

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS VIA
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: ATIVISMO JUDICIAL OU DIÁLOGO
INSTITUCIONAL?**

MARCELLA FERNANDES ZAPPELLI DE OLIVEIRA

RIO DE JANEIRO

2023

MARCELLA FERNANDES ZAPPELLI DE OLIVEIRA

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS VIA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ATIVISMO JUDICIAL OU
DIÁLOGO INSTITUCIONAL?**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Carolina Machado Cyrillo da Silva

RIO DE JANEIRO

2023

CIP - Catalogação na Publicação

O48c Oliveira, Marcella Fernandes Zappelli de
Controle jurisdicional de políticas públicas via
arguição de descumprimento de preceito fundamental:
ativismo judicial ou diálogo institucional? /
Marcella Fernandes Zappelli de Oliveira. -- Rio de
Janeiro, 2023.
87 f.

Orientadora: Carolina Machado Cyrillo da Silva.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. ANÁLISE SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: A
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM
MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2. JUDICIALIZAÇÃO
DA POLÍTICA. 3. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. 4. ADPF
976 - A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA. 5. ATIVISMO
DIALÓGICO. I. Silva, Carolina Machado Cyrillo da,
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

MARCELLA FERNANDES ZAPPELLI DE OLIVEIRA

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS VIA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ATIVISMO JUDICIAL OU
DIÁLOGO INSTITUCIONAL?**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: 27 / 11 / 2023

Banca Examinadora:

Carolina Machado Cyrillo da Silva

Prof. – Universidade Federal do Rio de Janeiro

Marilson dos Santos Santana

2º Examinador

Aos meus pais, Eduardo e Grazielle, e aos meus irmãos, pelo amor e apoio incondicionais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, à Deus, aos que me protegem e a toda a fé, energia e amor que me movem. Aos meus pais, Eduardo e Grazielle, que estiveram sempre ao meu lado, que me incentivaram no decorrer de toda a minha vida, e em especial ao longo da minha graduação, me dando todo apoio e condições para que eu pudesse me dedicar aos estudos e me fazendo acreditar que posso mais do que imagino. Sem a base de vocês, eu nada seria. Obrigada pela força, amor e pelo apoio intelectual incondicionais.

À Professora Carolina Cyrillo, primeiramente, por ser uma inspiração dentro do corpo docente da FND, desde as aulas de Direito Processual Constitucional, que me fez me encantar cada vez mais com a disciplina, bem como despertar o interesse em traçar um futuro voltado para o ensino. Obrigada por ter aceitado me orientar, pela tranquilidade, pelos conselhos e pela prontidão e disponibilidade sempre que solicitada.

Aos meus irmãos, Bruno, Renata, Romulo, Bruna e Renan, e aos meus cunhados, Clara, Ana Elisa e Felipe, pelo carinho, pelos momentos de descontração em família, pelos conselhos e pela orientação ao longo dessa jornada. Dos livros de aniversário às conversas jurídicas (ou apenas uma palavra de incentivo), meu muito obrigada. Agradeço por todo o apoio e por ratificar a minha crença de que o céu é o limite. Obrigada pelo exemplo, pois vocês são minha inspiração diária. Minha gratidão eterna à Deus por terem me dado vocês como minha família.

À Maria, Iris e Giovanna, minhas melhores amigas, que deram todo o suporte emocional quando mais precisei, pelo carinho incondicional, pelos conselhos, pelo incentivo e por estarem ao meu lado ao longo de todo esse caminho. Aos meus amigos do esporte, que sempre acreditaram em mim, dentro e fora da arena, e ao esporte em si, que não só foi o meu refúgio e minha válvula de escape, mas também minha fonte de desafios, disciplina e dedicação.

Aos meus amigos da SulAmérica, Thainá, Matheus e João, por não só terem acreditado na minha competência, mas também pelo apoio, aprendizado e carinho. Aos que fizeram parte dessa jornada, ora mais de perto, ora indiretamente, em especial, à Mariana, minha primeira grande referência de amizade, aos que vieram e foram, mas que em algum grau contribuíram para o meu crescimento pessoal, obrigada por participarem dessa caminhada. A todos vocês, obrigada pela amizade.

Como ninguém é bom sozinho, agradeço, por fim, às minhas amigas da FND, Letícia, Giselle, Fernanda, Giovanna, Brenda e Maria Luiza, que estiveram comigo ao longo desses 5 anos de faculdade, que tornaram o cotidiano muito mais agradável, que dividiram comigo desde

as angústias até as vitórias. Obrigada pelo apoio, incentivo e por toda a troca dentro e fora de sala. Obrigada pelo carinho, pela paciência e por contribuírem não só com parte da minha formação, mas também com o enriquecimento de amizade, que irei levar para toda a vida. Estamos juntas nos próximos desafios.

RESUMO

De Oliveira, Marcella Fernandes Zappelli. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas via Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais: Ativismo Judicial ou Diálogo Institucional?** 2023. 86 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

O presente estudo tem por objetivo analisar o fenômeno do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tal como observado na realidade brasileira, a partir de uma perspectiva apontada para um neoconstitucionalismo. O presente instrumento é utilizado como forma de Controle de Constitucionalidade, em que se invocou o Estado de Coisas Inconstitucional como fundamento de apontamento para a deficiente tutela dos Direitos Fundamentais. Investiga-se o fenômeno, ainda, inserido no contexto da Judicialização da Política, em que se observa tendências de comportamento ativistas por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), notadamente denominado “Ativismo Judicial”. Para uma melhor compreensão do tema, se faz uma análise do debate do que vem a ser, ainda, questões do Diálogo Institucional em contraposição com a Supremacia Judicial. Para ilustrar a temática, analisa-se a ADPF 976, referente às condições das pessoas em situação de rua, e seu andamento no STF. Na conclusão, são realizadas considerações finais e formulados apontamentos e críticas acerca dos processos estruturais no controle jurisdicional de políticas públicas via ADPF e as alternativas para uma construção mais democrática a partir do ativismo dialógico.

Palavras-Chave: Políticas Públicas, Controle Jurisdicional, Judicialização da Política, Controle de Constitucionalidade, Ativismo Judicial, STF, Estado de Coisas Inconstitucional, Diálogos Institucionais, ADPF, Direitos Fundamentais, Processos Estruturais, Ativismo Dialógico.

ABSTRACT

De Oliveira, Marcella Fernandes Zappelli. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas via Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais: Ativismo Judicial ou Diálogo Institucional?** 2023. 86 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

This research intends to analyze the phenomenon of the Judicial Control of Public Policies for ADPF, as observed in Brazilian's reality, from a perspective aimed at a Neoconstitucionalism. The instrument is utilized as a way of Judicial Review, which the State of Unconstitutional Things is invoked as basis to point at poor protection of Fundamental Rights. The phenomenon is investigated inserted in the context of Judicialization of Politics, that we can observe tendencies of activist's behaviors, called "Judicial Activism", from the Supreme Court. To a better understanding of the topic, it analyses the debate about what is the Institutional Dialogues against the Judicial Supremacy. To illustrate the topic, it analyses the ADPF 976, relative to the people in homelessness, and how is your progress at the Supreme Court. In conclusion, final considerations are made, and some points are discussed to do a criticize about Structural Litigation in Judicial Control of Public Policies for ADPF and what is the alternative to construct democracy from a Dialogic Activism.

Keywords: Judicial Control, Public Policies, ADPF, Neoconstitucionalism, Judicial Review, State of Unconstitutional Things, Fundamental Rights, Judicialization of Politics, Judicial Activism, Supreme Court, Institutional Dialogues, Judicial Supremacy, Structural Litigation, Dialogic Activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. –	Artigo
Arts. –	Artigos
ADPF –	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CPC –	Código de Processo Civil
CRFB –	Constituição da República Federativa do Brasil
Ed. –	Edição
Etc. –	Et Cetera (e outras coisas mais)
ECI –	Estado de Coisas Inconstitucional
Nº –	Número
P. –	Página
Rel. –	Relator
STF –	Supremo Tribunal Federal
Vol. –	Volume

LISTA DE SÍMBOLOS

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ANÁLISE SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1. O controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas	17
2.2. Controle de constitucionalidade e seus limites	20
3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	25
3.1. O Ativismo Judicial	29
3.1.2. <u>O STF como impulsionador dos direitos fundamentais</u>	36
4. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	41
5. ADPF 976 – A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA	50
5.1. O andamento da ADPF no STF.....	52
5.2. A tutela deficiente dos Direitos Fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional	56
5.3. Uma breve análise de precedentes: O caso da ADPF nº 347/DF	60
5.4. A tutela do direito à moradia e o processo estrutural	63
5.5. Apresentação do ativismo dialógico	70
6. CONCLUSÃO.....	73
7. BIBLIOGRAFIA	76

1. INTRODUÇÃO

A partir da Constituição de 1988, o fenômeno da constitucionalização do Direito passou a se desenvolver com maior intensidade no Brasil. O fim do regime ditatorial e a promulgação da nova Carta propiciaram a gradual consolidação de um Estado Democrático de Direito¹, com base na supremacia da Constituição².

Notadamente, nos últimos anos, essa passou a desfrutar não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios³. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade existe no Brasil desde a primeira Constituição republicana de 1891. Não obstante, a jurisdição constitucional se expandiu a partir da Constituição de 1988 com a ampliação do direito de propositura, bem como com a regulamentação de mecanismos de controle, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental⁴.

Vivemos na era da *expansão global do Poder Judiciário*⁵, fenômeno este traduzido não só na globalização da jurisdição constitucional, mas também na judicialização da política, entendido por Neal Tate como:

O processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou,

¹ “A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da CRFB (art. 1º, *caput*), de modo a proteger o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 4ª. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.

² “São dois os principais fundamentos invocados para a afirmação da supremacia da Constituição. Um é substantivo e se liga ao conteúdo da Constituição; o outro é genético, dizendo respeito à sua origem. O fundamento objetivo é complexo e comporta inúmeras variações e nuances. Em síntese, a ideia é a de que existem direitos e princípios tão essenciais que devem ser postos fora do alcance das maiorias. Por isso, eles são ‘entrancheirados’ pela Constituição, que os protege até do legislador democraticamente eleito. (...). A outra justificativa, não menos complexa, diz respeito à origem da Constituição. Em apertada síntese, afirma-se que, pelo menos do ponto de vista ideal, as constituições são resultado de uma intensa mobilização cívica do povo, que ocorre apenas em momentos extraordinários da história nacional, e não se reproduz na vida política cotidiana. Foi assim, por exemplo, na Assembleia Constituinte brasileira de 87/88, que teve um nível de participação popular inédito na história do país”. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2ª. Belo Horizonte: Renovar, 2014. p. 25.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 1ª. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 362.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 240, 2005. p. 1- 42

⁵ A expressão se tornou célebre com o seminal estudo de TATE, C.Neal; TORJÖRN, Vallunder. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo.⁶

É perceptível que o Brasil se enquadra nessa situação de judicialização da política quando o STF decide questões políticas relevantes, utilizando-se de determinados instrumentos, como a chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para que esses se tornem um importante meio de concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional. Isso de forma a interferir nos meios aplicados para a efetivação de políticas públicas⁷, que, em regra, é atribuição típica do âmbito de competência dos poderes políticos, a saber, os Poderes Executivo e Legislativo. Para Rodrigo Brandão: “Cuida-se, portanto, de processo de transferência do poder de tomar decisões sobre questões de alta conotação política dos detentores de mandatos eletivos para juízes”⁸.

Essa intervenção do Poder Judiciário ocorre, dentre outros fatores, pelo constitucionalismo da efetividade social, cujo texto constitucional traz consigo um conjunto de objetivos a serem concretizados, e, a partir disso, a norma constitucional deve ser diretamente aplicada em demandas judiciais, sem que se faça necessária a interferência de normas infraconstitucionais. Nesse aspecto, são consolidados um rol de procedimentos judiciais que contribuem para “instrumentalizar a atuação do Judiciário na construção das políticas públicas”, de forma a serem proliferados os mecanismos de controle de constitucionalidade.⁹

Orientado por esta perspectiva, muito se discute sobre e, em que medida, a propositura da ADPF vem a ser um instrumento utilizado que caracteriza a “judicialização da política” e a incorrência do “ativismo judicial” por parte da Suprema Corte, em que se funda um neoconstitucionalismo brasileiro, a fim de que haja uma garantia e consolidação da democracia

⁶ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: Tate e Vallinder, *The global expansion of judicial power*, op. cit., p.28.

⁷ Maria Paula Bucci estabelece Políticas Públicas enquanto programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processos administrativos, processo judicial – visando condenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.34, n. 133, mar. 1997.)

⁸ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175 – 220, maio/ago. 2013. Brandão menciona uma série de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre importantes questões políticas importantes para expor como o fenômeno tem se observado no Brasil.

⁹ BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Última palavra e diálogos constitucionais: Caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira. Brasília, jul./set. 2021, n. 231, p. 181 – 200.

e efetivação dos direitos fundamentais, ou meramente um diálogo institucional travado para que haja uma jurisdição mais dialogal.

Ao mesmo tempo em que se observa a expansão do Poder Judiciário, o ativismo judicial se manifesta diante de comportamentos políticos omissivos, em que se confronta graves violações de direitos fundamentais. O fundamento utilizado, portanto, é a cláusula constitucional do Estado social de direito, que demonstra que tal controle jurisdicional, enquanto controle de constitucionalidade, é legítimo, à medida que permite o diálogo do Judiciário com outros poderes da sociedade ao invocar o Estado de Coisas Inconstitucional, cuja figura “tem sido um dos aportes fundamentais do constitucionalismo colombiano à jurisprudência e à discussão internacional sobre a proteção dos direitos humanos”¹⁰. Figura esta que se relaciona à “decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos”¹¹.

Por meio da ADPF 976, em andamento no STF, se reconhece o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), no que concerne às condições de vida da população em situação de rua no Brasil, tendo em vista as omissões estruturais por partes dos poderes políticos¹². Sob a ideia de que, a *piori*, apenas o ativismo judicial antidialógico pode ser considerado ilegítimo, parte-se para a noção de que os diálogos institucionais surgem como uma boa objeção à ordem democrática, de modo a se contrapor à ideia de expansão e agigantamento por parte dos juízes e da própria Corte.

Neste sentido, por ser basilar da democracia brasileira, as transformações que apontam para um constitucionalismo brasileiro, que visa a máxima proteção dos direitos e garantias fundamentais, serão analisadas no presente trabalho. Se tem por escopo a melhor compreensão dos fenômenos da judicialização da política, do ativismo judicial e dos diálogos institucionais,

¹⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. ¿Cuándo el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o como superar un estado de cosas inconstitucional. In:____. (Coord). **Más allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p.436.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2016. p. 96.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976/2022 – Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>>.

bem como o efetivo controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade, suas finalidades, limitações e a realidade estrutural brasileira. Para isso, será adentrado na posição da Corte no andamento da ADPF supramencionada, fundamentada no Estado de Coisas Inconstitucional, bem como será feita uma breve análise de precedentes e como elas estão sendo conduzidas, para, por fim, saber como é possível uma construção democrática do processo estrutural, por meio da apresentação do ativismo dialógico.

