do professor Inocêncio Mártires Coelho:

[...] poder-se-ia dizer que esse cânone interpretativo consubstancia um conselho – Friedrich Muller nos fala em *apelo* -- para que os aplicadores da constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, procurem dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, lhes confirmam maior eficácia. (COELHO, 2002, p.183).

Nessa mesma toada, segundo o professor Uadi Lammêgo Bulos:

Quando duas ou mais interpretações possíveis surgirem, deve-se priorizar a que se assegure maior eficácia, aplicabilidade e estabilidade às normas constitucionais. (BULOS, 2011, p. 451).

O último princípio que será aqui explanado é o da Interpretação Conforme a Constituição ou somente Interpretação Conforme. Esse princípio toca nos casos em que quando houver a possibilidade de dois ou mais modos de se interpretar o texto normativo, o intérprete da lei decida pela interpretação que mais se adeque à Constituição da República.

Listando-se os requisitos que o intérprete da lei faz uso, deverão ser considerados os seguintes: preferir a prevalência de interpretações não contrárias à Constituição; conservar normas no sentido de aplicá-las evitando a sua

descontinuidade; excluir a interpretação *contra legem*, ou seja, que vá de encontro ao texto literal e o sentido da norma; possuir “espaço de interpretação”, como o próprio nome diz, deve haver um espaço de decisão, e se aplicará a que mais se encontra em conformidade com o texto constitucional; rejeitar a aplicação de normas inconstitucionais; e, por fim, respeitando o princípio da separação dos poderes, não atuando como criador do Direito, também não obtendo novo e distinto regramento objetivado pelo legislador originário através do processo hermenêutico.

O princípio supracitado será abordado mais à frente em um breve estudo de caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, em que se poderá observá-lo inserido na jurisdição constitucional brasileira, corroborando vários dos pontos aqui discutidos.

Sendo assim, o posicionamento propalado pelas ideias acima se coaduna com a proposta deste estudo no sentido de que é conferida, ao intérprete da lei, a força para que possa atualizar o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema, fazendo com que o comando constitucional possua, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, estabilidade, eficiência e por corolário, proveja segurança jurídica.

Portanto, entende-se ser construtivo trazer à baila alguns dos princípios norteadores da interpretação constitucional correlacionando-os com ativismos jurídicos, a fim de que se entenda a intenção primordial desta pesquisa, qual seja o estudo da garantia de direitos fundamentais previstos na Constituição, os quais se materializam no atendimento às necessidades da sociedade.

2.2 Nuances do Ativismo judicial dentro da jurisdição constitucional brasileira

O tema tratado revela-se de extrema importância, pois o Brasil vem sendo palco de diversas decisões, advindas do Poder Judiciário e de seus membros, relativamente ativas no que se refere à concretização de direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República.

Contudo, mister esclarecer que o Judiciário deve aplicar a lei e interpretá-la, de modo que não haja criação legislativa, afinal, esse poder legiferante é de competência do Legislativo.

Acontece que o referido Poder, no decorrer dos anos, vem sendo negligente quanto à elaboração de leis que atendam aos anseios da sociedade, fazendo com que esta se utilize de outro meio para ter seus direitos garantidos: a Justiça.

Este autor entende por ativismo judicial, em uma definição mais estrita, como sendo o ato de interpretação expansiva do texto da lei feita pelo intérprete do órgão supremo de justiça, qual seja o Supremo Tribunal Federal, valendo-se de sua competência para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, efetivando, destarte, a aplicação do Direito tolhida por ausência de lei que legisle sobre o assunto *in questo* ou por grave incongruência entre direitos. Acerca deste último, tem-se por exemplo o de conflito entre princípios constitucionais, como os envolvidos no direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão.

Em outras palavras, o ativismo judicial, como aqui concebido, vem a ser o fenômeno demonstrado pela capacidade do Poder Judiciário de aplicar, quando devidamente provocado, a Constituição e seus fundamentos a situações em que exista uma dissonância entre o que consta (e o que não consta) na legislação infraconstitucional e a própria Constituição.

Tem-se a intenção de promover a restauração da harmonia em um dos deveres constitucionais mais cruciais e característicos do Poder Legislativo, qual seja legislar.

Importante se faz grifar que o ativismo, aqui abordado, busca respeitar o princípio da separação dos poderes, ocorrendo dentro da teoria dos freios e contrapesos, com a atribuição de fiscalizar, por intermédio do controle concentrado de constitucionalidade, o Poder em desacordo, no caso, o Legislativo, utilizando-se dos mandamentos constitucionais.

Dessa forma, compreende-se que o Poder em questão permaneceu inerte até tornar-se necessário, através de pleito em ação constitucional própria, por qualquer dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal, para proporcionar direitos fundamentais constitucionais à parcela da sociedade que mais precisa ter direitos básicos salvaguardados.

Observa-se que a interpretação dada ao instituto do ativismo judicial, nessa pesquisa, restringe-se às problemáticas sociais oriundas de ações próprias do controle abstrato de constitucionalidade, quais sejam a Ação Direta de

Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Acerca da definição, na mesma toada, Luís Roberto Barroso ensina *in verbis*:

[...] 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. (BARROSO, 2008, p.25).

Direitos e garantias fundamentais são uma responsabilidade vinculada aos Poderes Legislativo e Executivo. Por óbvio, respectivamente, um legisla e outro executa o que fora legislado.

É preciso entender a natureza do ativismo judicial e o que faz com que ele seja criado. O ativismo judicial vem a surgir como consequência da problemática aqui apresentada, qual seja o descolamento social da classe política. Dessa forma, é necessário analisar e estabelecer o porquê desta situação ocorrer.

Diante de um histórico de corrupção vivido no país, faz-se necessária uma análise mais cautelosa acerca da gestão do Erário. As políticas econômicas que tocam em direitos fundamentais devem ser prioridade nos objetivos traçados pelo Poder Público devido a dois fatos: aqueles serem direitos de eficácia plena, logo, havendo imediatidade em seu cumprimento; e o fato de que a cultura da corrupção está enraizada na máquina pública, não importando a esfera.

Entende-se a corrupção como um gatilho para que ocorra o alegado descolamento. A mesma que desencadeou operações como a “Mãos-limpas”, na Itália, o “Petrolão”, o “Mensalão” e a “Lava-jato”, no Brasil. Essas operações remetem-se ao combate ao mais podre fruto que o Poder Público poderia dar.

Desde corrupção em licitações de pequenas prefeituras do interior do país a fraudes em licitação com o governo federal para construção de rodovias e estádios para a Copa do Mundo, faz-se necessário asseverar que a malversação da verba pública é uma doença terminal a um Estado de Direito.

Não importando a dimensão, deve-se entender que há tempos os representantes do Poder Legislativo se utilizam de seus poderes para legislar a favor

de classes que lhes beneficiam direta ou indiretamente, atingindo assim, o atendimento de interesses meramente particulares.

Entretanto, com isso não se quer dizer que os deputados e senadores não legislem. De fato, consegue-se observar projetos de lei tramitando no Congresso Nacional. Entretanto, eles estão alinhados às necessidades da sociedade, do povo que os elegeu? A realidade vivida pelo país mostra que não.

Dessa forma, não se aduz que os governos estaduais, municipais e o governo federal não atinjam o mínimo constitucional na saúde ou educação, por exemplo, todavia, pode-se afirmar que alguns o traçam como meta, não sendo normal dentro de uma realidade instituída pela Constituição Cidadã, de Estado de bem-estar social.

Grande razão para isso se dá ao fato de que a verba pública, já possuindo uma predestinação mínima estatuída pela Constituinte de 1988, faz com que os governantes se escorem no que é obrigatório aos olhos da lei, e não se guiem pelo que é suficiente e necessário ao povo.

O excedente ao constitucionalmente necessário, angariado pelo Estado, dos contribuintes, para se destinar a setores como saúde, segurança pública, seguridade social e educação, toma como direção, lamentavelmente, destinos sombrios que somente são descobertos depois de grandes operações da Polícia Federal.

A desatenção para com as necessidades urgentes da sociedade, conflitos que deveriam ser legislados e regrados, mas não o são, acabam indo parar nas mãos do Poder Judiciário, afinal, a comunidade não mais suporta a omissão do Estado, diga-se Poder Legislativo, e utiliza-se de seu direito de ação, fazendo com que o Estado saia da inércia de outra forma.