2. ANÁLISE SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para uma melhor análise da constitucionalização das políticas públicas em matéria de Direitos Fundamentais, é necessário compreender, em primeiro lugar, a ideologia democrática que manteve, a partir do Estado Social, a compreensão da limitação do poder pela Constituição, mas também de uma vertente positiva do Estado, que assume um papel de prestar obrigações aos cidadãos no que tange a realização dos direitos sociais. Portanto, lhe é cabível um papel prestacional desses direitos, por meio da elaboração e implementação de Políticas Públicas, em que são estabelecidas as competências e funções da Administração Pública.¹³ Esse Estado, voltado para o Bem-Estar, traçou uma agenda igualitária, consubstanciada nas chamadas Constituições Dirigentes ou Comunitárias¹⁴, em que se desenvolveram teorias acerca da materialidade da Constituição, segundo as quais a Lei Maior deve ser política, e não apenas estatal, viabilizando e induzindo a legitimação do poder, e não se limitando a disciplinar a organização do aparelho estatal e a garantia da liberdade individual¹⁵.

Nesse aspecto, o campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, e não só o Estado. O constitucionalismo contemporâneo brasileiro já consolidou alguns axiomas teóricos incorporados à prática jurídica e que, quando se trata de controle de políticas públicas dirigidas aos direitos fundamentais, infere-se uma decorrência direta desses elementos teóricos. A saber, fala-se no *caráter normativo das disposições constitucionais*, sejam elas principiológicas, sejam de natureza de regra, essas disposições estabelecidas na Constituição são normas jurídicas e gozam, ainda além, de hierarquia no sistema jurídico. Na mesma medida, o *status dos direitos fundamentais*, diferenciados no âmbito do sistema constitucional e no sistema jurídico como um todo, cuja centralidade o coloca como finalidade do Direito e do próprio Estado para sua garantia. Por fim, fala-se da *submissão do Poder Público à*

¹³ SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de. Controle Judicial das Políticas Públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015 p.223.

¹⁴ HÄBERLE defende que a constituição não se limita a ser um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas é a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorrepresentação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos. (in HÄBERLE, PETER. Teoria de la Constitución como Ciência de la Cultura. Trad. Emílio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000. p.34.)

¹⁵ ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário – Algumas considerações, 2008.

Constituição, em decorrência do Estado de Direito, por força da qual o exercício do seu poder encontra limites em normas jurídicas¹⁶.

Como se sabe, o papel de prestação, intermediado por uma ação positiva do Estado, que permite a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, bem como os novos direitos (de segunda geração)¹⁷, demarca uma alteração substancial na concepção de Estado e de suas finalidades, ampliando a função de controle do Poder Judiciário. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, os tribunais autolimitavam-se, deixando de adentrar no mérito de atos administrativos, adotando uma postura denominada “auto-contenção judicial”¹⁸. A efetiva transição do Estado Social de Direito para o Estado Democrático de Direito, que contribuiu para esse papel mais ativo do Judiciário, pode ser notada após a promulgação da Magna Carta, onde foram fixados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em seu Artigo 3º, como expõe a redação¹⁹:

Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dentro desse novo paradigma, o Poder Judiciário passou a atuar seguindo preceitos garantidos na Carta Magna, de modo que as decisões judiciais sobre matérias administrativas passaram a conter, implícita ou explicitamente, uma análise constitucional dos atos praticados pelo Poder Público, que deveria estar em conformidade com os fins traçados pela Constituição.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. p. 5-7.

¹⁷ “Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário. (...) Ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômico e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado”. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2009, 3º ed., 362/364.

¹⁸ “Por essa linha, juízes trinais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas”. BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 22, 2012.

¹⁹ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Conforme visto, a implementação desses direitos fundamentais, em um contexto de um Estado voltado para o cumprimento positivo dessas obrigações impostas a ele pela Constituição Federal, ganha destaque, tendo como escopo a elaboração e implementação de políticas públicas. Neste contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, garantindo e promovendo os direitos fundamentais, em particular, e para isso, faz-se necessária a implementação de ações e programas variados de forma a realizar os fins previstos constitucionalmente²⁰. Diante disso, a expansão da jurisdição constitucional, ligada ao fenômeno da judicialização da política, tem como elementos facilitadores os: aspectos políticos, institucionais e a própria questão da expansão de direitos.

Isso ocorre, no âmbito político, devido a própria separação dos Poderes e ao modelo federalista, em que se fragmenta o poder, gerando uma série de dificuldades de coordenação, fazendo com que o Judiciário se torne um importante ator na resolução dos conflitos que passam a surgir. Em uma outra linha, ligada às condições institucionais, destacam-se o catálogo de direitos, contando com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional e a proliferação dos mecanismos de controle de constitucionalidade, em que se aumentam o rol de legitimados e os atos impugnáveis pelas ações de controle de constitucionalidade.²¹

Para operacionalizar o alcance desses objetivos fundamentais, Paulo Bonavides afirma que: “faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis”²². Nesse aspecto, as expressões do poder estatal se tornam um importante instrumento para consecução dos fins do próprio Estado e como bem destaca Oswaldo Canela Júnior, “cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira)”²³.

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. p. 8.

²¹ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175 – 220, maio/ago. 2013. O tema será tratado no Capítulo destinado à judicialização da política, em que se abordará as condições políticas e institucionais para a expansão do Judiciário, tendo em vista a aplicação no cenário brasileiro.

²² Cf. BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980, 4ª Edição.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, 2ª Edição. p.128-129.

Outrossim, para além da independência dos poderes, esses devem ser harmônicos entre si, a fim de que os objetivos fundamentais sejam alcançados. Por isso, o Judiciário não se encontra mais em uma zona de neutralização de sua atividade, mas se tornando importante figura quando se fala em atingir os objetivos dentro do Estado Democrático de Direito, tendo que se alinhar ao próprio escopo do Estado. Ainda de acordo com o escólio de Oswaldo Canela Júnior²⁴:

(...) Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. (...) Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas” sob o prisma do atendimento do Estado (art. 3º da CF/1988).

Não obstante, dada a resistência e/ou a falta de coordenação do próprio poder público em, muitas vezes, concretizar esses interesses, observa-se a necessidade de que o Poder Judiciário interfira no âmbito de competência do Poder Executivo. Isso ocorre, principalmente, no devido cumprimento para com as mencionadas obrigações, sobressaindo o conflito entre dois pilares basilares do Estado Democrático de Direito: a independência dos poderes e a garantia do acesso à justiça²⁵.

Tendo em vista os objetivos deste trabalho, será abordado, em primeiro lugar, de que forma acontece o controle jurisdicional de políticas públicas, para em sequência adentrar no entendimento dessa forma de controle enquanto controle de constitucionalidade e, por fim, quais seriam os seus limites.

2.1. O controle jurídico e jurisdicional de políticas públicas

Em um primeiro momento, retoma-se à ideia de que os direitos fundamentais se concretizam a partir de uma ação positiva do Estado, consistindo em poderes que “só podem

²⁴ CANELA JUNIOR, Oswaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.88-89.

²⁵ SOUZA, Landolfo Andrade de. O papel do Ministério Público no controle das políticas públicas ambientais. São Paulo: Revista Jurídica ESMP-SP, V.3, 2013. p.27-51.

ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”²⁶, a saber, através da implementação de políticas públicas. Nesse âmbito, Maria Paula Dallari Bucci apresenta o seguinte teor²⁷:

o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados. Políticas públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espalho de tempo certo.

Trata-se, portanto, de um conceito abrangente, que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executadas diretamente pelo Estado, mas também a sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. O conjunto normativo adequado atrelado a uma regulação eficiente, com uma política de fomento bem estruturada e, por fim, ações concretas do Poder Público, fazem com que os esforços públicos e a iniciativa privada sejam conduzidos para o atingimento dos fins estabelecidos constitucionalmente.

Isto posto, no que diz respeito à expressão “controle jurisdicional de políticas públicas”, imagina-se um fenômeno múltiplo, que poderá ocorrer em diversas etapas da própria formulação dessas políticas e produzir um impacto diverso. Em matéria de direitos fundamentais, Ana Paula Barcellos traça cinco objetos que podem ensejar a intervenção do Judiciário na esfera própria dos outros Poderes, que consistem em (i) fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; (ii) controle do resultado final esperado; (iii) a quantidade de recursos que será investida; (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e, por fim (v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade²⁸.

Segundo Appio, as políticas públicas têm como finalidade procurar garantir a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos, assegurando-lhes as condições materiais para uma

²⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P.21: Sobre os fundamentos dos direitos do homem.

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.34, n. 133, p.95, mar. 1997.

²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. p. 24-25.

existência digna²⁹. Por isso, quando o cidadão se depara diante de uma política falha ou até mesmo de sua ausência, é preciso que se busquem meios para que esses direitos fundamentais sejam garantidos. Nesse aspecto, o Poder Judiciário ganha notoriedade, devido à sua acessibilidade, imbuída de um caráter sancionatório, de forma a se posicionar à frente das omissões ou falhas por parte do próprio Poder Público, envolvendo-se em um campo de atuação que, constitucionalmente, deveria estar sob a égide de outra esfera de poder³⁰.

A ascensão institucional do Poder Judiciário desencadeou um aumento exponencial na produção acadêmica sobre a Corte, que passou a ter visibilidade e ser percebido como principal agente de proteção de direitos humanos. Nesse sentido, o grande dilema presente na dogmática dos direitos fundamentais se encontra na contraposição entre o discurso jurídico, apoiado na premissa de que o Poder Judiciário seria o mecanismo com maior aptidão para retificar essas falhas democráticas; versus o receio de que a ampliação do poder dos juízes promova um abrandamento das lutas sociais e, portanto, a fragilização da democracia³¹.

Tangente ao dilema, o fato é que, em razão do reconhecimento da incapacidade estatal em atender às necessidades relacionados aos direitos acima mencionados, parte da doutrina entende que os possíveis desacordos que os relacionam não devem ser deliberados na esfera política. Por isso, tratar a vinculação dos Poderes às normas e princípios constitucionalmente consagrados, significa assegurar a expressividade e força da Constituição enquanto norma jurídica. Nessa linha, o âmbito jurídico, enquanto pertencente a um Estado de Direito, encontra espaço eficaz para resolução do problema, buscando a jurisdição constitucional e a adequação do objeto controvertido aos limites definidos na própria Constituição³².

²⁹ APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 136.

³⁰ RODRIGUES, Rafael Antônio; ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. *Dos efeitos do controle judicial de políticas públicas a partir da ADPF 347*. Revista de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Franca, v.1, n.1, jun. 2017.

³¹ O presente estudo não tem como foco inventariar as teses relacionadas ao papel e à legitimidade dos juízes enquanto atores principais para resolução de falhas na tensão entre direito e democracia. Há quem os visualize como protagonistas nessas questões por disporem de características que os colocam em posição de privilégio para solucionar embates jurídicos com substrato moral, além de desfrutarem uma posição institucional privilegiada, que lhes assegurem a possibilidade de atuar como autoridades desinteressadas. / MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183 – 202, nov. 2000.

³² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Enquanto o Estado liberal tinha como objetivo a neutralização do Poder Judiciário frente aos demais poderes, que assinalará a imparcialidade do juiz e o caráter apartidário do desempenho de suas funções³³, o Estado Democrático de Direito, por sua vez, coloca o judiciário de forma alinhada com os escopos do Estado, vinculado à política estatal. Essa jurisdição constitucional³⁴, marcada pelo direito da burocracia, cuja Corte passa a priorizar questões que envolvam o aparato burocrático do Estado, facilitou politicamente um movimento de verticalização do controle de constitucionalidade. Na mesma linha, segundo Ada Pellegrini, o controle de constitucionalidade das políticas públicas pelo poder Judiciário pode ser entendido por intermédio do confronto com os atos do Estado e de suas próprias finalidades, e não só sob o prisma da infringência à Constituição pelos atos do Poder Público³⁵.

2.2. Controle de constitucionalidade e seus limites

Enquanto guardião da ordem constitucional e, ao exercer o controle sobre as políticas públicas, o Poder Judiciário também exerce o controle de constitucionalidade. Esse movimento foi operado ao longo de anos, com o suporte dos próprios Poderes Executivo e Legislativo, que vinham com interesse a concentração, no Supremo, da validade das políticas que por eles eram implementadas. Para isso, foram criadas diversas ferramentas de governabilidade, e não de tutela da Constituição, pois a preocupação, antes dos anos 2000, estava em dar maior efetividade ao controle do direito da burocracia, e não à proteção dos direitos fundamentais em si. Nada obstante, a partir dos anos 2000, nota-se uma maior sensibilidade do Supremo em questões envolvendo os direitos fundamentais, manifestadas em decisões que confirmavam argumentos e decisões tomados nas instâncias inferiores ou no Legislativo³⁶.

³³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. In: Revista USP, n.21, p.14, mar./abr./maio de 1994.

³⁴ “A jurisdição constitucional seria, portanto – na visão clássica do constitucionalista – a atividade estatal, vinculada especialmente ao exercício das atribuições do Poder Judiciário de um determinado país, com a missão de garantir a supremacia da Constituição Federal dentro do ordenamento jurídico interno. A origem da jurisdição constitucional, na Europa, está vinculada ao fortalecimento do Conselho de Estado francês, inicialmente concebido para resolver os litígios entre os cidadãos e a administração pública, mas que passa, no decorrer de sua história, a “exercer o controle judiciário sobre os atos administrativos do Estado””. APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 104.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, 2ª Edição. p.129.

³⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. Revista da Faculdade de Direito – RFD – UERJ, Rio de Janeiro, n.29, jun. 2016.

Toma-se como exemplo de decisões que não tratavam os direitos fundamentais – sobretudo os direitos de caráter existencial – como uma questão relevante ou prioritária para o Supremo, o caso da AIDS. Um estudo realizado pelos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo levantou os casos de pedidos de concessão de remédios para o tratamento da AIDS entre janeiro de 1997 e junho de 2004. O resultado apontou que, em 85% dos casos, os autores dos pedidos tiveram os medicamentos requeridos. O que em um primeiro momento pode ser considerado um número bem-sucedido na questão da justiciabilidade dos direitos sociais, há informações por trás dos números mencionados³⁷ que indica uma contradição intrínseca entre o tratamento atomizados dos direitos sociais e a necessária universalização, dando ensejo a algumas consequências da própria judicialização dos direitos sociais.

A primeira questão é perceber que, em regra, a realização de direitos sociais e econômicos é de tarefa do governo, através de implementação de políticas públicas e que, as decisões concessivas de direitos sociais podem vir a interferir tanto no planejamento dessas políticas destinadas à questão, quanto na sua execução, obrigando a sua revisão/adaptação para cumprimento de ordens judiciais. Já no que tange às decisões dos juízes propriamente ditas, constatou-se que, nos casos de concessão de medicamentos, a sua grande maioria tratava o direito à saúde como uma questão individual, demonstrando a falta de preocupação com uma eventual existência de política pública já colocada em prática pelo governo. Isso reforça uma ideia de privilégio aos que vêm ao Judiciário pleitear, de forma individual, a concretização do seu direito. Tudo isso indica que, o enfoque dos juristas, ao tratarem dos problemas dos direitos sociais, era de homogeneizar as demandas, ignorando o seu caráter coletivo. Assim sendo, Virgílio Afonso da Silva menciona³⁸:

A despeito de alguns acórdãos reconhecerem a existência de políticas públicas específicas para DST/AIDS, nenhum deles trata pormenorizadamente do desenho institucional da política pública praticada pelo Estado. [Nota de rodapé: Nos casos em que o Estado já empreende uma política pública, como no analisado, verificamos que o Judiciário ignora por completo o *modus operandi* da mesma, não procurando adequar a esse suas decisões, quando possível].

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira & SARMENTO, Daniel. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 587-599.

³⁸ Idem. p. 595-596.

Não obstante à preocupação formal pela qual esse controle será exercido, nota-se que, historicamente, o Brasil tem a especificidade de ter instituído um sistema misto de controle de constitucionalidade, em que coexistem elementos do controle difuso (característico de países da *civil law*, em que qualquer juiz tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica tendo como base um caso concreto) e do controle concentrado (cujo modelo estabelece que somente a corte constitucional tem competência sobre declaração de inconstitucionalidade e sua decisão tem como objeto uma norma jurídica em abstrato, e, não, um caso concreto específico). Apesar das sobreposições de um sistema sobre o outro ao longo de sua história, na década de 1990, se observou uma série de alterações tanto no controle concentrado, com a criação de novas ações e a introdução da possibilidade de modulação de efeitos das decisões; quanto no controle difuso, que foi se tornando cada vez mais abstrato, com a introdução de súmulas vinculantes e com decisões do STF que tem aplicado ao controle difuso as regras do controle concentrado³⁹.

Percebe-se, nos últimos anos, um movimento de esvaziamento do controle difuso e uma ampliação do controle concentrado como um novo momento constitucional brasileiro em defesa dos direitos e garantias fundamentais, defendido pelos próprios ministros da Suprema Corte, sendo considerado um dos elementos mais importantes na eficácia das regras constitucionais como orientadoras da prática política e governamental.

A despeito do referido controle de constitucionalidade, avista-se um terceiro movimento, cujas discussões já não mais são debatidas anteriormente, seja no Legislativo, seja em instâncias inferiores, mas que já são alvos de discussão no próprio STF. Esse tipo de controle viabiliza que a Corte exerça um ativismo de ponto de partida. Suscita-se, nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, como será estudado mais adiante no presente trabalho, a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, representando um atalho, à medida que permite que os debates, que envolvam os direitos fundamentais, sejam diretamente travados na própria cúpula do Judiciário, já imbuído de instrumentos jurídicos para formular decisões com maior abrangência e de caráter transformador mais imediato⁴⁰.

³⁹ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Universidade de Brasília.

⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. Revista da Faculdade de Direito – RFD – UERJ, Rio de Janeiro, n.29, jun. 2016.

A judicialização de políticas públicas, como será mais abordado a frente, tornou-se tema recorrente nas discussões jurídicas e políticas atuais. Apesar da discussão teórica da separação de Poderes e a configuração do Judiciário enquanto instância política e sua devida competência técnica para enfrentar assuntos complexos em matéria de políticas públicas, o fato é que o Judiciário realiza o controle dessas políticas públicas. Acontece que, os limites da sua intervenção não são muito bem definidos, dentre outras razões, porque o texto legal é plurívoco e, em determinados casos indefinido. Além disso, a doutrina coloca em evidência uma questão fática quando se trata desse controle de constitucionalidade, isso porque os métodos tradicionais de interpretação têm por objeto o Direito enquanto um sistema hermético e, por isso, tendem à abstração dos conceitos, acabando por afastar o operador da realidade fática.

Em decorrência dessa indefinição e desses pontos controvertidos, em matéria de políticas públicas, a posição por boa parte da doutrina e do próprio STF, além da posição dos Tribunais brasileiros em decisões ligadas à garantia de direitos fundamentais, é a de que são necessários alguns requisitos para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, estabelecendo uma espécie de limitação no que diz respeito a esse tipo de controle de constitucionalidade, e que, por isso, acabam adotando uma postura de autolimitação. Trata-se dos limites fixados pelo *mínimo existencial* a ser garantido ao cidadão, a *razoabilidade* da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência da *reserva do possível*, como uma possibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover⁴¹, o mínimo existencial seria considerado “um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado”. Uma vez descumprido, ensejaria a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, com a finalidade corretiva de seus rumos ou se sua implementação, independentemente de lei ou de atuação administrativa. Já no que diz respeito à razoabilidade, Ada menciona que ele poderá ser medido pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, e se trataria da “busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”. Por fim, quanto a reserva do possível, normalmente utilizado pela Administração Pública como escusa para a impossibilidade da intervenção judicial em toda e

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, 2ª Edição. p.132 - 139.

qualquer situação, diz respeito à disponibilidade financeira para a implementação daquela política.

A ideia de impor limitação ao controle jurisdicional relaciona-se com uma “demarcação” da competência do Poder Judiciário e sua extensão, mas não como um impedimento efetivo de controle de constitucionalidade. Os limites acima descritos seria, portanto, balizadores da intervenção judicial, no que busca a efetivação das políticas sociais sem que haja uma sobreposição entre Poderes de forma ilimitada e direta. Para isso, o fenômeno da judicialização da política é invocado, onde os Tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo⁴² se mostram falhos, trazendo consigo justificativas constitucionais e parâmetros para essa atuação interventiva, como será abordado a seguir.

⁴² CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista Brasileira de Ciências Sociais – Volume 12 – nº34.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Entende-se por judicialização da política um fenômeno que vem ganhando notoriedade não só na realidade brasileira, como também em toda a realidade global, configurando a chamada “era da expansão do Poder Judiciário”, expressão utilizada por Neal Tate conforme outrora mencionado. Nas palavras de Luís Roberto Barroso⁴³:

cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

Na mesma linha, Rodrigo Albuquerque de Victor corresponde⁴⁴:

Apesar de ter sido na modelagem do *Welfare State* que os direitos sociais ganharam espaço nas constituições, foi com o seu declínio, na década de 1970, que o Judiciário ganhou força. Isto porque de acordo com o modelo *welfareano*, o Estado, por meio de ações governamentais (Poderes Legislativo e Executivo), toma para si a função de promover o vetusto catálogo de direitos sociais estampado na Constituição. A partir do momento em que os poderes políticos assumem e cumprem o compromisso de materializar os reclamos sociais, o lugar do Judiciário passa a ser secundário. A concepção liberal (ou neoliberal) ressuscitada nos anos 70, diferentemente, significou o afastamento da mão do Estado, como também o distanciamento entre representantes e representados. O Estado *welfareano*, empenhado com prestações sociais, cede espaço para a livre iniciativa.

Ocorre que, apesar de o fenômeno vir em crescente discussão por cientistas sociais em geral, hoje, merece uma análise mais detida por uma série de razões a seguir expostas. A priori, observa-se que o papel do Poder Judiciário vem sendo questionado em nosso país, enquanto novo ator no cenário político, isso ocorre pois se nota, associadas à Constituição, uma grande e extensa repercussão, em especial do STF, alçado em questões políticas. A segunda razão é o atual contexto, marcado por intensas mudanças tanto na área do Direito, quanto na Política, aos quais se unem elementos do ordenamento jurídico e do papel do Poder Judiciário às estruturas e funções próprias da Administração Pública, a saber, no processo de implementação de políticas públicas, objeto do presente estudo.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 17-32, 2012.

⁴⁴ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

Tendo em vista a constitucionalização da política e de todo o ordenamento jurídico, aponta-se ainda para uma terceira razão pela qual a temática ganha destaque entre juristas e cientistas da matéria, que é a crescente demanda da própria população por uma atuação mais eficaz do Poder Judiciário no que concerne à concretização dos direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, observou-se um movimento, nos últimos anos, de concentração de poder e validação dos atos administrativos na esfera do Poder Judiciário, à medida que foram introduzidos, por vias constitucionais, instrumentos adequados ao exercício do controle das políticas públicas, tal como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

O fenômeno da judicialização da política corresponde, segundo a literatura, a um comportamento institucional que tem duas características principais, segundo Torjborn Vallinder⁴⁵:

(1) um novo “ativismo judicial”, isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas dessas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo); e (2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes ao processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (muitas vezes, o Judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros).

Em consonância com a tese da força normativa apresentada por Konrad Hesse, as constituições atuais possuem um forte caráter normativo. A tese se apresenta em contraposição ao jurista alemão Fernand Lassalle, na qual os Fatores Reais do Poder é que são a constituição real, sendo a constituição escrita uma “mera folha de papel”, que cede aos fatores reais de poder da sociedade quando em conflito com eles. Para Hesse, a Constituição não é um mero reflexo da realidade política e social, não somente a expressão de um ser, mas também de um dever ser, pois, além de sofrer influência das forças políticas, ela também exerce influência sobre elas⁴⁶.

A tese de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição influenciará não somente o fenômeno da judicialização da política, à medida que se entende que a Constituição

⁴⁵ VALLINDER, Torjborn. “The judicialization of politics – a world-wide phenomenon: introduction”. *Internacional Political Science Review*, 15, 2, : 91-9 (1994).

⁴⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* = Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Medes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

expressa um projeto de sociedade civil e de Estado, e que este deve ser observado pelos que exercem os Poderes da República⁴⁷; como também sobre a postura ativista do Poder Judiciário, que terá sua distinção e estudo mais à frente no presente capítulo. O fato primordial é que, nas palavras de Luís Roberto Barroso⁴⁸:

judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...) a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Ainda segundo o autor, o fenômeno tem causas múltiplas e, algumas delas, expressam uma tendência mundial, mas quando se trata do modelo institucional brasileiro, outras podem se mostrar mais significativas. A primeira grande causa da judicialização foi a “*redemocratização do país*”, que teve como ponto culminante a Constituição de 1988. Nesse cenário, o Poder Judiciário deixou de ser um órgão meramente técnico-especializado, mas um ator dentro do cenário político, capaz de fazer o texto normativo, inclusive quando em confronto com os outros Poderes. O próprio avanço do ideal de cidadania com o retorno do modelo democrático foi capaz de semear um ambiente em cuja população se demonstrou mais atenta à busca e proteção de seus interesses perante juízes e tribunais, fazendo com que o acesso à justiça fosse intensificado.

A segunda grande causa, conforme também já mencionado no capítulo referente à constitucionalização de políticas públicas, foi, de fato, a “*constitucionalização abrangente*”. O referido processo trouxe para o âmbito constitucional diversas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, representando um “avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária”⁴⁹. Esse movimento tem como tradução a transformação da Política em Direito, na medida em que uma questão, seja ela individual, seja de caráter coletivo, é disciplinada em uma norma constitucional, transformando-se em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 17-32, 2012.

⁴⁹ Idem. p.18.

Por fim, Barroso ainda menciona uma terceira razão para o fenômeno da judicialização, que tem escopo no “*sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*”. Em se tratando de um modelo híbrido de controle de constitucionalidade e, sendo possível afirmar que o Poder Judiciário, à medida que exerce controle sobre políticas públicas, exerce o efetivo controle de constitucionalidade, é possível somar o direito de propositura amplo, previsto no Artigo 103 da Constituição Federal. Além do aperfeiçoamento de instrumentos processuais em defesa dos cidadãos, o dispositivo traz inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas com capacidade de postular através de ações diretas. Nesse cenário, qualquer questão de matéria política ou moralmente relevante poderá ser alçada ao STF, sejam elas através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn), Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), bem como o objeto principal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Essa amplitude de legitimados e instrumentos para tratar de questões na esfera da Suprema Corte faz com que se amplie o alcance do sistema de controle constitucional, desde que haja, em algum aspecto, um caráter social relevante.

Essa atuação do Poder Judiciário irá se dar pela utilização de mecanismos tipicamente judiciais, tais como a análise de constitucionalidade e legalidade e verificação da licitude dos atos praticados, seja na deliberação política, seja no âmbito da própria execução das políticas públicas em questão. Nesse sentido, há uma limitação e regulação das atividades legislativas, realizada pelo controle de constitucionalidade. Ademais, o órgão passa a ser uma arena, não só de decisão, como também de discussão no que diz respeito à implementação dessas políticas⁵⁰. Nesse aspecto, o Judiciário passa a ser um “veto player” e provedor do “veto points”⁵¹, no qual os atores políticos recorreriam no intuito de buscar a efetivação dos interesses não alcançados na arena política. Em razão disso, surge para o juiz um novo papel: o de garantir o cumprimento

⁵⁰ ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário – Algumas considerações, 2008.

⁵¹ A qualificação do Poder Judiciário como provedor do “veto points” é uma manifestação da teoria dos “veto players” exposta por George Tsebelis (George Tsebelis. *Veto players: How Political Institutional Works*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2002). Nesse aspecto, os *veto players* seriam atores políticos, individuais ou coletivos, cujo consentimento seria necessário para o estabelecimento de políticas públicas que atinjam os interesses ou objetivos políticos desses, tendo em vista arranjos institucionais, os denominados *veto points*. Esta definição é baseada na obra de Matthew M. Taylor, *Courts and Public Policy in Brazil*. No mesmo sentido, as definições de Josephine T. Andrews / Gabriella R. Montinola. “*Veto Players and the Rule of Law in Emerging Democracies*”, *Comparative Political Studies* (forthcoming 2004) e Ganghof Steffen. “*Promises and Pitfalls of Veto Player Analysis*”. *Swiss Political Science Review* 9 (2003), p.2. Todos citados na monografia de FERREIRA, Camila Duran “O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: O caso AIDS”. Monografia apresentada ao IPEA, para concorrer ao Prêmio IPEA – 40 anos.

dos preceitos de uma sociedade democrática, que, diante de suas próprias complexidades, não consegue se gerir⁵².

Em termos práticos, o que se observa na realidade brasileira é uma tendência, tanto na 1ª, quanto na 2ª instância judiciais, de decisões em ações civis públicas ou em litígios individuais, que interferem diretamente em políticas públicas e sociais. A notar, são mais comuns decisões relacionadas a políticas de moradia, urbanização, educação e, em especial, de saúde. A Corte, apesar de inicialmente ter adotado uma postura passiva na concretização de direitos fundamentais, vem cada vez mais proferindo decisões com maior interferência nos outros poderes, inclusive impondo ao Legislativo e ao Executivo criação e execução de políticas públicas voltadas para a satisfação dos direitos sociais.

Portanto, observa-se que, após a Constituição de 1988, houve, de fato, um aumento do protagonismo do Poder Judiciário, em razão do reconhecimento do caráter normativo de normas principiológicas, bem como o aumento da exigência da sua concretização, quer na assunção de um papel mais ativo no preenchimento de conceitos indeterminados. Para além disso, houve, ainda, a própria expansão da jurisdição constitucional, em face do aumento dos atores legitimados a intervir no controle de constitucionalidade. Nesse sentido, o tema do ativismo judicial ganhou importância por se tratar de conceito que, em alguma medida, está relacionado à judicialização da política, mas que não tem exatamente a mesma origem. A seguir, o presente estudo irá tratar do quem vem a ser estabelecido doutrinariamente o ativismo judicial, bem como sua compreensão na realidade brasileira, para que se observe a função do STF como impulsionador dos direitos fundamentais.