Existe uma vertente que se mostra a favor do ativismo judicial, no sentido de que ele pode ser implementado em quaisquer circunstâncias e a qualquer tempo, não havendo motivo para se regrá-lo, entretanto, deve ser disseminado, em regra geral, que o ativismo, como ensina a autocontenção judicial, é algo que necessita ser evitado, podendo funcionar apenas como exceção à regra, haja vista a existência do risco do juiz decidir conforme sua consciência, de forma subjetiva e arbitrária, como ensina Lênio Streck em sua obra “O que é isto – decido conforme minha consciência?”.

Mesmo sendo um eficaz garantidor de direitos, enfatize-se que o ativismo judicial demonstra o desequilíbrio funcional de Poderes ocasionado pela ineficiência do que não consegue executar suas funções, além da falibilidade do sistema público e isso é assaz grave para a segurança jurídica que guarda a sociedade. Sedimentando essa ideia, Luís Roberto Barroso, assevera sobre o ativismo que: “O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo [...]” (BARROSO, 2012, p.27).

Observe-se o posicionamento seguinte de Ingeborg Maus, *ipsis litteris*:

A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida — tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia — como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. (MAUS, 2000, p.192).

Maus traz em sua obra argumentos poderosos para a corrente da autocontenção judicial. Nela, acredita-se não haver bom e mau ativismo, mas que toda forma de ativismo é maléfica. Porém, necessita-se meditar sobre o que fora explanado pela professora alemã. Deve-se levar em consideração que por mais que o direito comparado seja de grande valia ao Direito Brasileiro, não se deve transportar a realidade alemã, na qual a professora se insere, para a brasileira de forma tão direta.

De fato, analisando o cenário político-social alemão, não há porque se utilizar da interpretação expansiva do texto da lei. Esse artifício seria de grande valia apenas em situações de significativa urgência, como é o atual cenário brasileiro. Essa urgência comprova-se a partir do momento em que existem litigantes no Judiciário brasileiro pleiteando o que já deveria estar garantido pelo Estado, a fim de que possam ter a vida digna prometida pelo texto constitucional.

Depreende-se, portanto, existir na Alemanha o atendimento às necessidades e interesses da sociedade, não havendo que se falar em uma desconexão tão relevante quanto a da sociedade brasileira com seus representantes eleitos.

Analise-se um caso de ativismo judicial no Brasil: a criminalização da homofobia. Enquadrou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, na Lei 7.716 de 1989, mais conhecida como Lei

do Racismo. Observe-se o que diz o artigo 1º: serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

É imperioso explanar um pouco mais acerca das noções sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ela está prevista tanto na Lei 12.063 de 2009, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como na Constituição Federal, no artigo 103, §2º, *ipsis litteris*:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (BRASIL, 1988).

Segundo o ministro Celso de Mello, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, *in verbis*:

[...] a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – considerada a sua específica destinação constitucional – busca neutralizar as consequências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos inscritos na Carta Política e que dependem da intervenção concretizadora do legislador, traduzindo significativa reação jurídico-institucional do vigente ordenamento político, que a estruturou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Carta da República . A imposição constitucional de legislar, de um lado, e a situação de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa, de outro, caracteriza-se, diante do estado de mora do legislador, pela superação excessiva de prazo razoável, o requisito condicionante da declaração de inconstitucionalidade por omissão. Isso significa, portanto, que a ação direta por omissão deve ser vista e qualificada como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do poder público, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum. A ação direta por omissão, por isso mesmo, deve traduzir significativa reação jurisdicional autorizada pela Carta Política, que a forjou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves consequências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão – e prolongada inércia – do poder público. [ADO 25, voto do min. Celso de Mello, j. 30-11-2016, P, DJE de 18-8-2017.](STF, 2016).

Sendo assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão cuida de processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, abalado por lacuna na norma ou pela existência de norma tida como incapaz de suprir as necessidades que derem causa a sua existência. (BARROSO, 2012).

Note-se que esse remédio constitucional tem por premissa maior a busca à concessão de garantia fundamental oferecida pela Constituição da República Federativa do Brasil, denegada por quaisquer omissões normativas que firam os direitos fundamentais, haja vista o *non facere* do Estado.

Tendo sido esclarecida a função dada a esse remédio constitucional dentro da jurisdição constitucional brasileira, observe-se o teor da ADO 26, em específico. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão instaurada pelo PPS (Partido Popular Socialista), tendo como *amicus curiae* diversas entidades de defesa a minorias LGBTQI+, assim como religiosas.

No pedido, primeiramente constou que fosse reconhecido que a homofobia e a transfobia, de fato, se enquadrassem no conceito de racismo adotado pela Constituição Federal, havendo, destarte, uma colmatação analógica da lacuna existente, utilizando-se do crime de racismo para seu preenchimento.

Em seguida, que fosse declarada a mora inconstitucional para a tipificação específica do crime suscitado, cumulado com prazo dado ao Congresso para elaborar tal legislação. Por fim, pleiteou-se indenização decorrente de responsabilidade civil do Estado para indenizar vítimas de homofobia e transfobia. Vale ressaltar que este último pleito fora indeferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Devem-se ressaltar alguns pontos da decisão, um deles é o conceito de racismo e a interpretação dada a ele.

Para poder haver a interpretação expansiva do termo “racismo”, o ministro-relator Celso de Mello buscou o âmago, a intenção do uso do termo. Não se interpretou no sentido antropológico-biológico comumente utilizado, mas o interpretou de modo *lato*, dando ênfase ao seu sentido social. Nas palavras do ministro:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico [...] (STF, 2019, p.11).

A tese aqui exposta vai mais além, no sentido de que ao identificá-lo socialmente, entende-se pensá-lo teleologicamente, logo, deve-se observar que o âmago do racismo consegue atingir, como finalidade, diversas classes dentro da sociedade, não somente uma ou duas.

Pôr em relevo a dimensão social do termo racismo contribui para que se visualize o crime não por discriminação de raça e cor, por exemplo, como preleciona a Lei 7.716/89, mas por discriminação e somente ela, como estabelece a Constituição. Nesse ponto o leitor identifica a omissão no texto da lei perante a Constituição da República, qual seja promover o bem sem quaisquer formas de discriminação.

Destarte, observando a principal finalidade do crime de racismo, agora estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja punir a discriminação de qualquer grupo vulnerável que possa sofrer quaisquer afrontas a direitos constitucionalmente protegidos dentro da sociedade moderna, depreende-se a constitucionalidade plena da *decisum* do Excelso Pretor.

Ainda sobre o caso, fundamentando brilhantemente seu voto, o ministro Alexandre de Moraes põe em discussão o sentido que envolve o termo “discriminação”.

Ele assevera que o que consta na Lei do Racismo deve ser interpretado de acordo com os mandamentos constitucionais presentes no artigo 1º da CRFB/88, de onde se retira a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana; no artigo 3º, incisos I e IV da CF, enfatizando que se deve haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O ministro ainda fundamenta com o princípio da igualdade, previsto no art.5º, inciso I, da Constituição Federal, e conclui com o art. 5º, §1º, onde se explana que, diferentemente das normas de eficácia limitada, a norma em questão possui como característica a sua imediatidade, ou seja, a sua aplicação não tem dependência de quaisquer leis posteriores para que possa vir a surtir seus efeitos no ordenamento jurídico nacional.

Sedimentando o que fora analisado, aduz o ministro, *in verbis*:

Na presente hipótese, conseqüentemente, está presente o necessário “espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”, uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a **quaisquer outras formas de discriminação**, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal. (STF, 2019, p.42-43, grifo do autor).

Na decisão em questão, fazendo uma ponte com o tópico anterior, importante também destacar a utilização do princípio da Interpretação Conforme, no uso do verbo do tipo penal da lei 7716/89, qual seja “discriminar” e do art. 3º, IV, da Constituição Federal.

Tem-se nesse ponto levantado que o uso do verbo “discriminar” no texto da lei se volta apenas para alguns grupos específicos de minorias. De outra banda, na Constituição Federal, não existe essa restrição, como já fora demonstrado anteriormente. Sendo assim, utilizando-se do referido princípio, o intérprete da lei buscou a alternativa que mais se assemelha com o texto constitucional.

Nessa toada, o ministro Alexandre de Moraes em seu voto preleciona que:

Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (condutas homofóbicas e transfóbicas). (STF, 2019, p.43).