3.1. O ativismo judicial

Para tentar entender o alcance do ativismo judicial, faz-se necessária, em uma primeira análise, a sua devida distinção em relação à judicialização da política. Destarte, Barroso pontua⁵³:

⁵² XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13752>.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 21-22, 2012.

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva

Em suma, para Barroso, a judicialização da política e das relações sociais no Brasil resultam da adoção de uma Constituição analítica e abrangente e do modelo de controle judicial de constitucionalidade vigente no país na contemporaneidade. Ele aponta ainda, como causa do fenômeno nas democracias modernas, a valorização do Poder Judiciário, com o reconhecimento de sua independência e papel institucional, atrelados à crise de representatividade e legitimidade que assola o Poder Legislativo. Por fim, somado a tudo isso, trata-se de uma opção própria por parte dos representantes eleitos, em se manterem inertes quanto assuntos polêmicos na sociedade, transferindo a tomada de decisão para o Poder Judiciário. Nesse caso, os juízes decidem porque a Constituição exige e é o que lhes cabe.

Já o ativismo judicial expressa “uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”. Em resumo, trata-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário, quando este se mostrar inerte ou incapaz de produzir consenso. Dessa forma, por se tratar de uma atitude, os juízes se tornam protagonistas, em que há uma escolha no modo de interpretar a Constituição, alargando ou restringindo o seu alcance. Entretanto, para que haja ativismo judicial, é preciso que exista omissão ou retração do Poder Legislativo no desempenho de suas funções.

Lênio Streck traz ainda sua perspectiva sobre a diferenciação sobre os dois conceitos. Nesse sentido, bem pontua que⁵⁴:

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada

⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. OAB in foc. Uberlândia, ano 4, n.20, p.15, ago./set.2009.

ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.

O problema da ausência de exata definição do que vem a ser o ativismo judicial demonstra não só a riqueza e complexidade do tema no meio doutrinário, bem como o quanto o termo vem sendo usado de forma indiscriminada, e por diversas vezes, de modo pejorativo. Dentro do seu amplo universo de debate, a opinião sobre a virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. Para aqueles que debruçam sobre o tema encontrando suas objeções, os juízes ativistas são considerados uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, proposta por Montesquieu⁵⁵, de modo que se configure um excesso judicial. Em uma outra linha, portanto, para uma visão positiva do ativismo judicial, “os juízes e as cortes devem agir de um modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade e diante de inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições”⁵⁶.

A primeira grande objeção à essa crescente intervenção do Judiciário na vida brasileira é o risco que isso representa para a legitimidade democrática. De acordo com entendimento doutrinário, a possibilidade de um órgão não eletivo, como o Supremo Tribunal Federal, sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República, por exemplo, é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária⁵⁷. Isso porque os membros do Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos, não dotados, portanto, do batismo da vontade popular. Dessa forma, Streck aponta que, os juízes decidem como

⁵⁵ Para Montesquieu, o poder do Estado deveria dividir-se em funções específicas, (especialização funcional), atribuídas a órgãos independentes (independência orgânica), possibilitando a limitação do poder em razão da sua incompletude. Nesse sentido, para ele, o Poder Judiciário não passava de um mero executor das leis. Os juízes seriam apenas a “boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor”. O “poder de julgar” teria somente a função de punir os criminosos e resolver a querela entre os particulares, sendo de certa forma um poder nulo. (MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. “*Do Espírito das Leis*”. Vol. 1. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p.203.)

⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2012.

⁵⁷ “Há um dever moral, que se justifica, de que as pessoas às quais isso se aplica – na maioria, funcionários do Governo – obedeçam à Constituição manifesta, a menos e até que seja alterada pelo processo de emendas que ela própria prevê; é um dever análogo ao de obedecer aos decretos judiciais finais. Nenhum presidente pode decidir permanecer no cargo seis anos, em lugar de quatro, ou, desde a Vigésima Segunda Emenda, candidatar-se a um terceiro mandato. Há um dever absoluto de obedecer; a desobediência é a negação da idéia de constitucionalismo, a lei especial que estabelece uma séria de regras pré-existentes dentro das quais a sociedade elabora todas as outras regras, de tempos em tempos. Negar essa idéia é, no sentido mais fundamental, negar a idéia do próprio Direito.”. BICKEL, Alexander M. *A ética do consentimento*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978, p. 38-39.

querem quando não concordam com uma lei e constroem um princípio (pan-principiologismo), entendendo que o ativismo judicial se equipara à discricionariedade dos juízes⁵⁸:

[...] Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de panprincipiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa? Há até um princípio denominado de moderação, utilizado para reduzir honorários. [...] A era dos princípios não veio para transformar o Direito em um império de decisões baseadas na consciência individual de cada julgador. Princípios têm a função de resgatar o mundo prático no Direito. Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais — mormente o STJ e o STF — acabam entulhados de processos. No fundo, a repercussão geral e as súmulas são uma resposta darwiniana a uma espécie de estado de natureza hermenêutico que criamos. Veja só: se fundamentarmos cada decisão até o limite, teremos uma maior accountability [prestação de contas em cada decisão]. Mais: se anulássemos decisões mal fundamentadas, não teríamos essa proliferação de embargos declaratórios. Sugiro, portanto, que cumpramos o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal [estabelece que os julgamentos têm que ser públicos e as decisões, fundamentadas] que, antes de ser um direito, é um dever fundamental do juiz.

No entanto, o argumento é rebatido por duas vias. Para isso, a legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular vem de um *argumento normativo*, que é o fato de que a Constituição atribui expressamente os referidos poderes à Corte, e um *argumento de natureza filosófica*, que é o elo entre o Estado de Direito como expressão da razão e a democracia enquanto governo do povo. Nesse aspecto, a “jurisdição constitucional” bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco”, em que se vela pelas regras do jogo democrático⁵⁹. Essa garantia para a democracia se daria, principalmente, à medida em que uma corte judicial seria capaz de garantir os direitos das minorias em face dos abusos e tiranias das majorias. Então, a supremacia judicial seria uma pré-condição para a própria democracia, ao “assegurar um processo de formação da própria vontade democrática onde todos possam igualmente serem participantes”⁶⁰. A dificuldade da doutrina está no fato de que, à pretexto de prevenir-se contra uma “tirania das majorias”, o Judiciário assume um papel ativista

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=1>.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 25-26, 2012.

⁶⁰ OLIVEIRA, Jadson Correia; SANTOS, Natanael Lima. *Os diálogos institucionais na ordem constitucional brasileira*. Revista Pensamento Jurídico: São Paulo – Vol. 14, nº3, ago./dez. 2020.

desenfreado, acabando por desconstituir o princípio básico da democracia – da “regra da maioria” – à medida que a relativiza de acordo com o entendimento do magistrado.

Em seguida, seguindo as objeções propostas, trata-se do risco de politização da Justiça. Nesse sentido, Citadino sustenta que o ativismo faz parte do processo de judicialização da política e critica até que ponto os juízes têm legitimidade para desafiar a deliberação pública de uma comunidade autônoma. Segundo a autora, “Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuarem como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como ‘teologia constitucional’ [...]”⁶¹. No entanto, Barroso traz a ideia de que, diferentemente do que a teoria crítica do Direito proclamava, Direito é Política, e isso se traduz no sentido de que⁶²:

(i) a sua criação é produto de vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) a sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.

Nesse aspecto, apesar das concepções marxistas na quadra atual, seria notório que não subsiste no mundo contemporâneo a crença na ideia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento jurídico e da absoluta imparcialidade por parte dos seus intérpretes. Para tanto, o exercício da função jurisdicional é também uma função política ao entender-se como tal “a atividade que órgãos instituídos pela Constituição exercem no âmbito de sua competência, tendo por objetivo preservar a política e promover o bem comum”⁶³. Portanto, a efetiva promoção e efetivação dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, traduz-se no funcionamento do constitucionalismo democrático, sendo assim, a intervenção do Judiciário apenas um instrumento a favor da democracia.

Por fim, Barroso refuta uma terceira objeção, que trata da capacidade institucional do Judiciário. Isso significa que, a crítica tecida à essa justificação está no fato de que, ao alienar a interpretação da Constituição dos outros poderes e do povo, camuflaria um “paternalismo

⁶¹ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. Alceu, Rio de Janeiro, v.5, n.9, p. 105-113. Jul./dez.2004.

⁶² Idem. p.27-28.

⁶³ PAIXÃO, Leonardo André. *A Função Política do Supremo Tribunal Federal*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007.

judicial”, que desconfia da capacidade institucional de outras instâncias para realizarem a interpretação constitucional. Algumas vertentes chamam esse processo de monopólio da classe “elitista de juízes e cortes constitucionais” de “juristocracia, segundo o qual Hirschl define como: “à progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário, ou seja, à substituição da negociação política pelo julgamento, do voto pela sentença”⁶⁴.

No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Poder Judiciário, dado que a sua interpretação é mais deliberativa e técnica, sendo condição *sine qua non* de sua legitimação. Barroso afirma que, essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal, mas que a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder estará mais apto para produzir determinada decisão em determinada matéria. Nas palavras de Gilmar Mendes: “Não se pode olvidar que a jurisdição Constitucional se legitima democraticamente pela reflexão e argumentação produzida segundo a racionalidade própria das normas e dos procedimentos que conduzem os julgamentos”⁶⁵.

Para o autor, o que deveria se discutir, no entanto, é a questão de quais seriam os limites impostos à essa capacidade e não a sua capacidade interpretativa, pois, concorda-se que, apesar de ser um órgão com grande capacidade para decidir em determinadas matérias, nem sempre ele deve interferir. Para isso, se faz necessária uma avaliação criteriosa, por parte da própria Corte, da sua capacidade institucional e que se opte ou não por exercer esse poder, traçando uma “auto-limitação espontânea”.

Nessa linha, se tem que o oposto do ativismo judicial é a autocontenção judicial, em que os juízes reduzem sua interferência na esfera de outros poderes. Isso ocorre de forma a) a evitar a aplicação direta da Constituição a situação que não esteja expressas em seu texto, aguardando, assim, o pronunciamento do legislador; b) se utilizar de critérios rígidos para a declaração de

⁶⁴ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. First Harvard University Press, 2004. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts* Annual Review of Political Science, v.11, p.93-118, 2008.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Palestra: Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. In *Diálogo Judicial Brasil-Estados Unidos – 2011*, em 12 de maio de 2011. Brasília: Idp, 2011. Versão digitada em PDF disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/551/363>.

inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abster-se de interferir na definição de políticas públicas. Em casos de autocontenção do Judiciário, postura preponderante no Brasil antes da promulgação da Constituição de 1988, o âmbito de atuação dos juízes se limita em favor das instâncias políticas.

O que se observa como ponto principal é que os debates sobre o caráter ativista, mais destacadamente do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, estão ligados à ascensão institucional do Poder Judiciário, conforme outrora mencionado, vinculada à promulgação da Constituição de 1988, e ganharam envergadura nos últimos anos do século XX e começo do século XXI. Como destacou Daniel Sarmiento, “a atuação do Judiciário brasileiro, ao longo do tempo, se sujeita muito mais à crítica de omissão e de acumplicimento em relação aos ‘donos do poder’ do que à acusação de excesso de ativismo”. Como a mudança de paradigma é relativamente recente, isso aponta para a complexidade e inovação no seu debate.

Apesar de ser um fenômeno geral de todo o Poder Judiciário, é o Supremo Tribunal Federal a entidade que tem mais gradativa e ampliada participação na vida pública brasileira, se tornando um ator central no sistema de governo, com grande relevância social, e por isso, cumpre destacar como a Suprema Corte vem se comportando diante das decisões que vem proferindo em que se cumpre esse papel de controle de constitucionalidade dos atos normativos. O professor Oscar Vilhena Vieira fala, ainda, na “Supremocracia” para caracterizar um novo arranjo institucional brasileiro, desenhado a partir da Constituição de 1988, em torno do protagonismo do Supremo: um arranjo de “paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo” e de expansão de sua autoridade “em relação às demais instâncias do judiciário” e “em detrimento dos [demais] poderes” de governo⁶⁶.

Nesse aspecto, a dogmática dos direitos fundamentais enfrenta um grande dilema. De um lado, se tem a esperança de que os atores jurídicos e os instrumentos do Direito (textos normativos, argumentos jurídicos, persuasão) possam ser utilizados como ferramentas de emancipação e transformação social. Por outro lado, há uma preocupação de que esse protagonismo jurídico, em especial dos juízes, se torne um protagonismo aristocrático da democracia, em que se enfraquecem os movimentos sociais e removem a centralidade das

⁶⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito do Estado V.12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59-60.

instâncias tradicionais de representação popular. Apesar da discussão teórica da contraposição entre o Judiciário enquanto impulsionador dos direitos fundamentais e o risco do enfraquecimento dos movimentos emancipatórios, hoje, tem-se a percepção muito clara de que o Supremo Tribunal Federal se tornou o principal protagonista na sua tutela e a sua ascensão institucional o torna o principal agente de proteção de direitos humanos⁶⁷.

Conforme mencionado a respeito do momento atual na realidade brasileira, retoma-se à ideia de que o tribunal vem exercendo um ativismo de ponto de partida, cuja Corte inicia discussões antes de serem debatidas no legislativo ou em instâncias inferiores. Tal mecanismo configura um atalho que envolve direitos fundamentais e o quanto o Poder Judiciário pode atuar como agente impulsionador, haja vista ser detentor de instrumentos jurídicos adequados para formular decisões de maior abrangência e com potencial transformador mais imediatista⁶⁸.

3.2.1. O STF como impulsionador dos Direitos Fundamentais

Ainda de acordo com Jane Reis, a proteção jurídica dos direitos fundamentais pode ser encarada com otimismo - nos cenários em que se superam os debates a respeito da capacidade institucional do Judiciário - para atuar como facilitadores da emancipação de grupos oprimidos e promover uma proteção jurídica eficaz de direitos fundamentais. Isso pressupõe um sistema de construção e aplicação das normas permeado pelo pluralismo e sensível às demandas por inclusão. Isso ocorre, pois, em virtude da “dificuldade contramajoritária”, que, apesar de resistências teóricas pontuais, já é um papel de controle judicial de constitucionalidade exercido pelas cortes, aceito universalmente.

A legitimidade democrática do STF para que exerça essa jurisdição constitucional, em que se aponta para uma garantia e impulsionamento dos direitos fundamentais, tem como fundamentos principais: a efetiva proteção desses direitos e a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. Nesse sentido, o que se observa é que esse papel contramajoritário tem sido exercido com razoável parcimônia. Nesta toada, Barroso indica que⁶⁹:

⁶⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. Revista da Faculdade de Direito – RFD – UERJ, Rio de Janeiro, n.29, jun. 2016.

⁶⁸ Idem. p.137.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

Com base no levantamento elaborado pela Secretaria de Gestão Estratégica, do Supremo Tribunal Federal, foi possível identificar 93 dispositivos de lei federal declarados inconstitucionais, desde o início de vigência da Constituição de 1988 – um número pouco expressivo, ainda mais quando se considera que foram editadas, no mesmo período, nada menos que 5.379 leis ordinárias federais, somadas a outras 88 leis complementares. Na imensa maioria dos casos, teve-se o conhecimento da invalidade de dispositivos pontuais, mantendo-se em vigor a parte mais substancial dos diplomas objeto de questionamento. Embora esse levantamento não leve em conta a abrangência e relevância dos dispositivos que tiveram a sua inconstitucionalidade declarada, confirma a percepção de que, ao menos do ponto de vista quantitativo, a imensa maioria da produção legislativa não é afetada pela atuação do STF.

A doutrina da dificuldade contramajoritária, conforme pontuado, pauta-se na ideia de que as decisões dos órgãos eletivos seriam sempre expressão da vontade majoritária, enquanto eventuais decisões de órgãos que não exercem mandatos eletivos, nunca seriam. A principal objeção a essa proposição seria de que: o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria. Isso pode ocorrer tanto pelo fato de que os legisladores podem funcionar como “veto players” – com a capacidade de “parar o jogo” – obstruindo o processo da vontade da maioria, quanto pela opção de decidir de forma a frustrar o sentimento popular.

Em contrapartida, enquanto impulsionador da garantia dos direitos fundamentais ao atuar enquanto detentor de poder político e, portanto, com um papel de representação, Barroso menciona uma série de argumentações que levam a crer que, em certos contextos, o Judiciário possa ser o melhor intérprete do sentimento majoritário. Dentre as principais razões⁷⁰, a que mais se destaca é o fato de que as decisões judiciais precisam ser motivadas, e o requisito deve ser seguido nos moldes da própria Constituição Federal⁷¹:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁷⁰ O presente estudo não tem como foco inventariar as razões para formular um juízo de convencimento de que o Poder Judiciário possa ter maior expertise para exercer o controle de constitucionalidade e interferir no processo de criação e elaboração de políticas públicas, a partir de uma postura ativista.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Nas palavras do autor, isso significa que “para serem válidas, jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar razões, isto é, os fundamentos e argumentos do seu raciocínio e convencimento”⁷². A despeito das motivações para que se entenda a Suprema Corte como melhor órgão de representação da vontade majoritária, é importante notar que a sua atuação não pode ser vista apenas como comprovação do ativismo judicial. Isso porque, há um movimento pendular, que ora manifesta posturas contidas, ora em condutas ativistas⁷³.

O desenho institucional traçado pela Constituição de 1988 reserva ao Supremo Tribunal Federal a “última palavra” no circuito decisório formal, compreendendo os procedimentos de deliberação e decisão previstos no próprio texto constitucional. Em razão dessa circunstância, outros autores apontam, ainda, para uma perspectiva dual da atuação do STF na atualidade, cuja postura em determinados momentos se torna de um “guardião entrincheirado”, que o libera do ônus argumentativo por meramente possuir a condição de guardião último da Constituição. Em outros momentos, pratica uma posição de “guardião acanhado”, em que, em julgamento de casos delicados, adota uma postura tipicamente autocontida⁷⁴.

O debate sobre a quem cabe interpretar as normas constitucionais do Estado se intensificou na seara da doutrina constitucional, isso porque, como já visto, as Constituições assumiram um protagonismo estrutural, passando a servir de fundamento, limite e baliza tanto à política quanto ao ordenamento jurídico. No que tange à última palavra acerca do que a Constituição significa, é possível perceber que surge essa concepção supremacista de que o Poder Judiciário, vocalizado por sua Corte Suprema, detém o seu monopólio. O que se pode inferir é que, ao assumir o papel de guardião de monopólio dessa última palavra, a supremacia que seria da Constituição se transmuta em supremacia do órgão jurisdicional. Nesse aspecto, o problema insurge quando a jurisdição constitucional é concebida como detentora única do poder

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015 p. 40.

⁷³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Frederico Garcia. Supremo Tribunal Federal entre a última palavra e diálogos interinstitucionais ou entre a autonomia e alteridade. Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 545-599, jul./dez. 2016.

⁷⁴ KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. *Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo*. Sequência, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 107-131, dez. 2015. DOI: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p107>>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p107>>.

de ditar essa última palavra. A objeção democrática não seria, portanto, quanto ao uso do controle judicial de constitucionalidade, mas sim na dosagem da sua utilização⁷⁵.

Acredita-se que o Judiciário, em geral, e o Supremo Tribunal Federal, notadamente o guardião da Constituição, têm um papel de extrema relevância na proteção de direitos fundamentais e no aprimoramento do caráter deliberativo, através de valores e procedimentos, em um regime democrático. Por isso, eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Ainda que haja críticas tanto em relação à sua capacidade institucional e democrática, quanto ao controle de constitucionalidade, elas não devem ser incorporadas integralmente ao Direito brasileiro, sobretudo no que concerne às propostas de alteração institucional⁷⁶. Isso porque, nas demais situações, o STF deverá acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, contribuindo para a integridade, a segurança jurídica, isonomia e a eficiência do sistema. Barroso pontua, por fim, que a “expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”⁷⁷.

Diante das críticas realizadas, faz-se necessária a reflexão sobre se o STF deveria tornar-se o guardião único dos valores constitucionais e quais seriam as alternativas. As formas de atuação descritas por Barroso, em que ora a Corte age com papel representativo - a favor da opinião pública -, ora age contra a opinião pública com um papel contramajoritário e a favor dos direitos fundamentais, podem tornar o STF um “alvo móvel”⁷⁸. Mendes aponta ainda que essa “responsabilidade da última palavra em matéria constitucional levou o Tribunal ao acanhamento frente a oportunidades para decidir mais ativamente, apenas agindo desse modo em casos com baixo e controlado potencial político”⁷⁹. Em razão disso, surge doutrinariamente

⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

⁷⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017. p. 248.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 32, 2012.

⁷⁸ BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Última palavra e diálogos constitucionais: Caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira. *RIL Brasília* a. 58 n.231.p. 181-200. jul./set. 2021

⁷⁹ KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. *Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo*. *Sequência*, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 107-131, dez. 2015. DOI: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p107>>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p107>>.

como possível alternativa a chamada teoria dos diálogos institucionais, conforme será elucidado adiante.

4. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A premissa da teoria da tripartição dos poderes em um Estado Democrático de Direito pressupõe a ideia de que todo poder estatal deve ser controlado e limitado para que não haja opressão sobre a população. Para isso, a Constituição Federal atua como importante instrumento em que são disciplinadas as funções típicas e atípicas dos poderes constituídos, em que se almeja seu funcionamento de forma independente e harmônica entre si. Nesse aspecto, deliberar quanto à quem cabe a interpretação da Lei Maior e fundamental de um Estado é a “mais alta das funções políticas”. Para isso, surge a proposta dos diálogos institucionais, em que todas as instituições, e não só o Judiciário, em nome da soberania popular, interpretem a Constituição de forma descentralizada, de forma que não haja sobreposição de um Poder sobre o outro, estabelecendo algum tipo de controle ou limitação⁸⁰.

A ideia de diálogos não é efetivamente nova. Desde os textos de Bickel (1986), que apontava como as decisões e divergências entre os Poderes faziam parte do que ele chamou de “colóquio contínuo” ou “conversa permanente”⁸¹, já se podia identificar a defesa do papel de cooperação das cortes – e não de confronto – com o Congresso ou o Parlamento. A expressão “diálogo institucional” ou “diálogo constitucional” tem origem na doutrina canadense e tem ressurgido como categoria invocada para qualificar a interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na interpretação e aplicação da Constituição como se fosse o resultado de uma conversa, e não de uma disputa sobre quem tem a melhor interpretação ou a última palavra sobre ela. Esse diálogo é instituído, portanto, em eventuais restrições impostas a direitos fundamentais e, em sua expressão mais radical, a Carta permite até mesmo que o Parlamento, presentes determinadas circunstâncias, reveja certas decisões judiciais⁸².

⁸⁰ OLIVEIRA, Jadson Correia; SANTOS, Natanael Lima. *Os diálogos institucionais na ordem constitucional brasileira*. Revista Pensamento Jurídico: São Paulo – Vol. 14, nº3, ago./dez. 2020.

⁸¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva: Ed. FGV, 2011. (Série Produção Científica. Direito Desenvolvimento Justiça

⁸² Sobre o tema, HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. Osgoode Hall Law Journal Vol. 35 (1), 1997; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017. p. 273.

A saber dessa modalidade, Barroso pontua três hipóteses em que o Parlamento subverte a circunstância em que a corte suprema exerça o papel de intérprete final da Constituição. São os casos em que⁸³:

a) a interpretação da Corte pode ser superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante emenda constitucional; b) a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação ou c) a Corte pode conclamar o Legislativo a atuar, o chamado “apelo ao legislador”.

A categoria dos diálogos possui duas vertentes de entendimento em seus estudos. A primeira vertente categoriza os diálogos de forma empírica ou quanto ao método. Nessa perspectiva, eles são abordados enquanto resultado do design institucional e da interação entre os poderes. Assim, ele pode ser aferível empiricamente, através de decisões das cortes sendo respeitadas ou superadas pelos outros Poderes, bem como o caminho contrário. Essa versão demonstra como as interações entre os Poderes são naturais e que, apesar de muitas vezes conflitivas, elas funcionam com um sistema de acatos e invalidações das decisões uns dos outros. A segunda vertente, por sua vez, aborda os diálogos de forma normativa, quanto à sua estrutura. Essa perspectiva trata os diálogos não como um produto, mas como uma exigência legal que impõe essa comunicação e interação entre os Poderes. Segundo Bateup⁸⁴, a segunda abordagem acaba ganhando da primeira em razão dessa não levar em consideração o importante aspecto da existência de incentivos normativos que promovam esse diálogo, e que elas atuam diretamente em favor da almejada interação entre os Poderes⁸⁵.

Quando se fala na teoria dos diálogos, é perceptível que cada uma delas vem com a proposta de apresentar desenhos de diálogos. No entanto, o objetivo de relativizar a “última palavra” dada em matéria constitucional pelo Judiciário, é matéria comum a todas elas. Isso ocorre tanto pela argumentação de que se reforça um diálogo entre instituições para que a decisão judicial tenha maior sinergia com os aspectos dos outros Poderes, quanto pelo

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015 p. 45.

⁸⁴ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. Brooklyn Law Review, [New York], v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>.

⁸⁵ GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: Possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. RIL Brasília a. 59 n. 233, p. 117 – 133, jan./ma. 2022.

argumento negativo, de forma a afirmar uma inexistência de uma “última palavra”⁸⁶. Nessa perspectiva, Mendes pontua⁸⁷:

Teorias do diálogo tentam escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa-de-força. Propõem-se como uma “terceira via”, um meio-termo. A defesa desse prisma é feita por uma literatura multifacetada, composta por um grande número de autores. Além das nuances e versões das diferentes teorias do diálogo, deve-se perceber o que elas têm em comum e como contrastam com teorias da última palavra. Dois são os seus principais denominadores comuns: a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes; a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial.

Superado o embate sobre qual abordagem utilizar quando se trata da teoria dos diálogos, o fato é que elas não são excludentes e podem ser analisadas enquanto um processo natural de interpretação e aplicação da Constituição. Nessa linha, Bateup defende uma atuação dialógica que compreende as diferentes capacidades dos Poderes, instituições e atores envolvidos na análise e aplicação da própria Constituição. Significando, portanto, encarar o Poder Judiciário enquanto poder especializado, com agentes experts em determinadas tarefas, mas que não se sobrepõe aos demais Poderes, tampouco será o responsável por dar a última palavra sobre a Constituição, atuando meramente como mais um agente no seu processo interpretativo.

A despeito do embate entre teorias da última palavra, as teorias dos diálogos institucionais trazem uma configuração em que a revisão judicial não significa a última palavra sobre a interpretação constitucional, mas apenas uma parte de uma sequência legislativa, podendo o Poder Legislativo responder, em maior ou menor amplitude e espaço de tempo, a essa intervenção judicial. Nesse aspecto, os próprios modelos dialógicos podem ser equiparados à própria teoria da separação dos poderes, em que há um sistema de freios e contrapesos, fundamentais para a realização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, bem como da sua configuração harmônica e independente. Isso tudo como escopo o sentido futuro da Constituição, enquanto resultado de uma dinâmica de interação entre os Poderes Públicos e

⁸⁶ O estudo não pretende adentrar em todas as teorias acerca dos diálogos institucionais, pois tem como foco o ponto em comum entre elas que é a possibilidade da configuração relativa quanto à última palavra da interpretação constitucional.

⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

entre eles e a sociedade civil, em que nenhum deles seja supremo, mas antes, que cada um contribua com suas peculiaridades institucionais⁸⁸.

Dentre as previsões normativas que possibilitam os diálogos entre os Poderes, bem como entre eles e a sociedade, destacam-se o *amicus curiae* e a audiência pública. O *amicus curiae* tem previsão legal na Lei nº 9.868/1999 (art. 7º, §2º, e art. 18) e no Código de Processo Civil (CPC) (art. 138). As audiências públicas, na Lei nº 9.868/1999 (art. 9º, §§ 1º e 2º, art. 12-E, §1º, art. 20, §§ 1º e 2º), na Lei nº 9.882/1999 (art. 6º, §1º) e no CPC (art. 983, § 1º, e art. 1.038, II). A existência desses institutos normativos demonstra, portanto, uma efetiva possibilidade à promoção do diálogo institucional no exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, em que se vale da expertise jurídica para oferecer uma resposta adequada, mas sempre contingente e provisória, pois passível de superação⁸⁹.

A ideia central das teorias pode ser entendida como uma espécie de fiscalização permanentemente de um Poder se o outro vier exercendo adequadamente a sua função típica, de modo a evitar que sejam eternizadas decisões judiciais com efeitos práticos ruins e forjando consensos institucionais que aumentam a legitimidade do sistema. Nessa linha, Rodrigo Brandão afirma⁹⁰: “busca-se conter a tirania da minoria com eleições regulares e a tirania da maioria com vários instrumentos de freios e contrapesos”. Desse modo, esse diálogo contínuo entre os Poderes do Estado passa a constituir um pressuposto necessário ao exercício de suas atribuições, na medida em que se equilibra os aspectos da legitimidade democrática e do respeito aos direitos fundamentais.

No contexto da judicialização das políticas públicas, os diálogos institucionais aparecem de forma a impor limites aos excessos do Poder Judiciário enquanto detentor do controle de constitucionalidade. Além disso, eles podem conferir maior cognição à causa, diante da maior participação das partes na instrução. Isso ocorre porque a intensa participação de outros atores

⁸⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.; BATEUP, Christine A. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. Brooklyn Law Review, v. 71, n. 3, 2006.

⁸⁹ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. Brooklyn Law Review, [New York], v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>.