Exposto o caso, observe-se que, diante da omissão legislativa abusiva, o Poder Judiciário, pelo Supremo Tribunal Federal, fez valer o texto constitucional, não rompendo com quaisquer preceitos ou princípios do Direito. A Constituição vinha sendo metaforicamente rasgada pelo Poder omissor, enquanto a população necessitava que seus anseios fossem atendidos para que existisse a mera possibilidade de uma vida digna e protegida pelo Estado de Direito.

Observe-se que a problemática exposta não trata do ativismo judicial, mas o que se entende que o materializa: o descolamento social dos representantes eleitos. Esse problema assombra os ordenamentos jurídicos desde o começo do século XX, quando o formalismo jurídico, baseado nas normas ineficientes elaboradas pelos legisladores da época, se mostrava insuficiente e perdia força, dando ensejo à criação de outras Escolas jurídicas pós-positivistas tais quais Escola do Direito Livre, Jurisprudência dos Interesses e Jurisprudência dos Valores.

Note-se que os juristas, desde aquela época, vêm combatendo o descolamento social da classe política, contudo, até os dias de hoje, não foi reconhecida, suficientemente, essa deficiência, a ponto de se estar em pleno século XXI em busca

de uma alternativa para que a sociedade não continue a sofrer por fantasmas do passado. Esse tópico deveria ser mais debatido pela classe jurídica e soluções deveriam ser idealizadas para essa situação, a qual tem a capacidade de pôr em xeque uma democracia.

Resta essencial que sejam realizados estudos a fim de que se busquem alternativas para um país como o Brasil, que possam driblar o descaso com a sociedade pelo Poder inerte e, ao mesmo tempo, alcançar seu objetivo. Alternativas viáveis que atendam aos direitos constitucionais do cidadão e não firam o Princípio da Separação dos Poderes. Para isso, apresenta-se nesta obra uma opção factível e que possa acrescentar à temática.

Sendo assim, uma possível solução para a problemática apontada é o melhor preparo das ouvidorias nas Casas do Povo, quais sejam Câmaras Municipais, Assembleias Legislativas e Câmara dos Deputados, sendo, portanto, a ação sugerida em todas as esferas de governo.

Esses entes seriam munidos de setores de atendimento à comunidade, trazendo uma reaproximação, fazendo com que através de um maior contato com a população, os representantes eleitos possam ter uma ideia mais clara dos anseios e necessidades de seus eleitores.

O raciocínio seria como o da realização de boletins de ocorrência (B.O.) por agentes de polícia em delegacias. O cidadão buscaria qualquer um dos locais listados, relataria sua necessidade e, assim, o servidor deixaria registrado em um banco de dados.

Da mesma forma que o boletim de ocorrência pode proporcionar à polícia uma ideia geográfica de áreas mais ou menos perigosas e quais delitos são mais praticados, esse relatório realizado nas instalações daquela Casa Legislativa, proporcionaria uma ideia consideravelmente precisa sobre qual necessidade social tem carência de mais atenção pelo legislador, seja ele municipal, estadual ou federal.

Quanto mais recorrentes fossem as situações fora do raio de cobertura da lei, mais se aproximaria da ideia de que aquela legislação se encontra defasada ou que ainda não exista lei que abranja tal problemática.

Sendo assim, acredita-se nessa pesquisa que o ativismo jurídico não deve criar legislação através de decisões do Supremo Tribunal Federal. Deve-se sim, em situações de excepcional necessidade, utilizar-se da interpretação constitucional expansiva de legislação já existente, do texto constitucional disposto e, absorvendo *insights* pertinentes ao recorte temporal vivenciado, retirados das Escolas do Direito, produzir a norma constitucional que vá dar solução ao caso jurídico, sempre ponderando seu uso de acordo com os princípios da interpretação constitucional.

Aplica-se, dessa forma, o que já existe, apenas adaptando ao Direito hodierno. Em outras palavras, buscam-se alternativas no que a Constituição e legislação infraconstitucional já preveem, como o princípio da dignidade humana, se utilizando da interpretação constitucional para conseguir suprir os anseios da sociedade sem ferir regras processuais ou a Constituição.

Portanto, compreenda-se que o ativismo judicial é um fenômeno que não fere a Constituição Federal, haja vista ser um instituto hermenêutico-jurídico que age de acordo com os fundamentos constitucionais. Contudo, se manifesta como um alerta de legislação defasada e ultrapassada, cuja norma não abrange o povo em sua integralidade (comprovando-se nas inúmeras ações que correm no Poder Judiciário), de forma que pleiteiem direitos fundamentais básicos, como o direito à integridade física e até mesmo à vida.

2.3 Judicialização de políticas públicas e o papel dos seus atores

De pronto, se faz relevante elaborar um conceito para que se possa avançar em quaisquer outros tópicos sobre a temática. Nesta monografia, em um sentido mais estrito, judicializar políticas públicas como saúde ou educação se materializa numa reação do Poder Judiciário, instigado pela sociedade, que sendo, pois, provocado, regulariza o equilíbrio em uma das funções do Poder Executivo, qual seja a execução de políticas públicas.

Da mesma forma que o ativismo, no que tange à inércia, entende-se que o Poder omissor se manteve assim até ser necessário o povo exercer seu direito de ação para alcançar direitos sociais fundamentais garantidos pela Constituição.

Ressalte-se, também, que a judicialização move-se dentro da teoria dos *checks and balances*, tendo como objetivo, fiscalizar o Poder em desacordo, *in casu*, o Executivo, se utilizando dos mandamentos constitucionais através do controle difuso de constitucionalidade.

É imperioso tratar, neste tópico, acerca da influência recente do Judiciário sobre as atribuições do Poder Executivo de prover à sociedade no exercício de políticas públicas que assistam ao cidadão, à exemplo das já mencionadas saúde e educação.

Saliente-se que a visão do autor considera o limite do Erário, ou seja, não se defende a aplicação de altos valores destinados às políticas públicas, contudo, deve-se fazer o possível para que sejam atendidas de maneira plena e não apenas objetivando o mínimo constitucional, para que as contas públicas sejam aprovadas nos Tribunais de Contas.

A legalidade que norteia o pensamento positivista não mais se torna suficiente num mundo nitidamente pós-positivista, como ensina autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, em que tentam superar algumas teses difundidas pelo positivismo analítico ou normativo de Herbert Hart e Hans Kelsen. Os direitos fundamentais constitucionais importam e devem ser discutidos, fazendo o gestor público pensar em como tornar as políticas públicas mais eficazes, logo, não mais bastando sua mera legalidade e seu encaixe nas legislações.

Embasando esse pensamento, suscite-se Ana Paula de Barcellos asseverando *in verbis*:

Em primeiro lugar, embora admita outros parâmetros – a saber: legitimidade e economicidade (CF, art. 70, *caput*) --, o controle desempenhado pelos Tribunais de Contas concentra-se na verificação da legalidade estrita das contas públicas. (BARCELLOS, 2008, p.42).

Nota-se que o cuidado e zelo social não são suficientes quando se trata da normatividade estrita do positivismo. Sendo assim, é necessário ponderar também o resultado do seguimento à risca dessa estrutura normativa, qual seja a judicialização de políticas públicas.

Mister relatar uma crítica à atitude frente ao tratamento com políticas públicas da grande maioria dos governantes brasileiros e à estrita legalidade acima relacionada.

Buscando o mínimo constitucional, os governantes estipulam um montante de recursos para que atinjam esse limite e a verba restante destinam a gastos que contribuam com a sua perpetuação no Poder, como gastos com publicidade governamental e desperdícios. Destarte, não terá seu mandato importunado por nenhuma irregularidade fiscal e ainda conseguirá se reeleger, utilizando-se da máquina pública. Provou-se uma sistemática muito eficaz para aqueles, porém a sociedade perde muito com isso.

Exemplificando o acima exposto, acerca de gastos com comunicação social e publicidade ao invés de políticas públicas relevantes, é notório o processo em que o Estado da Paraíba fora denunciado pelo Ministério Público Federal por não salvaguardar, através da Secretaria Estadual de Saúde, pacientes com a condição de Mal de Parkinson com os medicamentos que lhes são apropriados. A liminar pleiteando o bloqueio de 17,6% da verba de publicidade para que fosse destinada à compra dos medicamentos, fora concedida pelo Desembargador-relator do processo, contudo revista após a comprovação do atendimento ao que fora decidido em 1º grau.