⁹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

proporciona melhores decisões, em que se somam capacidades institucionais e pela própria convergência de saberes e práticas de diversos atores políticos, jurídicos e sociais, todos no empenho na análise de todo o procedimento de implementação e efetivação dessas políticas⁹¹.

Dessa forma, o Poder Judiciário poderá não só aperfeiçoar as políticas públicas, como também chamar atenção para falhas não percebidas anteriormente. Isso ocorre por meio de um maior diálogo entre instâncias judiciais e as instituições efetivamente produtoras dessas políticas. Segundo Mark Tushnet⁹², as decisões judiciais que viabilizam as trocas de experiências e a interlocução institucional são mais propícias a obter maior êxito na melhoria das políticas públicas do que aquelas que fazem determinações de efetivação de direitos, apoiando-se em casos bem sucedidos em que houve eficaz monitoramento e correção por parte da Corte. Nesse sentido, as teorias dialógicas não buscam as únicas respostas corretas para os casos complexos na efetivação de direitos sociais. O objetivo principal é constituir desenhos institucionais de maior interlocução, nas palavras de Vanice Valle⁹³: “os quais a responsabilidade pela configuração do sentido constitucional é repartida entre diversos atores, aos quais competem, solidariamente, a difícil tarefa de concretizar o texto fundamental”.

As teorias acerca dos diálogos institucionais, notadamente apresentada por Bateup⁹⁴, encontram maior ou menor reflexo nos ordenamentos jurídicos e constitucionais internacionais. Quando se traz essa possibilidade para a realidade brasileira, nota-se que propostas de diálogo institucional já foram cogitadas na ordem constitucional desde a Constituição, e sua constituinte, de 1934. Nesse sentido, João Mangabeira já demonstravam ressalvas quanto a um sistema de supremacia judicial, baseado nos modelos europeus-kelsenianos de controle de constitucionalidade. Nessa toada, afirma⁹⁵:

⁹¹ FERREIA, Débora Costa; XIMENES, Julia Maurmann. *Diálogos institucionais e impacto orçamentário da judicialização das políticas públicas*. Revista Thesis Juris-RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 808-831, set./dez. 2016.

⁹² TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

⁹³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁹⁴ O texto aborda as diferentes teorias categorizadas por Bateup, ora “teorias prescritivas de método judicial”, que possuem natureza endógena à possibilidade da revisão judicial, destacando o papel do Judiciário, ora “teorias descritivas de diálogos institucionais”, cuja abordagem é mais exógena, em que se busca descrever, efetivamente, a relação interinstitucional entre os Poderes na interpretação e construção do significado do texto constitucional. OLIVEIRA, Jadson Correia; SANTOS, Natanael Lima. *Os diálogos institucionais na ordem constitucional brasileira*. Revista Pensamento Jurídico: São Paulo – Vol. 14, nº3, ago./dez. 2020.

⁹⁵ MANGABEIRA, João. *Em Torno da Constituição*. São Paulo, Editora Nacional, 1934.

Conferindo ao Supremo Tribunal a atribuição incomparável de decretar a inconstitucionalidade das leis, e, por isso mesmo traçar, em última instância, aos outros Poderes, à União e aos Estados os limites das respectivas competências, óbvio que a Nação se deveria premunir contra os possíveis abusos dessa faculdade formidável. Porque nenhuma ditadura seria mais abominável, que a desses juízes vitalícios e irresponsáveis diante da Nação, que não encontraria, em muitos casos, contra os desmandos de tais ministros, outro recurso que a revolução, tão moroso e complicado, num dia de crise ou de perigo, o da reforma constitucional, ante o povo exaltado pelos crimes da oligarquia judiciária.

Por isso mesmo, o jurista ainda propõe:

Uma lei da Assembleia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem neste sentido, pelo menos, dois terços dos ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada. Se nisso não aquiescer comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença à Assembleia Nacional ou à Comissão Permanente em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença, o dissídio entre o Supremo e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito. Se a Assembleia ou a Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará “ipso-fato” revogada.

Tal arranjo institucional propunha uma série de mitigações e medidas ao controle de constitucionalidade jurisdicional, mas que não foi adotado pela Constituição de 1934. Nada obstante, de alguma forma semelhante, foi adotado pela Constituição polaca de 1937, quando em seu artigo 96 trazia a possibilidade de o Presidente da República submeter ao exame do Parlamento uma declaração de inconstitucionalidade de uma lei, quando esta, a juízo do Presidente da República, for necessária “ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”⁹⁶.

Na atual ordem constitucional brasileira, a maior parte da doutrina e jurisprudência constitucional interpretam o artigo 102, caput, da Constituição Federal, como subsídio principal da supremacia judicial, dada sua redação que traz a competência do Supremo Tribunal Federal enquanto guarda da Constituição. Poder-se-ia falar em uma “cláusula aberta” para o diálogo institucional no artigo 23, I, da CF/98, que determina a competência comum da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no papel de zelo pela guarda da Constituição e das leis.

⁹⁶ BRASIL. Constituição (1937). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>.

Tal relação de dispositivos torna a crer, de forma lógica, que é dever de todos os Poderes da República guardarem a Constituição⁹⁷.

Percebe-se, portanto, que ainda que haja uma manutenção do Judiciário como a última palavra, tendo em vista uma interpretação equivocada do artigo 102 do texto constitucional, há um “esboço” de diálogo institucional na própria Constituição, que confere um sistema de diálogos ao longo de outros dispositivos, visando garantir maior legitimidade democrática. O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos que são a eles submetidos, no entanto, nas palavras de Barroso⁹⁸ “não é o dono da Constituição”.

Não obstante as disposições constitucionais acerca dos diálogos institucionais, o fato é que, quando se fala em uma possibilidade para o Supremo Tribunal Federal, na realidade brasileira, deve-se repensar, através da perspectiva dos diálogos, o papel de guardião exercido pela Corte. Em vez de compreender esse papel como competência para exercício de uma última palavra ou como um soberano exclusivo no que diz respeito à interpretação constitucional, os diálogos permitem compreendê-lo como um ator detentor de expertise.

Para Mendes⁹⁹, entender a guarda da Constituição associada à ideia da “última palavra” pode parecer prejudicial não só à democracia, como também enfraquece a legitimidade das decisões do STF. Isso não significa, no entanto, que ele não deva exercer a sua competência, mas que ela seja exercida de maneira mais dialógica, interativa e educativa, apontando falhas e até suprimindo eventuais omissões, como é o caso das omissões do Poder Público no que diz respeito às políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. O que se propõe é uma interação que permita, inclusive, que haja a possibilidade de complementação ou até mesmo retificação de suas decisões. Nesse aspecto, a legitimidade das decisões tomadas pela Corte não estará apenas no exercício de sua competência, como também no modo como ela exerce essa competência, na forma dialógica com que interage e nos argumentos que utiliza para fundamentar suas decisões.

⁹⁷ OLIVEIRA, Jadson Correia; SANTOS, Natanael Lima. *Os diálogos institucionais na ordem constitucional brasileira*. Revista Pensamento Jurídico: São Paulo – Vol. 14, nº3, ago./dez. 2020.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015 p. 46.

⁹⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

No âmbito do controle concentrado e abstrato, a Constituição e as leis de regência da ADI (Lei nº 9.868/1999) e ADPF (Lei nº 9.882/1999) preveem três possibilidades diversas de participação e atuação que favorecem o diálogo institucional. A primeira delas prevê a participação de órgãos ou autoridades os quais tenham sido emanadas as leis ou os atos normativos questionados. A segunda, prevê a participação de terceiros requerentes, ou seja, sujeitos não proponentes da ação ou arguição, mas que ensejam seu ingresso para haja uma contribuição no deslinde da questão. A terceira possibilidade prevê a participação de informantes convocados pelo ministro relator. Todas essas possibilidades demonstram o quanto o quadro normativo existente permite um diálogo institucional, a medida que evoca não só os órgãos cujas leis tenham sido elaboradas, quanto pessoas ou entidades que participem como *amicus curiae*¹⁰⁰.

Dada a realidade brasileira contemporânea, que se encontra distante do preceituado na Constituição Federal, é necessário perceber a necessidade e efetiva atuação do Poder Judiciário para concretização dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à moradia, estabelecido no caput do artigo 6º do referido diploma legal, conforme a seguinte redação¹⁰¹:

Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Nesse aspecto, se apresentará adiante a ADPF 976, em andamento no STF, que concerne às condições de vida da população em situação de rua no Brasil. Tendo em vista as omissões estruturais por partes do Poder Público, em que se observa a negligência do Estado, observa-se que urge a imediata fixação de efetivas políticas públicas que protejam minimamente as populações extremamente vulneráveis. Como direito fundamental positivo, o direito à moradia - um dos direitos fundamentais suscitados na petição inicial e que terá maior enfoque no presente trabalho - exige por parte do Estado um conjunto de medidas positivas, isto é, de

¹⁰⁰ GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: Possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. RIL Brasília a. 59 n. 233, p. 117 – 133, jan./ma. 2022.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

prestações “que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação”¹⁰².

Ocorre que, quando o Poder Público deixa de implementar a política pública ou, em caso de sua existência, essa se torna incipiente para atender às demandas sociais, o Poder Judiciário se movimenta na direção da efetivação do direito violado. Conforme já exposto ao longo do presente estudo, tal intervenção do Judiciário na esfera dos outros Poderes no exercício do controle de constitucionalidade gera debates, não só em relação à sua legitimidade, como também em que medida tal postura se configura como sendo ativista ou se pode ser uma elucidação do que se convém chamar de diálogo institucional. Após analisar a presente ADPF e os fenômenos que são suscitados para a sua propositura, se partirá para uma conclusão sobre em que medida o instrumento foi utilizado dentro de um contexto de judicialização da política, bem como a sua colocação dentro do debate ativista e dialógico. Por fim, se seguirá trazendo os possíveis caminhos para a construção democrática do processo estrutural brasileiro.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 301-305.

5. ADPF 976 – A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Em 22 de maio de 2022, a Rede Sustentabilidade, em conjunto com o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL e o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST) ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com o intuito de reclamar ao Supremo Tribunal Federal que declarasse o “estado de coisa inconstitucional” da conjuntura das pessoas em situação de rua.

A petição inicial trouxe vasta exposição acerca das condições precárias que passam as pessoas em condição de rua, enfatizando a insustentável realidade das pessoas que estão sujeitas à onda de frio que vem assolando, em especial, as regiões centro-sul do país. A peça traz ainda notícias que indicam o registro de mortes causadas, possivelmente, por conta da baixa temperatura, evidenciando os casos dos moradores em situação de rua.

Conforme elucidado, através das palavras da professora Luciana Ribas, “situação de rua” traduz “uma condição de fragilidade, incerteza, provisoriedade e precariedade das pessoas e famílias”¹⁰³ e nesse aspecto, a população que se encontra nesta condição é “bastante difusa, uma vez que é composta de trabalhadores, sem tetos, idosos, crianças, mulheres, refugiados e outros”¹⁰⁴. Mencionam ainda que pessoas em situação de rua encontram-se em condição de fragilidade, incerteza, provisoriedade e precariedade. Tendo em vista que moradia é componente de direitos humanos, quando se fala na população de rua, sustenta-se que é reconhecida a ausência de moradia adequada, bem como do direito a não discriminação (uma vez que essa situação é uma forma de exclusão social absoluta). Sendo assim, se observa que o Poder Público tem deixado de cumprir os preceitos constitucionais relativos à diversos princípios e direitos, dentre eles, à moradia.

Os autores apontam que são recorrentes as omissões estruturais por parte dos Poderes constituídos, sobretudo do Executivo e do Legislativo, e que elas têm engendrado sistemáticas violações a uma série de preceitos fundamentais. Argumentam, ainda, que a conjuntura precária

¹⁰³ RIBAS, Luciana Marin. **A pessoa em situação de rua como sujeito de direito: elementos críticos de uma política pública**. São Paulo, 2019. 292 p. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/ide-29072022-101629/publico/8665344DIO.pdf>>

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976/2022 – Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>>.

vivida pela população de rua decorre de omissões estruturais e relevantes do Poder Público, sobretudo atribuíveis ao Poder Executivo – nos três níveis federativos -, mas também ao Poder Legislativo, em razão de lacunas da legislação e de falhas na reserva do orçamento público em *quantum* suficiente para concretizar tais direitos.

Além disso, a petição aborda que, como tem sido destacado perante o próprio STF (vide ADPF 828 - que teve como finalidade a amenização dos efeitos da pandemia), o agravamento da crise econômica e social no contexto da pandemia, com a retirada da renda e do sustento da população mais vulnerável, impactou diretamente na população em situação de rua. Isso porque, a piora generalizada das condições da população mais pobre, fez com que o quadro da desigualdade no país fosse agravado. Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório Situação dos Direitos Humanos no Brasil, reconheceu o elevado número de pessoas em situação de rua como condição persistente e violadora de direitos humanos, fazendo recomendações ao Estado brasileiro¹⁰⁵.

Destaca-se, ainda, que o número de abrigos não comporta essa população e que não há política pública eficaz de atendimento à população em situação de rua, não existindo, sequer, um censo nacionalmente coordenado. Nesse aspecto, aponta-se para que o descaso e a violação dos direitos elementares, especialmente os de vida, saúde e dignidade, são decorrência direta da invisibilização dessa população e que as medidas de efetivação de direitos fundamentais, se mostram inexistente ou ineficazes. Como se trata de violações a direitos humanos, em especial o da dignidade da pessoa humana, e por se tratar de intrínseca incompatibilidade com preceitos fundamentais da Constituição, sustenta-se que a situação tem contorno constitucional suficiente para fundamentar uma decisão protetiva ou acautelatória. Por isso, os autores sustentam que o estado de completa omissão estatal impõe a adoção de técnicas utilizadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de solucionar essas graves afrontas aos direitos fundamentais, em razão do estado de inconstitucionalidade permanente, tal qual ocorrera no caso da ADPF 347 (do sistema carcerário).

Asseveram, portanto, presentes os requisitos para concessão da medida cautelar. Primeiramente, o *fumus boni iuris* estaria configurado pelo “gravíssimo estado de coisas

¹⁰⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. Aprovado pela CIDH em 12 de fevereiro de 2021.

inconstitucional concernente nas condições absolutamente desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil”, em destaque para as omissões do Poder Executivo em todos os níveis federativos e do Poder Legislativo, em razão das lacunas legislativas. Em segundo lugar, em relação ao *periculum in mora*, apontam para as frequentes mortes de pessoas em situação de rua em razão de frio e de fome, sobretudo diante das omissões estatais estruturais.

O pedido da medida cautelar é para que os Poderes Executivo federal, estaduais, distrital e municipais promovam uma série de ações concretas no sentido de preservar a saúde e a vida dessa população, e teve como fundamento a violação a preceitos fundamentais da Constituição, como o direito social à saúde (art. 6º; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XII; art. 194; art. 196; art. 197; art.; 198; art. 199 e art. 200, da Constituição Federal), o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, e art. 196, da CF/88), o fundamento da República Federativa de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), o direito social à moradia (art. 6º) e, por fim, o objetivo fundamental da República Federativa de construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CF).