Aonde se quer chegar é que o que foi supramencionado é um exemplo de que a promoção dos direitos sociais básicos está sendo menosprezada, comprometida a ponto de ser necessário judicializá-la, seja por ações individuais ou coletivas, para que possa ser minimamente atendida, enquanto outros setores bem menos importantes, como comunicação social, dispõem de fartos recursos.

Acerca da temática de preferências governamentais em aplicação de verba pública, considera-se importante apresentar a citação feita pelo Ministro Celso de Mello a Ana Paula de Barcellos, em sua decisão monocrática da ADPF 45 (que será elucidada com maior riqueza de detalhes mais a frente). Nela constam os seguintes dizeres:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. **Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.** O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (STF, 2004, p.5, grifo nosso).

Se ignorado o raciocínio acima, como vem sendo atualmente com certa frequência, os governantes não se preocuparão em instituir saúde ou educação de qualidade para a sociedade, porém, apenas o que for suficiente dentro da legalidade. E no pior dos cenários, mesmo com poucos recursos, eles não terão grandes metas que visem melhorar o bem-estar social, mas apenas o necessário para cumprir seus objetivos pessoais.

Exemplifique-se o acima relatado com a seguinte situação. Deixando um pouco de lado o fato de não existirem escolas suficientes para o jovem brasileiro, assim como creches para as crianças, as que existem são de estrutura muito simples e com ensino de baixa qualidade. Prova disso é a necessidade de instituição de cotas para os que advêm de escolas públicas de maneira que possam ter acesso às universidades idem.

Perceba-se que a grande maioria dos jovens de baixa renda não consegue acessar o ensino superior público, nem pode arcar com o ensino privado. Na melhor das hipóteses são contemplados com os programas governamentais de financiamento estudantil FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) ou PROUNI (Programa Universidade para Todos), estando conseqüentemente endividados com empréstimos estudantis ou fadados a ter somente o ensino médio completo em seus currículos.

Sendo assim, paradoxalmente, quem acessa o ensino superior público no Brasil são jovens alunos de classe média ou alta, advindos de escolas privadas e que possuem boas condições financeiras.

Da mesma forma funciona a saúde pública. O brasileiro, não suportando o descaso com sua saúde e de sua família, representado na falta de leitos nos hospitais, atrelado à carência de eficiência do Sistema Único de Saúde (SUS), passou a buscar a efetividade do seu direito através do Poder Judiciário, judicializando questões que já deveriam ter sido resolvidas pelo Poder Executivo.

Observando-se a saúde, dentre outras necessidades que deveriam ser atendidas somente com a arrecadação de tributos, tece-se, em regra geral, uma realidade que somente favorece àqueles que possuem renda suficiente para obter saúde privada, como em saúde suplementar.

Note-se que por mais que alguns doutrinadores e membros da classe jurídica combatam as formas ativistas de aplicar o Direito, como a judicialização e o ativismo,

através da doutrina do “saudoso” positivismo jurídico, haja vista, naquele entendimento, haver maior segurança jurídica, não se sustenta na prática do Direito atual, mais especificamente, na realização das políticas públicas pelo Poder Executivo que dão assistência ao cidadão.

Perceba-se que o executor da lei ordinária, submetendo-se simultaneamente à Lei Maior, fere essa em seu âmago mais profundo, ou seja, nos seus fundamentos, mais precisamente, a dignidade da pessoa humana. Afinal, a Constituição da República guarda o bem geral do povo brasileiro, e, através dessa linha de raciocínio, o povo brasileiro está à mercê de diversos males e luta por uma vida mais digna, dessa vez, nos tribunais. Logo, advogar um nível de segurança jurídica satisfatório vivido pela sociedade brasileira, no cenário político-social atual, seria se escorar no *status quo* para fingir não enxergar aqueles de onde o poder emana.

O descolamento social da classe política ocasiona, por consequência, uma posterior preterição dos anseios das classes mais baixas, que, provavelmente, elegeram grande parte dos governantes que lhes prejudicam constantemente.

Necessário se faz pontuar como se portam os Poderes, na teoria dos freios e contrapesos adotada pelo Direito Brasileiro através do Princípio da Separação dos Poderes, para que se possa compreender o cenário aqui exposto. Adiantem-se as características de independência e harmonia dessa relação *inter partes*.

O Poder Executivo tem como um de seus principais deveres constitucionais executar políticas públicas que possam prover assistência à sociedade. O Poder Legislativo tem a competência original de legislar acerca das temáticas relevantes da sociedade. E o Poder Judiciário tem o dever de aplicar a lei, quando provocado, a situações que advierem conflito. Ressalte-se que no Estado Democrático de Direito brasileiro, o Poder Judiciário pode legislar acerca de sua própria gerência e administração e o Poder Executivo assim também o faz, através de decretos e medidas provisórias, contudo ambas as situações são encaradas como atípicas, logo, não sendo competências típicas às suas funções na máquina pública.

O Poder Legislativo também exerce, além do papel legiferante, a função de fiscalizar e controlar atos do Poder Executivo. Não somente isso, mas além das Câmaras de Vereadores, Assembleias Legislativas e do Congresso Nacional, tem-se também um controle externo realizado através dos Tribunais de Contas, por meio da

fiscalização das contas públicas dos Poderes em geral e da Administração Pública, direta e indireta.

Ainda no âmbito do Legislativo, encontra-se a função atípica investigativa em Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), com alguns dos poderes inerentes a autoridades judiciárias. Diga-se “alguns”, pois não serão todos os poderes, como por exemplo, o fato de não poder autorizar uma ordem de interceptação telefônica, mas somente a de quebra de sigilo de dados telefônicos.

Entende-se, dessa forma, que existe uma cooperação mútua entre os Poderes para que possa haver uma democracia sem exageros de nenhuma das partes, e de fato, esse é um sistema que serve muito bem ao Brasil, na teoria. Na prática, observou-se um desvio dos planos que foram traçados na Constituição da República e que seguiam o sistema de freios e contrapesos, que conseqüentemente integra o princípio da Separação dos Poderes.

Esse desvio que não se esperava, seria a famigerada inércia de certos Poderes na realização de suas atribuições constitucionais originais, quais sejam o Poder Legislativo e o Executivo, esse último sendo explorado mais a fundo neste capítulo.

Entendido, pois, o cenário brasileiro atual, pode-se compreender que poderiam advir certos institutos extraordinários que fossem aos poucos ganhando mais força e significância no Direito brasileiro, mais especificamente na prática jurídica. No caso *in questo*, a judicialização das políticas públicas.

O Poder Executivo, sem prover de forma satisfatória as políticas públicas, fez com que um fenômeno estranho à tradição acontecesse. O povo, carente de atendimento de suas necessidades pelo Poder Público, fez com que houvesse o começo de um movimento em massa em busca do Poder Judiciário, provocando-o através do direito de ação.

Isto posto, observa-se, até agora, que nada há de errado em a sociedade pleitear direitos sociais fundamentais garantidos constitucionalmente, e conseqüentemente, depreende-se inevitável ao Poder Judiciário, quando provocado, julgar conforme a Lei Maior. Logo, entenda-se o surgimento da judicialização de políticas públicas e sua constitucionalidade plena, advinda da teoria dos freios e contrapesos.

É vital salientar que neste estudo não se advogará a propagação da judicialização de quaisquer políticas públicas, nem mesmo do ativismo judicial, haja vista tratar-se de institutos emergenciais e remediadores. Entende-se, pois, não ser regra geral, mas exceção. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso acerca do ativismo judicial, mas que também pode ser utilizado no contexto da judicialização, *in verbis*: “[...] o ativismo judicial até aqui tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva há risco de morrer da cura.” (BARROSO, 2012, p.32).

Acrescente-se à questão retratada o ponto de vista do autor, que da mesma forma que o ministro, preleciona dever ser algo esporádico e momentâneo, contudo, aqui não se entende os fenômenos do ativismo e da judicialização como “antibióticos”.

Logo, traz-se uma diferente analogia, qual seja com o suor que advém de condições anômalas que acometem o corpo humano, como uma febre, para que se esfrie a pele e volte à temperatura normal. Sendo assim, deve-se julgar então ser algo natural e não externo ao corpo, como seria um antibiótico. Contudo, compreendam-se as similaridades das analogias, no sentido de que ambas concebem a ideia central de “exceção à regra”.

Como explanado anteriormente, acredita-se ser o sistema de freios e contrapesos, idealizado através do Princípio da Separação dos Poderes, um objetivo a ser perseguido, logo, é necessário ter-se em mente que não se pode transformar a exceção em regra.

Sendo assim, entendida a constitucionalidade do instituto em questão, passe-se a compreender os efeitos da judicialização no desequilíbrio institucional dos Poderes.

Identifique-se primeiramente, talvez o maior efeito ocasionado pelo fenômeno em questão, qual seja o “inchaço” do Poder Judiciário. Ao referido Poder foi concedido certos deveres constitucionais, como a aplicação da lei em questões sociais conflitantes. Todavia as atribuições constitucionais do Judiciário não previam que tais situações adviessem da inatividade de algum dos Poderes no provimento de algo tão abrangente como são as políticas públicas. Tornou-se um fardo muito pesado de se carregar, e isso não passa despercebido pelos números.

Corroborando o que foi enunciado anteriormente, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2018 tramitavam cerca de 78,7 milhões de processos. Não se deve ignorar o fato de que são aproximadamente 80 milhões de processos para um país com 210 milhões de habitantes. Percebe-se, portanto, que ainda existe, proporcionalmente, uma grande porção de brasileiros litigantes.

Compreenda-se que não se tratam de números capazes de sustentar uma tese de que o Poder Judiciário comporta mais situações conflitantes na sociedade brasileira, que não deveriam ser de sua alçada, como as observadas com as políticas públicas.

O Poder Judiciário sobrecarregou-se e isso se apresentou através de um excesso laboral em áreas que antes não eram judicializadas como hodiernamente. Tem-se como exemplo a judicialização da saúde, onde uma decisão obriga um ente estatal a arcar com medicamentos ou quaisquer tratamentos que a parte pleiteou em ação judicial.

Frise-se que não se aduz que o Judiciário imiscui-se no tema de políticas públicas como um garantidor dessas, haja vista apenas fazer, através de seu poder-dever constitucional de aplicar a lei, com que o Poder Executivo saia da inércia e ele mesmo o proveja, mesmo que por um estímulo coercitivo de uma sentença judicial. Dessa forma, pretende-se reestabelecer o equilíbrio na relação entre poderes e em suas atribuições, o que nada mais é do que o sistema de freios e contrapesos na prática.

Tendo sido a questão esclarecida, volte-se a atenção à explanação da judicialização da saúde, talvez uma das políticas públicas mais litigadas da atualidade. Por esse motivo, afinou-se o estudo naquela para fins de especialização e pertinência acadêmica, tendo em vista que o seu aprofundamento se faz extremamente relevante para a análise da temática.

A judicialização da saúde se tornou muito recorrente no dia-a-dia da justiça brasileira. De acordo com pesquisa feita pelo INSPER (Instituto de Ensino e Pesquisa) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, dentro das possibilidades de pesquisa, foram identificados 498.715 processos em 1ª instância que tratavam de questões de saúde em 17 justiças estaduais e 277.411 processos tramitando em 2ª instância, em 15 tribunais de justiça do país, no intervalo de tempo de 2008 a 2017.

De acordo com o estudo, durante o período observado, identificou-se um avanço de 130% nos números correspondentes a processos relativos à judicialização da saúde em 1ª instância. Já em 2ª instância, entre 2009 e 2017, foi observado um aumento gradativo de 85% dos casos. Esclareça-se que fora excluído o ano de 2008 para não trazer distorções à análise feita pelo estudo, tendo em vista o valor do número de processos distribuídos naquele ano (2.969 processos) ser muito inferior à quantidade registrada dos anos seguintes (acima de 20.000).

Sendo assim, consegue-se chegar à conclusão que, de fato, a judicialização da saúde é um fenômeno tangível e muito presente na realidade da justiça brasileira, devendo-se, destarte, buscar métodos para que a necessidade do povo brasileiro de judicializar essa política pública seja extinta, ou ao menos reduzida drasticamente.

Adentrando, dessa forma, no campo das possíveis soluções para essa problemática, é importante pontuar que é benéfico para a proposta usufruir da estrutura que a própria máquina estatal já fornece, ponderando, assim, dentro do limite do razoável aos cofres públicos.

De antemão, importante salientar que se está utilizando como exemplo o estado da Paraíba para se alcançar a conclusão almejada. Sendo assim, cite-se sequencialmente cada solução proposta para que, em seguida, aprofunde-se um pouco mais nelas.

Idealiza-se nesta monografia, fomentar a já aclamada cultura da Conciliação, especializando-se nas conciliações em matérias relacionadas à saúde; promoção de maior diálogo institucional, dando suporte a entidades como o Comitê de Saúde do Tribunal de Justiça da Paraíba. Ressalte-se que a Paraíba se encontra em um razoável estágio, em comparação com o resto do país, acerca do avanço no tema, haja vista já haver uma relação de maior proximidade entre o Judiciário e o Executivo estaduais nessa empreitada.

Ainda, vislumbra-se como provável solução à problemática, a criação de núcleos de apoio entre ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) e Secretarias de Saúde que visem o incentivo de ressarcimento ao SUS, por usuários de plano de saúde.

Inicialmente analise-se a primeira alternativa proposta: o incentivo à conciliação em saúde. A conciliação em processos judiciais é proposta pelo Conselho Nacional de Justiça em uma de suas 12 metas (no ano de 2020 foram integradas mais 4 metas às antigas 8), mais especificamente, a meta 3.

A proposta nesse sentido será, no âmbito da judicialização da saúde, que as Procuradorias Federais, Estaduais e Municipais adotem a cultura da triagem de processos que tenham como direito perseguido medicamentos que já constem nas relações do RENAME (Relação Nacional de Medicamento), RESME (Relação Estadual de Medicamentos Essenciais) e REMUME (Relação Municipal de Medicamentos Essenciais), respectivamente do Ministério da Saúde e das Secretarias de Saúde estaduais e municipais, que não sejam exageradamente dispendiosos ao Erário, que não sejam experimentais e que possuam genérico que possa ser oferecido em possível acordo firmado.

Justifica-se a conciliação, haja vista a judicialização ter se tornado recorrente, em que o litigante muitas vezes não buscou sequer requisitar administrativamente e, até mesmo, não possui o conhecimento de que, para sua condição, existe um genérico tão eficaz quanto o remédio prescrito por seu médico.

Através do estudo selecionado para exame, observou-se que, tratando de processos em que o Estado, através de suas procuradorias, obtém derrotas na Justiça, nota-se um alto grau de recursos, elevando esses processos ao 2º grau e tornando-os mais elevados também em outro aspecto: custos.

O relatório observou que os processos onde o alvo é a saúde suplementar, objeto de empresas privadas do ramo, não existe um índice de recorribilidade tão grande, haja vista o alto grau de concessões do direito ao pleiteante/paciente. Sendo justificados, pois a maioria dos casos possuem relevante urgência em suas necessidades.

Corroborando o discorrido acima, acerca do estudo mencionado, *in verbis*:

Em segunda instância, há algumas mudanças quanto às principais partes ativas e os estados e municípios começam a aparecer como principais recorrentes, o que, como se verá ainda neste relatório, decorre da elevada proporção de decisões desfavoráveis à Administração Pública em primeira instância e ao dever desta em recorrer independentemente da probabilidade de ganho nas instâncias superiores (Figura 15). (BRASIL, 2019, p. 54)

Ainda sobre o argumentado anteriormente e reiterado pelo relatório, *ipsis litteris*:

Padrão semelhante é observado na segunda instância (Figura 58), com uma importante diferença que revela diferentes estratégias recursais. De um modo geral, nota-se uma maior participação do setor público na judicialização em 2ª instância, o que sugere que vários casos relacionados à saúde suplementar não são objeto de recurso após a decisão em 1ª instância.

Esse resultado é coerente com a conduta no setor público de sempre recorrer das decisões judiciais em que é parte perdedora, mesmo que a probabilidade de sucesso do recurso seja muito baixa e que os custos de litigância superem os seus benefícios esperados. Essa espécie de cálculo é mais comum na litigância por partes privadas, como é o caso de planos de saúde. Possivelmente, diante da baixa probabilidade de reversão de decisões judiciais de 1ª instância e do fato de que várias demandas na área de saúde tornam-se fatos consumados e irreversíveis a partir da prestação do serviço de assistência à saúde em caráter liminar, os prestadores de serviço da saúde suplementar parecem recorrer menos do que aqueles do sistema público (Figura 57 e Figura 58) (BRASIL, 2019, p. 124, grifo nosso).