5.1. O andamento da ADPF no STF

No dia 22 de agosto de 2023, foi noticiado o referendo pelo colegiado, em sessão virtual, no sítio do STF, à decisão do Ministro Relator Alexandre de Moraes, que, por unanimidade, concedeu parcialmente a medida liminar requerida nos autos da ADPF 976, tornando obrigatória a observância, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, imediata e independentemente de adesão formal, das diretrizes contidas no Decreto Federal nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua. A decisão foi antecedida por audiência pública feita nos dias 21 e 22 de novembro de 2022, que contou com 63 habilitados, que sugeriu um amplo debate social.

Em seu voto, o Ministro relator sustentou que essa condição de emergência social, em que se encontram as pessoas em situação de rua, apesar de conhecida pelo Estado brasileiro, possui grave escassez de dados estatísticos e oficiais sobre esse grupo, o que dificulta a suplantação desse problema. Apesar de instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPSR), pelo Decreto 7.053/2009, com o “objetivo de determinar princípios, diretrizes e objetivos na atenção à população em foco”, o que se observou é que os objetivos

ainda não foram alcançados. Segundo o Relator: “Esse grupo social permanece ignorado pelo Estado, pelas políticas públicas e pelas ações de assistência social. Em consequência, a existência de milhares de brasileiros está para além da marginalização, beirando a invisibilidade.”¹⁰⁶.

O que se observa, segundo o Ministro, é que o crescimento dessa população é fenômeno presente em diversos municípios das cinco Regiões do Brasil, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), e que esse crescimento é constante ao longo dos anos, mas que teve seu movimento acelerado desde março de 2020, com a crise sanitária da Covid-19. O que se enfatiza, no entanto, é que:

(...) a limitação do levantamento em relação a esses números, em razão das principais fontes utilizadas (Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, registros Mensais de Atendimento socioassistencial e Censo Suas), que não incluem a parte mais marginalizada da população em situação de rua, ou seja, aquela que não se beneficia de qualquer prestação assistencial do Estado ou, ainda, aquela que sequer tem documentos de identificação.

Nesse aspecto, o que se tem é uma ausência de mapeamento oficial da população em situação de rua no país, requisito essencial quando se trata do desenvolvimento de políticas públicas. Isso ocorre não só quando se mensura quantitativamente as pessoas nessas condições, quando também de forma qualitativa. Ou seja, torna-se limitante a geração de dados suficientes para desenhar o perfil e as condições de sobrevivência dessas pessoas. Diante disso, ele aponta que, para que haja atenção à essa camada social, é preciso observar três eixos: evitar a entrada nas ruas; garantir direitos enquanto o indivíduo está em situação de rua; e promover condições para a saída das ruas.

Após prosseguir à análise de projetos exitosos em todo o mundo, o Ministro entendeu que a adaptação desses projetos à totalidade do território brasileiro, por meio de uma potencialização da concretização de moradia, demanda, em primeiro lugar, exatamente a realização de uma pesquisa, em que se mapeia o perfil dessa população, bem como suas principais necessidades e demandas. A partir desse desenho, seria possível, portanto, a elaboração de políticas públicas, em conjunto à sociedade civil interessada, capaz de atender ao

¹⁰⁶ STF. ADPF 976 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – Acompanhamento Processual. 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6410647>>. Acesso em: 5 de out. 2023.

público-alvo de forma eficaz. Isso implica em importar ideias e modelos de políticas públicas de sucesso ao Brasil, com as necessárias adaptações socio e culturais à realidade nacional, a partir de um estudo que seja capaz de delinear todas as nuances que permeiam esse problema crônico e social, de modo que não sejam pensadas políticas desassociadas do espaço e tempo de aplicação.

O Decreto Federal 7.053/2009 instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, instrumento normativo apto a orientar a resposta estatal à situação de vulnerabilidade dessa camada da população, cuja implementação deve ocorrer de modo descentralizado, em que há a cooperação dos entes de todos os níveis federativos. No entanto, o Ministro pontua que o ato infralegal prescreveu que a participação de Estados e Municípios na referida política pública dependeria de sua expressa adesão formal. Ocorre que poucos entes aderiram à política. Segundo ele¹⁰⁷:

A política nacional arquitetada, contudo, acaba por materializar um conjunto de princípios, diretrizes e objetivos que encontram seu substrato de legitimidade diretamente na Constituição Federal, impelindo o Estado à necessária proteção de direitos fundamentais para garantir a dignidade humana, resguardando o “direito a direitos”.

Demonstrou-se plausível, portanto, o deferimento do pedido para que seja integralmente aplicado o referido Decreto Federal a todos os Estados e Municípios brasileiros, ainda que eles não tenham aderido formalmente à política nacional.

Em suma, diante de todo o exposto, o Ministro votou no sentido de referendar a obrigatoriedade da observância, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, imediata e independentemente de adesão formal, das diretrizes contidas no Decreto Federal nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua, bem como as seguintes determinações¹⁰⁸:

¹⁰⁷ STF. ACÓRDÃO ADPF 976 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – Acompanhamento Processual. 2015. p.26. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6410647>>. Acesso em: 5 de out. 2023.

¹⁰⁸ STF. ACÓRDÃO ADPF 976 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – Acompanhamento Processual. 2015. p.32-36. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6410647>>. Acesso em: 5 de out. 2023.

I) A formulação pelo PODER EXECUTIVO FEDERAL, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, do PLANO DE AÇÃO E MONITORAMENTO PARA A EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, com a participação, dentre outros órgãos, do Comitê intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para População em Situação de Rua (CIAMP-Rua), do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), da Defensoria Pública da União (DPU) e do Movimento Nacional da População em Situação de Rua. O plano deverá, no mínimo, conter os seguintes tópicos: I.1) Elaboração de um diagnóstico atual da população em situação de rua, com identificação do perfil, da procedência e de suas principais necessidades, entre outros elementos a amparar a construção de políticas públicas voltadas ao segmento; I.2) Criação de instrumentos de diagnóstico permanente da população em situação de rua; I.3) Desenvolvimento de mecanismos para mapear a população em situação de rua no censo realizado pelo IBGE; I.4) Estabelecimento de meios de fiscalização de processos de despejo e de reintegração de posse no país, e seu impacto no tamanho da população em situação de rua; I.5) Elaboração de diretrizes para a intervenção do Poder Público, pautadas no tratamento humanizado e não violento da população em situação de rua, englobando, entre outros, a formação e o treinamento de agentes públicos, bem como as formas de abordagens específicas aos `hiperhipossuficientes`; I.6) Elaboração de programas de capacitação e de sensibilização de agentes públicos das áreas da saúde, assistência social, educação, segurança pública, justiça, entre outras, para atuarem junto à população em situação de rua; I.7) Incorporação na Política Nacional de Habitação das demandas da população em situação de rua; I.8) Análise de programas de transferência de renda e sua capilaridade em relação à população em situação de rua; I.9) Previsão de um canal direto de denúncias contra violência; I.10) Elaboração de medidas para garantir padrões mínimos de qualidade nos centros de acolhimento, resguardando a higiene e a segurança dos locais; I.11) Desenvolvimento de programas de prevenção de suicídio junto à população em situação de rua; I.12) Elaboração de programas educacionais e de conscientização pública sobre a aporofobia e sobre a população em situação de rua; I.13) Formulação de políticas para fomentar a saída da rua através de programas de emprego e de formação para o mercado de trabalho; I.14) Elaboração de medidas para o fortalecimento de políticas públicas voltadas à moradia, trabalho, renda, educação e cultura de pessoas em situação de rua; I.15) Indicação de possíveis incentivos fiscais para a contratação de trabalhadores em situação de rua. (II) Aos PODERES EXECUTIVOS MUNICIPAIS E DISTRITAL, bem como onde houver atuação, aos PODERES EXECUTIVOS FEDERAL E ESTADUAIS que, no âmbito de suas zeladorias urbanas e nos abrigos de suas respectivas responsabilidades: II.1) Efetivem medidas que garantam a segurança pessoal e dos bens das pessoas em situação de rua dentro dos abrigos institucionais existentes; II.2) Disponibilizem o apoio das vigilâncias sanitárias para garantir abrigo aos animais de pessoas em situação de rua; II.3) Proibam o recolhimento forçado de bens e pertences, assim como a remoção e o transporte compulsório de pessoas em situação de rua; II.4) Vedem o emprego de técnicas de arquitetura hostil contra as populações em situação de rua, bem como efetivem o levantamento das barreiras e equipamentos que dificultam o acesso a políticas e serviços públicos, assim como mecanismos para superá-las; II.5) No âmbito das zeladorias urbanas: II.5.1) Divulguem previamente o dia, o horário e o local das ações de zeladoria urbana nos seus respectivos sites, nos abrigos, e outros meios em atendimento ao princípio da transparência dos atos da administração pública permitindo assim que a pessoa em situação de rua recolha seus pertences e que haja a limpeza do espaço sem conflitos; II.5.2) Prestem informações claras sobre a destinação de bens porventura apreendidos, o local de armazenamento dos itens e o procedimento de recuperação do bem; II.5.3) Promovam a capacitação dos agentes com vistas ao tratamento digno da população em situação de rua, informando-os sobre as instâncias de responsabilização penal e administrativa; II.5.4) Garantam a existência de bagageiros para as pessoas em situação de rua guardarem seus pertences; II.5.5) Determinem a participação de agentes de serviço social e saúde em ações de grande porte; II.5.6) Disponibilizem bebedouros, banheiros públicos e lavanderias sociais de fácil acesso para população em situação de rua; II.5.7) Realizem de inspeção periódica dos centros de acolhimento para garantir, entre outros, sua

salubridade e sua segurança; II.6) Realização periódica de mutirões da cidadania para a regularização de documentação, inscrição em cadastros governamentais e inclusão em políticas públicas existentes; II.7) Criação de um programa de enfrentamento e prevenção à violência que atinge a população em situação de rua; II.8) Formulação de um protocolo intersetorial de atendimento na rede pública de saúde para a população em situação de rua; II.9) Ampla disponibilização e divulgação de alertas meteorológicos, por parte das Defesas Cíveis de todos os entes federativos, para que se possam prever as ondas de frio com a máxima antecedência e prevenir os seus impactos na população em situação de rua; II.10) Disponibilização imediata: II.10.1) Pela defesa civil, de barracas para pessoas em situação de rua com estrutura mínima compatível com a dignidade da pessoa humana, nos locais nos quais não há número de vagas em número compatível com a necessidade; II.10.2) A disponibilização de itens de higiene básica à população em situação de rua. (III) Aos PODERES EXECUTIVOS MUNICIPAIS E DISTRITAL, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a realização de diagnóstico pormenorizado da situação nos respectivos territórios, com a indicação do quantitativo de pessoas em situação de rua por área geográfica, quantidade e local das vagas de abrigo e de capacidade de fornecimento de alimentação.

A decisão foi, portanto, nos termos do voto do Relator. O Ministro André Mendonça o acompanhou com ressalvas. Falaram pelos requerentes Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) e Movimento dos Trabalhadores Sem Teto - MTST, o Dr. André Maimoni; pelo interessado Governador do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Marcelo Rocha de Mello Martins, Procurador do Estado; pelo *amicus curiae* Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores – GAETS, a Dra. Fernanda Penteado Balera, e, pelos *amici curiae* Movimento Nacional da População de Rua – MNPR, Movimento Nacional de Luta em Defesa da População em Situação de Rua – MNLDPSR e Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, o Dr. Daniel Sarmiento. Plenário, Sessão Virtual de 11.8.2023 a 21.8.2023. Uma vez suspensos os processos, a Corte recomendou, ainda, que os demandantes sejam mantidos informados acerca dos avanços na efetivação das medidas recomendadas.

5.2. A tutela deficiente dos Direitos Fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional

Quando se fala de controle de constitucionalidade e o conseqüente número de decisões por meio das quais o juiz anula um ato normativo produzido pelo legislador, se fala em teorias sobre ilegitimidade democrática e críticas e justificativas da postura judicial. No entanto, esse fenômeno ganha destaque não apenas quando se aborda o controle judicial voltado para o que o legislador ou a administração pública fizeram, mas quando não fizeram ou o fizeram de forma incompleta. Nesse aspecto, a tensão entre juiz e legislador/executivo, Constituição e

lei/regulamentação, constitucionalismo e democracia, surge com mais intensidade, em especial quando o controle judicial se volta à “omissão inconstitucional”.¹⁰⁹

Essa omissão representa as “lacunas normativas decorrentes da inércia de os agentes públicos cumprirem o determinado pela constituição, de produzir normas e políticas públicas por ela exigidas”¹¹⁰. Segundo Canotilho, quando se fala em omissão do tipo legislativa, o “significado jurídico da omissão do legislador tem como pressuposto fundamental a prevalência material e formal da Constituição relativamente à lei ordinária”¹¹¹. Essa ideia se liga, portanto, a uma nova concepção e construção de Estado, cuja relevância constitucional da omissão normativa é inerente às transformações políticas e normativas relacionadas ao Estado Constitucional de Direito. Substitui-se a ideia de supremacia do Parlamento pela supremacia constitucional, em que se o legislador se omitir em disciplinar matéria imposta pela constituição, se negará a qualidade superior da norma¹¹².

Nesse aspecto, a Constituição Federal, no artigo 103, §2º, traz que a omissão normativa inconstitucional se refere a uma falta de “medida” que implica ausência de efetividade da norma constitucional. Essa medida faltante, de acordo com o dispositivo, pode ser de competência tanto do legislador quanto de um órgão administrativo. A ideia central é a de que a preocupação deve se relacionar com a falta de medidas normativas que resulte em inefetividade de disposições constitucionais, e não necessariamente de medida legislativa, entendida como ato de competência do legislador¹¹³. Sendo essa omissão legislativa decorrente da falta de coordenação entre medidas legislativas e administrativas, por falha dos ciclos de políticas públicas, ela deve ser reconhecida quando se teoriza sobre o controle de constitucionalidade da omissão normativa, pois é o seu plano de fundo.

Por isso, quando se fala em omissão legislativa inconstitucional, segundo a doutrina, fala-se da circunstância em que o legislador não cumpre com o dever constitucional concreto de atuação político-normativa. Nesse sentido, de acordo com Canotilho, haverá omissão

¹⁰⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2016.

¹¹⁰ Idem. p. 26.

¹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.329.

¹¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2016. p.26.

¹¹³ Idem. p.31.

legislativa inconstitucional quando o legislador deixar de “fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”¹¹⁴. Ainda conforme o autor, a omissão deriva do descumprimento de normas constitucionais mediante as quais o constituinte, de forma permanente e concreta, vincula o legislador a adotar “medidas legislativas concretizadoras da constituição”. Sob esse viés obrigacional, o controle judicial de constitucionalidade terá por objeto o descumprimento pelo legislador do mandamento constitucional.

Segundo Segado, a omissão inconstitucional apresenta uma “realidade bifonte”, de um lado, a omissão revela-se pelo descumprimento de uma obrigação constitucional do legislador, de outro, a omissão é resultado objetivamente produzido no ordenamento jurídico por esse mesmo descumprimento¹¹⁵. Segundo o autor, apesar da origem dual da omissão legislativa, ela apresenta quatro pressupostos que ajudam na compreensão do fenômeno.