Nota-se um erro estratégico por parte das procuradorias, no sentido da análise do panorama geral que enfrentam. Se o medicamento já foi concedido, muitas vezes liminarmente, não haveria razão sensata de se recorrer.

A jurisprudência sustenta a decisão de concessões do tipo, logo, é difícil observar um embasamento bem elaborado, no que toca à defesa da tese oposta. Prova disso são os números que espelham o setor privado de saúde, cujo foco maior é se manter no mercado e minimizar ao máximo as perdas aos cofres da empresa. Dever-se-ia visar o mesmo desempenho financeiro do privado, no que é público, por aqueles que precisam, em tese, defendê-lo. Sendo assim, não se mostrou uma estratégia eficiente dos advogados públicos no decorrer dos anos.

Analisar como é gasto o dinheiro público sempre foi essencial, ainda mais em tempos de crise como vive o Brasil. Atualmente é dispendida uma quantidade considerável de recursos pelo Estado com a judicialização de políticas públicas. Não somente isso, o dinheiro gasto pela população litigante com honorários contratuais, sucumbenciais, recursais, além de custas processuais, compromete o poder aquisitivo do cidadão de menor renda. Entende-se, portanto, que o fenômeno em questão não favorece nenhum dos lados do processo.

Importante se faz mencionar, quando se traz à baila as estratégias das procuradorias, o uso do Princípio da Reserva do Possível. Tendo como origem a

Alemanha, o princípio tem como núcleo o fato de o Erário ser limitado e que certos pleitos sociais não poderiam ser concedidos devido a essas limitações financeiras. Dessa maneira, deve-se levar em consideração o aparato estatal alemão caracterizado por ser extremamente eficaz. A sociedade consegue ter seus impostos retribuídos através de direitos sociais, não havendo significativos desvios no que se refere ao comprometimento da máquina pública com o Estado de bem-estar social.

Contraopondo-se ao mencionado princípio, existe o Princípio do Mínimo Existencial, adotado pela Constituição Federal, encontrado de maneira contextualizada no estabelecimento do mínimo constitucional para destinação de verba pública, como por exemplo, aos setores de saúde (artigo 198) e educação (artigo 212).

Sobre o tema, o professor Andreas J. Krell assevera *in verbis*:

No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas em face da composição distorcida dos orçamentos das diferentes entidades federativas. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia. (KRELL, 1999, p.246).

Destarte, no que se refere à Reserva do Possível, é facilmente antecipável que o Estado, por meio de suas procuradorias, abusaria dele em suas peças, visando eximir-se de suas obrigações sociais perante o povo.

Dando seguimento às soluções propostas, analise-se a segunda, que trata da promoção do diálogo institucional e é representada pelo suporte ao Comitê de Saúde do Tribunal de Justiça da Paraíba. No Estado, já é possível encontrar um núcleo de apoio ao Judiciário que forneça sustentação à análise de casos de judicialização de saúde.

Segundo informações do próprio Tribunal de Justiça, o Comitê já possui planos de expansão para outras Comarcas do Estado, estabelecendo um canal direto com os Executivos Municipais, o que atesta a intenção de dar capilaridade ao projeto. O diálogo institucional prova-se ser uma eficiente conduta, incluindo o Ministério Público, a Defensoria Pública e as Secretarias de Saúde estadual e municipais.

O coordenador do Comitê Estadual, Marcos Salles, instaurou o NatJus (Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário). Caracteriza-se por ser uma iniciativa do

Conselho Nacional de Justiça juntamente com o Ministério da Saúde, cujo objetivo, de acordo com o magistrado vem a ser, *in verbis*:

[...] proporcionar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais subsídios técnicos para a tomada de decisão com base em evidência científica nas ações relacionadas com a saúde, pública e suplementar, visando, assim, aprimorar o conhecimento técnico dos magistrados para solução das demandas, bem como conferindo maior celeridade no julgamento das ações judiciais. (GECOM TJPB, 2018).

Importante se fazem as palavras do magistrado coordenador do Comitê, Doutor Marcos Salles, *ipsis litteris*:

Na verdade, o NatJus permite que os operadores da judicialização em saúde possam fazer uma consulta a um banco de dados do Conselho Nacional de Justiça, que é gerido em colaboração com os hospitais Albert Einstein e, também Sírio Libanês, referências no Brasil e no mundo. O objetivo é evitar mais ações, o que é de suma importância para o Poder Judiciário. (GECOM TJPB, 2018).

Sendo assim, há de se reconhecer os avanços realizados pelo Estado da Paraíba, contudo importante observar dois pontos. Um do próprio Estado da Paraíba e um acerca do Brasil de forma geral. Entendendo-se a solução proposta como sendo um fomento ou incentivo ao uso de instrumentos, os quais possam vir a contribuir com a instrução apropriada do magistrado para elaborar decisões judiciais de caráter mais técnico, tenha-se em conta que, por mais que já exista certos avanços como os anteriormente aduzidos, não se ignore o fato de que o Tribunal de Justiça da Paraíba não vem dando o devido suporte à gestão da judicialização da saúde no Estado.

Segundo os dados do estudo, relativo à judicialização no Brasil, anteriormente mencionado, demonstre-se os colhidos acerca do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, no período de 2008 a 2017.

Tenha-se como referência na análise a seguir, o conjunto de decisões que mencionaram o uso dos mecanismos disponíveis de qualificação técnica das suas decisões, quais sejam, CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias) e NAT (Núcleo de Avaliação de Tecnologias da Saúde).

Importante saber a noção do que são esses instrumentos administrativos do sistema de saúde. Segundo o relatório, os NAT “[...] são instrumentos auxiliares de que podem dispor os magistrados em suas decisões e que fornecem subsídio técnico sobre as tecnologias em discussão” (BRASIL, 2019, p.65). Já a CONITEC “[...] é

responsável por indicar ao Ministério da Saúde quais tecnologias de saúde devem ser incorporadas ao sistema público e por definir os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, isto é, a relação entre as tecnologias de saúde e seu uso” (BRASIL, 2019, p. 64-65).

De acordo com a pesquisa, o Tribunal de Justiça da Paraíba, no que tange ao número de acórdãos de judicialização da saúde que mencionam o NAT, Protocolos e o CONITEC, observou-se que 0% mencionavam CONITEC, 11,4% mencionavam NAT e 1,3% mencionavam Protocolos.

Portanto, pode-se concluir que a Paraíba, mesmo dispondo de meios para aprimorar as decisões judiciais do Judiciário paraibano, com os instrumentos acima suscitados, se faz inerte nesse sentido, devendo, dessa forma, buscar maneiras mais eficazes de reação a esse movimento de judicialização da saúde.

Importante ressaltar que essa subutilização não é um fenômeno identificado somente no estado da Paraíba, mas em todo o país. Do total de tribunais, quais sejam Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, do conjunto de decisões que mencionavam o NAT, somente 13,9% o fizeram; dos que mencionavam a CONITEC, apenas 0,7%, e no que se refere a seus Protocolos, 6,6%.

Note-se que até mesmo observando no Brasil, dentre os Tribunais em questão, não existe algum modelo a ser seguido, apenas propostas em desenvolvimento para que se possa atingir um bom desempenho no tratamento pelo Poder Público acerca da judicialização da saúde. Para que isso seja atingido, é de demasiada importância que os magistrados e desembargadores, ao prolatarem suas decisões, munam-se de argumentos baseados em dados técnicos.

Importante pontuar também a relação das decisões emanadas pelos tribunais e as listas de medicamentos e serviços de saúde, fornecidas pelo Ministério da Saúde e Secretarias de Saúde.

Entende-se razoável pôr o assunto em discussão por haver um número insatisfatório de decisões que não mencionam as anteriormente citadas listas que dispõem os órgãos de saúde pública.

No relatório em estudo, observou-se que, tendo como exemplo o TJPB, apenas 0,98% dos seus acórdãos mencionam a RENAME (Relação Nacional de

Medicamentos); 0% o RENASES (Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde); e 0% a REMUME (Relação Municipal de Medicamentos). Conclui-se ser alarmante e nítido o desuso das relações de medicamentos dispostas pelo sistema de saúde no conteúdo das decisões emanadas por aquele Judiciário estadual.

Desse modo, pode-se observar que ainda existe uma considerável assincronia entre a formulação de políticas públicas através do sistema de saúde e o Poder Judiciário.

Sendo assim, acredita-se que seria de grande valia o incentivo a práticas como as já iniciadas pelo Comitê de Saúde do Tribunal de Justiça da Paraíba, que promovem uma sinergia entre os dois entes responsáveis pela política pública judicializada *in questo*.

Quanto à terceira e última possível solução apresentada acerca da judicialização da saúde, tem-se a criação de núcleos de apoio entre a ANS e as secretarias estaduais e municipais de saúde, que visem o incentivo de ressarcimento ao SUS, por usuários de plano de saúde.

A compensação já existe e foi criada pelo art. 32 da Lei 9.656/98, regulamentado propriamente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Considerando que é a obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde de restituir as despesas do Sistema Único de Saúde no eventual atendimento de seus beneficiários que estejam cobertos pelos respectivos planos, pensou-se na seguinte idealização. Contudo, observou-se, segundo o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), que se tornou necessário o aprimoramento dos mecanismos de cobrança do ressarcimento ao SUS, haja vista o fato de que nem tudo que é cobrado pela ANS para repasse ao SUS, é devido, logo, cobra-se por diversos procedimentos sem antes se certificar de que o lançamento é de fato pertinente. Nota-se, destarte, a falta de eficiência e zelo na cobrança, buscando a quantidade e não a qualidade dessas.

Corroborando com o que fora asseverado, segundo dados do estudo “Reflexões sobre a política de ressarcimento ao SUS” do IESS, *in verbis*:

Entre 2001 e 2017, a ANS concordou que 39% dos atendimentos de beneficiários pelo SUS impugnados haviam sido notificados equivocadamente e, portanto, os pleitos dos demandados foram deferidos.

Isso representa 1,6 milhão de atendimentos que passaram por processos de avaliação tanto nas operadoras quando no setor público gerando gastos de recursos nos dois setores e que poderiam ter sido evitados, caso houvesse um melhor sistema de notificação que validasse desde o início se o beneficiário que utilizou o SUS estava nas condições do ressarcimento (IESS, 2020, p.2).

Sendo assim, a possível solução proposta dar-se-ia por meio da criação de núcleos *in loco* entre a ANS e os Poderes Executivos Estadual e Municipal, através das Secretarias de Saúde, funcionando como suporte local de fiscalização e de coleta de dados eficiente. Teria como objetivo o aumento na qualidade da arrecadação para ser usado em prol da sociedade através do próprio Sistema Único de Saúde.

Por fim, se faz importante analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. A mencionada ADPF não pode ser deixada de lado quando se estuda sobre judicialização de políticas públicas, pois foi o marco na Suprema Corte brasileira.

Tendo como relator o ministro Celso de Mello, foi colocado em questão a inércia do Poder Executivo na implementação de políticas públicas, com a subsequente fiscalização da inação pelo Poder Judiciário.

O objeto que a respectiva ADPF circundava, materializava-se no veto presidencial que incidiu sobre o § 2º do artigo 55 (posteriormente renumerado para artigo 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O conteúdo do dispositivo vetado dispunha do seguinte:

§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. (BRASIL, 2003).

O autor da ação constitucional, o partido político PSDB (Partido da Social Democracia Brasileiro), sustentava, à época, que o veto emanado pelo Presidente da República representou descumprimento a preceito fundamental decorrente da EC (Emenda Constitucional) 29/2000, promulgada com o objetivo de garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados no sistema de saúde pública.

Importante se faz pontuar que o Presidente da República, voltando atrás em decisão anterior que ensejou a referida ação constitucional, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo, prejudicando, assim, o sentido processual desta ADPF.

Suprida, destarte, a omissão apontada, restou prejudicada a presente ação, perdendo-se o seu objeto, contudo o ministro-relator ponderou questões muito relevantes não só para o Direito brasileiro, mas para a democracia e a relação interpoderes de uma maneira geral.

Nas palavras do ministro Celso de Mello, *ipsis litteris*:

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. (STF, 2004, p.6-7).

Põe-se em destaque a sensibilidade e destreza que o governante deve ter ao gerir políticas públicas, devendo, portanto, existir um sensor jurídico-constitucional de estabilidade e eficiência na gestão de uma das políticas públicas mais basilares ao Estado Democrático de Direito, como é a saúde.

Desta feita, é preciso compreender a constitucionalidade da judicialização de políticas públicas no Direito Brasileiro, sendo, pois, um fenômeno consequencial à estrutura administrativa brasileira. Porém, entende-se ser um fenômeno que deve ser evitado, para que se retorne à plena harmonia entre Poderes, assim como previsto na Constituição da República.

3 – CONCLUSÃO

Conclui-se, através do estudo em tela, que os institutos tanto do ativismo jurídico como da judicialização de políticas públicas caracterizam-se como fenômenos plenamente constitucionais, porém excepcionais, ou seja, funcionam de acordo com os mandamentos constitucionais, ao mesmo tempo em que operam em cenários pontuais de desequilíbrio funcional entre os Poderes da República.

Intentou-se, também, realçar a relevância tanto social, como científica e acadêmica da temática, agregando à doutrina mais um ponto de vista racional e mediador, que leva em consideração as necessidades do povo brasileiro, não deixando de observar a tripartição dos poderes, com a intenção de descobrir possíveis soluções viáveis e práticas para a atual situação do país.

Destarte, visou-se analisar o Direito buscando evitar retrocessos, a fim de que se possa acompanhar a evolução da sociedade. Se ela evolui, muda, se adapta com o tempo, o Direito que a rege não pode ficar inerte, havendo a possibilidade de não mais ser eficaz, e conseqüentemente, caindo em desuso. Poder-se-ia dizer que haveria um choque entre uma sociedade contemporânea e um Direito que rege condutas pretéritas, que não mais encontram lugar no presente.

No que se refere ao ativismo judicial, objetivou-se fazer uma relação entre o princípio da separação dos poderes e a inércia dos legisladores em legislar temáticas relevantes para a sociedade. Essa inação de atividades típicas pelo Poder Legislativo pode advir de diversos fatores, como por exemplo, a corrupção, a malversação de verbas públicas, a priorização de projetos de lei que atendem a interesses particulares ao invés dos de interesse da maioria da população, entre outros. Tais condutas fizeram com que os representantes do povo se elevassem a um patamar acima da sociedade brasileira, descolando-os da realidade do país, e isso vem trazendo uma grave crise no atendimento aos direitos fundamentais básicos, os quais não estão sendo devidamente respeitados.

No que tange à judicialização de políticas públicas, argumenta-se na pesquisa que as políticas econômicas que tocam em direitos fundamentais sociais devem ser prioridade nos objetivos traçados pelo Poder Executivo, haja vista a sua relevância

para a vida em sociedade e o fato daqueles serem direitos de eficácia plena, logo, tendo aplicação imediata, conforme art.5º, §1º da Constituição da República. Deve-se, também, considerar o histórico de corrupção vivido pelo país, fazendo-se necessária uma análise mais cautelosa de estudos que se debruçam sobre a gestão do Erário ou que dela dependam.

Em um assunto tão delicado, com diversas minúcias, precisa-se sempre considerar e ponderar os argumentos apresentados à discussão. Aduz-se que o norte a ser seguido deve ser a legislação nacional, sendo ela subserviente e de acordo com a Constituição Federal, obedecendo aos princípios que prezam pela independência e harmonia entre os Poderes, contudo, ao mesmo tempo em que se reconhece a falibilidade do sistema e das pessoas que o conduzem.

Desse modo, pode-se compreender que o cenário político-social brasileiro é dotado de considerável instabilidade, derivada majoritariamente dos atores políticos que o integram e de suas relações, em que durante lapsos, têm problemas no cumprimento dos seus deveres constitucionais, que posteriormente desencadeiam nas crises institucionais como a que se vive atualmente. Nesses momentos, deve haver uma conscientização no sentido de reaver a normalidade predita pela Constituição, contudo, sem causar uma crise institucional.

Visando a otimização do funcionamento da máquina pública e do próprio Estado Democrático de Direito, deve-se reconhecer as falhas que porventura acometam a Administração Pública, com vistas a preparar todo o sistema, não apenas para o previsto e normatizado por quaisquer leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas também para o imprevisto.

Sendo assim, entende-se, com esse estudo, que o ativismo judicial não deve originar legislação através de decisões emanadas pela Suprema Corte brasileira. Deve-se, em caráter excepcional e oportuno, usufruir da interpretação expansiva de legislação já em vigor, observando os mandamentos constitucionais como "vontade da constituição", para, então, elaborar as decisões judiciais que supram a ausência de lei que resolva a matéria em discussão no caso, ponderando seu uso de acordo com os princípios da interpretação constitucional.

Aplica-se, assim, o que já é existente no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, contudo, adaptando-se ao Direito contemporâneo ao se utilizar do espaço

de interpretação da lei. Busca-se, desta feita, possibilidades razoáveis no que o Direito, a própria Constituição Federal e a legislação infraconstitucional fornecem. Como exemplo, utiliza-se o princípio da dignidade humana para haver a interpretação constitucional devida que supra os anseios sociais, sem transgredir quaisquer regras de cunho material, processual ou constitucional existentes.

À guisa de conclusão, no que toca ao ativismo judicial, propõe-se uma sistemática que não onere, em demasia, o Poder Público, tornando uma alternativa mais viável e realista. Sendo assim, suscitam-se, em todas as esferas do Poder Legislativo brasileiro, setores de atendimento à comunidade nas Ouvidorias com foco em compilar informações de necessidades vitais da sociedade, a fim de que sirva de base para mais projetos de lei relevantes e eficientes.

Dessa forma, será possível até mesmo um mapeamento geográfico do que mais se carece, podendo-se identificar quaisquer outros fenômenos jurídico-sociais que o descolamento social, observado entre a classe política e o resto da sociedade, pudesse omitir.

No que se refere à judicialização de políticas públicas, depreenda-se defender a iniciativa da conciliação por parte do Estado, para fins de desjudicialização de direitos básicos, que quando judicializados, havendo margem para tanto, haja a vontade de conciliar, concedendo o direito, se for o caso, e havendo jurisprudência suficiente no mesmo sentido.

Deve-se partir da premissa de que quando a demanda for judicializada, analisando o panorama geral que se encontra o país, no que se refere a políticas públicas, é provável que existam direitos sociais sendo transgredidos, sinalizando, então, que algo está errado com o sistema e o problema gerado pelo mesmo se tornou urgente.

Além disso, afinando-se na pesquisa, imperioso se faz a promoção do diálogo institucional, trazendo maior suporte a entidades como o Comitê de Saúde do Tribunal de Justiça da Paraíba e o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário, representando uma união entre Executivo e Judiciário. Entenda-se que todo esse movimento visa ser uma fonte precisa de informações técnicas para os juízes e desembargadores prolatarem suas decisões, conforme o entendimento de especialistas na área. Tenha-

se como relevante a sugestão não somente para o Tribunal de Justiça paraibano, mas para todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, de maneira geral.

Ainda acerca da judicialização, sugere-se a criação de núcleos que gerem uma maior integração entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, facilitando e otimizando, assim, a coleta de dados e promovendo a delegação de funções que sejam mais profícuas quando o ente público age no local, tornando o processo de ressarcimento ao SUS, mais eficiente e menos complexo.

Defende-se, desse modo, serem essas possíveis soluções, medidas não só eficazes e eficientes, mas também de transição até o restabelecimento do equilíbrio na realização de funções dos respectivos Poderes, respeitando a teoria dos freios e contrapesos e os demais princípios constitucionais que regem não só a Magna Carta, como também a legislação ordinária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges: **Submissão e Juristocracia**. Revista de Processo. Vol. 258/2016, p.519-527. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.258.22.PDF> Acesso em 16 out. 2019.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme: **Ativismo Judicial e instrumentalidade do processo**. Revista de Processo, vol. 242 2015, p.21- 47. 2015. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf> > Acesso em 18 abr. 2019.

AGRA, Walber de Moura; ADEODATO, João Maurício Leitão. **Jurisdição Constitucional : diretrizes para o incremento de sua legitimidade**. 2003. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4861/1/arquivo7225_1.pdf> Acesso em: 20 jun. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia: **O judicial review e o ativismo judicial da suprema corte americana na proteção de direitos fundamentais**. Espaço Jurídico Journal of Law. p.733-752, dez. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8750/pdf> > Acesso em: 16 out.2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia: **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista Direito GV, São Paulo, p. 59-86, jun.2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728> > Acesso em: 22 out. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado, p.17-54, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, p.23-32, v.5, n.1, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> > Acesso em 19 abr.2019.

BARROSO, Luís Roberto: **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Rio de Janeiro. Interesse Público, v.46, p. 31-62, 2007. Rio de Janeiro. Disponível em:<http://www.mpdft.mp.br/saude/images/judicializacao/Falta_efetividade_judicializacao_excessiva.pdf> Acesso em: 10 jan. 2020

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 452 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 240: p.01-42, abr/jun. 2005. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695> > Acesso em: 04 nov. 2019.

BELMIRO, Emanuel. **Desembargador do TRF-5 decide em favor dos pacientes de Mal de Parkinson: Estado da Paraíba deverá regularizar a distribuição gratuita de medicamentos**. 2006. Disponível em: < http://www5.trf5.jus.br/noticias/517/desembargador_do_trf5_decide_em_favor_dos_pacientes_de_mal_de_parkinson.html> Acesso em: 19 mai. 2020.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:< <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1989/lei-7716-5-janeiro-1989-356354-publicacaooriginal-1-pl.html>.> Acesso em: 17 abr. 2020

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 10.707 de 30 de julho de 2003**. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.707.htm.> Acesso em: 06 mai. 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Brasília. 2019. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> > Acesso em: 30 set.2019.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. **Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília/DF. p.01-173, 2019. Disponível em: < <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf> > Acesso em: 15 fev.2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 – Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 13/06/2019, p.11. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementa.pdf>.> Acesso em 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 – Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Voto: Ministro Alexandre de Moraes, p.42-43. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>
Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45/MC – Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões monocráticas, 29/04/2004, p.5-7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Voto: Ministro Luiz Fux, 05/05/2011, p.56. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Publicações Temáticas – Versão Integral**. Relator: Ministro Celso de Mello. Controle de Constitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/publicacaoTematica/verTema.asp?lei=5235#5267>> Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 328.812/AM - AgR**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 10/12/2002, p.1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=338777>> Acesso em: 25 set. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 230, p. 163-188. Out/dez.2002. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4565164/mod_resource/content/1/1.%20COELHO%2C%20Inoc%20Aancio.%20M%20A9todos%20e%20Princ%20ADpios%20da%20Interpreta%20A7%20A3o%20Constitucional.pdf> Acesso em: 15 fev.2020.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método : diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2008.. Disponível em <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512> > Acesso em: 19 abr. 2020.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle da razoabilidade no Direito Comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008. p.11-210. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado>> Acesso em: 20 jun. 2020.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Bahia: JusPodivm, 2008.

DOBROWOLSKI, Silvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. p.92-100. 1995. Disponível em: <<http://journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15778/14280>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. De Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET. Publicação trimestral – Ano I – Nº 1 – Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.animaopet.com.br/primeira.../artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2019.

INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Análise Especial: Reflexões sobre a política de ressarcimento ao SUS. **Estudos Especiais**. São Paulo. p.2-7. Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://www.iess.org.br/cms/rep/reflex.pdf>>. Acesso em: 10 set 2020.

JUNIOR, Hermes Zaneti; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Teoria da Decisão Judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica?** Revista de Processo, p. 21-53, set.2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.01.PDF >. Acesso em: 18 abr. 2019.

KRELL, Andreas J. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica**. Revista Direito GV, São Paulo 10(1), p. 295-320, Jan.-Jun., 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v10n1/a12v10n1.pdf> Acesso em: 15 mai. 2019.

KRELL, Andreas J. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa, v. 36 n. 144, Brasília. p.239-260, out/dez.1999. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/545> > Acesso em: 22 out. 2019.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial órfã**. p.183-202, nov.2000. Disponível em: < <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf> > Acesso em: 20 abr. 2019

PATRIOTA, Fernando. GECOM TJPB. **Comitê Estadual de Saúde tem como meta para 2020 descentralizar suas atividades nas regiões da Paraíba**. < <https://www.tjpb.jus.br/noticia/comite-estadual-de-saude-tem-como-meta-para-2020-descentralizar-suas-atividades-nas-regioes> > 2020. Acesso em: 04 de mai. 2020

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. Anais** do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, p. 4031-4055, nov. 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf> Acesso em: 04 nov. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 20 jun. 2019.