Em suma, o primeiro pressuposto se relaciona ao descumprimento de um dever constitucional de legislar, conforme outrora mencionado. Em seguida, pontua-se o transcurso de tempo razoável; nesse aspecto, quanto maior a persistência do legislador em não cumprir a obrigação constitucionalmente imposta de legislar, mais comprometerá e debilitará a força normativa da constituição. Em terceiro lugar, se fala no efeito objetivo de violação da Constituição, ou seja, segundo Segado, “a omissão legislativa, ainda sendo um comportamento passivo, está longe de ser neutro em suas consequências, propiciando efeitos de díspar natureza que têm como comum denominador a violação objetiva da Norma suprema”. Por fim, como quarto e último pressuposto, o autor delimita um pressuposto negativo, em que a circunstância de a inércia implicar inconstitucionalidade por omissão independe de estar envolvida determinada vontade do legislador.

Na realidade brasileira, o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão vem ocorrendo sob a percepção formal, puramente obrigacional, ignorando o viés normativista da identificação da omissão, o que acaba por ignorar a posição dos direitos fundamentais na ordem constitucional. A despeito do debate, a visão tradicional da inconstitucionalidade por omissão como algo definido por exclusão, seja do legislador, seja da administração pública, o que se

¹¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.1003-1004.

¹¹⁵ FERNANDÉZ SEGADO, Francisco. *El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas*. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios Constitucionales*, Año 7, nº 2, 2009, p.34.

tem, para Campos, é a ideia de que ela pode ser decorrente da falha de coordenação entre os Poderes, implicando deficiências na consecução de políticas públicas¹¹⁶.

Nesse cenário, muitas das vezes, ocorre que há lei e iniciativas administrativas para cumprimento dos mandamentos legais em favor da realização de direitos constitucionais, porém o resultado se torna incipiente quando se trata de tutelar determinadas garantias, especialmente quando se trata de direitos fundamentais. Nesse caso, a omissão não seria por falta de lei, mas por uma “falha estrutural”, em que não se encontra estrutura apta a tornar realidade aquele comando legal, fazendo até que a atuação da norma constitucional de direitos seja insuficiente. Tal situação se agrava, principalmente, quando Legislativo e Executivo demonstram certa incapacidade institucional e disposição política para reverter essa situação. É nesse quadro negativo que se dá a legitimidade das medidas ativistas. Nas palavras de Campos¹¹⁷:

Configurada uma realidade de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos, passa-se da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional (ECI).

Diante dessa violação massiva de direitos fundamentais, a Corte Constitucional colombiana adotou uma medida extrema, em que se reconhece a vigência de um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Tal medida visa conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais, uma vez que estejam em curso essas violações em decorrência de uma omissão por parte dos poderes públicos. Nesse sentido, o juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformações urgentes e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam não só no estado inconstitucional em si, mas também na impossibilidade de o governo enfrentar esse estado violador de direitos fundamentais sem que haja uma forte intervenção judicial¹¹⁸.

Nessa toada, Clara Inés Vargas, magistrada da Corte Constitucional colombiana, pontua que o juiz constitucional é chamado a cumprir o papel de “garantidor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista”¹¹⁹. Em diferentes situações,

¹¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2016. p.57.

¹¹⁷ Idem. p. 58.

¹¹⁸ Idem. p. 95-99.

¹¹⁹ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas*

a Corte Constitucional colombiana tem cumprido esse papel de tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹²⁰ por meio do aludido mecanismo. Para a magistrada, a declaração da ECI revela-se um “mecanismo jurídico” caracterizada pela “presença de um juiz constitucional muito mais ativo socialmente, mais comprometido com a busca de soluções profundas aos problemas estruturais”. A Corte atua, nesse sentido, não só para defender um direito fundamental individual, mas todo o sistema de direitos fundamentais, cujas decisões exigem “a atuação coordenada de diferentes autoridades públicas” dirigida à superação das violações de direitos fundamentais.

Campos traça três pressupostos para a caracterização de um Estado de Coisas Inconstitucional¹²¹:

(a) A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; (b) A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; (c) A superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes – são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos, etc.

Nesse aspecto, o fenômeno pôde ser reconhecido no Brasil de forma pioneira em 2015, quando o STF julgou a medida cautelar da ADPF nº 347/DF, cujo ministro Marco Aurélio reconheceu o ECI do sistema prisional brasileiro. A seguir, será analisada a ADPF nº 347/DF em si e a possibilidade do ECI para o Brasil, bem como se partirá para o caso dos moradores em situação de rua, objeto da ADPF 976.

5.3. Uma breve análise de precedentes: O caso da ADPF nº 347/DF

inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** Ano 1, nº 1, Universidad de Talva, Chile, 2003, p. 206.

¹²⁰ Os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão, que se assevera que tais direitos se manifestam em uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva. Em suma, a dimensão subjetiva está relacionada com a concepção clássica dos direitos fundamentais, os entendendo como formas de resistências do cidadão em face do Estado. Essa dimensão compreende tais direitos em uma relação indivíduo-Estado. Já a perspectiva jurídico-objetiva parte da ideia de que os direitos fundamentais não servem como mera resistência do indivíduo em face do Estado, cabendo a eles uma missão ativa, cuja necessidade de efetivação está entre as próprias razões de existir do Estado. (NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores? *Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do RN*, v. 13, n. 1)

¹²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2016.

O tema da ECI do sistema carcerário brasileiro chegou ao STF por meio da ADPF nº 347/DF, em maio de 2015, da relatoria do ministro Marco Aurélio. A ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que pediu que fosse reconhecido, expressamente, o ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro e solicitou a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos detentos decorrentes de ações e omissões por parte dos poderes públicos da União, Estados e do Distrito Federal.

Na petição inicial, o PSOL defendeu estarem preenchidos os pressupostos do ECI, a saber¹²²:

(i) vigência de um quadro de violações massiva de diversos preceitos fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos; (ii) o quadro possuir origem na multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa ou judicial: falhas estruturais em políticas públicas; (iii) alcance da solução do problema por meio da adoção de medidas, voltadas à melhoria das condições carcerárias e à reversão do processo de hiperencarceramento, por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal.

O partido sustentou, ainda, que com a declaração do ECI, o STF poderia impor aos Poderes Públicos a tomada de medidas urgentes e necessárias à superação de violações massivas de direitos fundamentais, bem como supervisionar a efetiva implementação dessas medidas. Na ocasião, foi deixado claro que o quadro de intervenção judicial no campo de políticas públicas tinha caráter excepcional, quando estivesse presente violação grave e sistemática de direitos humanos, bem como quando constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros poderes. Foi defendido que a presença de tais condições no Brasil legitimaria a atuação do Supremo, de forma a não ofender a democracia, pois a atuação judicial estaria voltada à proteção de direitos fundamentais, principalmente quando envolvidas minorias impopulares.

Em seu voto, o Ministro relator sustentou que a arguição envolvia a questão do dever do Poder Público de realizar melhorias nos presídios e que a violação não se daria apenas a

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/2015 – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 18 out. 2023

textos constitucionais, mas também às leis infraconstitucionais (como a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) e a Lei Complementar nº 79/94 (Lei do Fundo Penitenciário Nacional)). O Ministro apresentou um cenário de “fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias”, um “mau funcionamento estrutural e histórico do Estado (...) como fator de violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade”. Na apreciação da cautelar, o Supremo, por maioria dos votos, determinou que os juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento do recolhimento, e à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos¹²³.

Quando se parte para a análise da ADPF 976, no que tange ao cabimento da referida ação para pleitear os direitos suscitados das pessoas em situação de rua, utiliza-se o argumento de que o estado de completa omissão estatal impõe a adoção das técnicas decisórias utilizadas pelo próprio tribunal em sede de controle de constitucionalidade, como foi no caso da ADPF 347. Em razão do “Estado de Coisas Inconstitucional” grave e permanente, sustenta-se que a condição da população em situação de rua no país, e a própria normalização da sua existência, é destes temas com afrontas massivas e que evidencia o assolamento e a ineficiência dos sistemas de proteção social brasileiros, como o sistema de saúde e assistência social.

Nesse aspecto, se utiliza como precedente significativo no entendimento quanto ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a própria mencionada ADPF 347. Isso porque foi reconhecido, pelos ministros relator da cautelar, que a violação sistemática de diversos direitos fundamentais dos presos, o quadro de falhas estruturais e de falência de políticas públicas, assim como a necessidade de o Supremo tomar medidas estruturais, caracterizariam o ECI. Todos os ministros reconheceram textualmente, portanto, a vigência de um ECI e concordaram que, ante a violação massiva de direitos fundamentais, o Tribunal deveria intervir, inclusive, sobre a escolha orçamentária de contingenciamento de recursos. Em paralelo, quando se fala da população em situação de rua, demonstra-se que se trata de uma

¹²³ STF. ACÓRDÃO ADPF 347 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – Acompanhamento Processual. 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 18 de out. 2023.

situação passível do reconhecimento do ECI, tal qual o outrora reconhecido em relação à população prisional. Sustenta-se, nesse caso, que a atuação estatal na matéria é ineficiente porque tem sido “omissa, obscura, sem participação social, ineficaz, e deixando de observar critérios morais e legais, como a Política Nacional para a População em Situação de Rua, instituído pelo Decreto 7.053, de 2009”.

Do mesmo modo, o Estado demonstra completa omissão em atender e garantir os direitos fundamentais para os cidadãos dessa população, situação agravada, ainda, pela completa falta de habitação. O que se percebe é que há um dever imposto no que tange às garantias estabelecidas constitucionalmente na defesa de uma vida digna e do combate à pobreza, especialmente a relativa a hipervulneráveis moradores de rua ou em situação de rua, mas que no plano prático, percebem-se atos omissivos e ofensas diretas à preceitos fundamentais e que não perseguem o interesse público. Por isso, essa negligência é flagrante e urge a imediata fixação de efetivas políticas públicas que protejam essa camada social. Mais do que isso, demonstra-se que não há espaço para uma discricionariedade na adesão ou não das políticas nacionais propostas, pois os entes devem comprometer-se no efetivo real de combate à pobreza e marginalização, bem como a diminuição das populações hipervulneráveis.

Ao longo de toda a redação da parte do mérito da ADPF 976, fala-se na violação de preceitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal. Suscita-se que as providencias adotadas pelo Poder Público revelam-se de modo drástico e insuficientes para resguardar os preceitos fundamentais mencionados, vide o número de pessoas nas ruas e o número de mortos em decorrência desta condição. São os direitos social à saúde, o direito fundamental à vida, o direito fundamental à igualdade, o fundamento da República Federativa do Brasil de dignidade da pessoa humana, o direito social à moradia e, por fim, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa e solidária. O presente estudo tomará como base o direito à moradia para traçar uma análise da sua tutela e concretização por meio da ação e legitimação do Poder Judiciário, para, por fim, trazer a ideia dos processos estruturais na transformação de realidades inconstitucionais.

5.4. A tutela do direito à moradia e o processo estrutural

Como dito, o Poder Judiciário, em especial o STF, guardião do texto da Magna Carta, deve, ainda que contra a vontade da maioria, velar pela concretização dos direitos fundamentais – dentre eles o direito à moradia – expressos neste texto para garantir o império da democracia. Por conta da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, tal direito passou a integrar o rol dos direitos sociais positivados na Constituição Federal, que estabelece que¹²⁴:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Não se pode olvidar que a habitação é parte integrante dos direitos fundamentais do ser humano, isso porque a sua violação fere diretamente a dignidade da pessoa humana. Por isso, o Estado tem a obrigação e a responsabilidade de protegê-la. Em decorrência disso, em tese, eles se subordinam à regra da autoaplicabilidade, ou seja, aplicação imediata em caso de omissão do legislador pelas técnicas de controle (mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou arguição de descumprimento de preceito fundamental), conforme preceitua o artigo 5º, §1º da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Nelson Saule Júnior ressalta que a satisfação do direito à moradia passa pela coexistência de três elementos, quais sejam: viver com segurança, viver com paz e viver com dignidade¹²⁵:

O núcleo básico do direito à moradia é constituído, portanto, pela segurança, pela paz e pela dignidade. Situações que retratam a violência urbana como as ações das organizações de traficantes e do crime armado, que resultam em fechamento de territórios, de conflitos armados nos morros e favelas, as invasões de domicílios praticadas pelos agentes de segurança pública, como a polícia civil, são evidentes formas de violação do núcleo básico do direito à moradia, da segurança e da paz.

¹²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹²⁵ SAULE JUNIOR, Nelson. A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 133.

No entanto, duas questões importantes sobre o direito à moradia no Brasil surgem quando se fala da sua autoaplicabilidade (ou não) e sua eficácia (plena, contida ou limitada)¹²⁶, que geram controvérsias na doutrina e jurisprudência¹²⁷. Em suma, de um lado, existem os autores que reconhecem a autoaplicabilidade do referido direito e outros que entendem que, tal como todos os demais direitos fundamentais, dependem da implementação de uma política pública (no caso, uma política habitacional).

Em outra perspectiva, existem os juristas que sustentam que o direito à moradia deve ser concebido como direito a uma prestação positiva não vinculada, pois a sua concretização depende das opções que o Estado faz em programas político-sociais de habitação, condicionados à destinação de recursos econômico-financeiros próprios. Em outras palavras, trata-se de um direito sob a reserva do possível, em que são rebaixados à questão orçamentária.

Nelson Saule defende que as normas definidoras do direito à moradia têm aplicação imediata e eficácia plena¹²⁸:

Isto é, de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Essa obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim constituir políticas públicas que garanta o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida.

Um efeito importante, em razão das normas definidoras do direito à moradia terem aplicação imediata, é a declaração de inconstitucionalidade de leis, normas e atos que estabeleçam qualquer tipo de restrição, discriminação, ou redução do exercício desse direito, geradores de situações de regressividade e impedimento deste exercício. Tal efeito implica também na utilização das demais garantias constitucionais, como mandado de segurança individual ou coletivo, ação popular ou ação civil pública, como meio de exigir a proteção e o cumprimento das ações e medidas legais, administrativas e judiciais, necessárias para assegurar o pleno exercício do direito à moradia.

¹²⁶ “As normas de eficácia plena são aquelas que, assim que a Constituição entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, sem necessidade de normas legais integrativas, cujo exemplo é o art. 5º, §1º. Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, enquanto não restringidas pelo legislador ordinário, têm eficácia plena, como o disposto no art. 5º, VII. Por fim, são normas constitucionais de eficácia limitada aquelas de aplicabilidade reduzida ou diferida, pois necessitam de uma lei integrativa infraconstitucional para produção de seus efeitos plenos.” (CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015 p. 264-289.)

¹²⁷ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015 p. 264-289.

¹²⁸ SAULE JUNIOR, Nelson. A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 182-183.

A despeito da questão controversa que permeia a doutrina, o fato é que os direitos sociais, dentre eles o direito à moradia, são, na ordem constitucional, direitos fundamentais que merecem uma proteção constitucional idêntica àquela conferidas aos direitos, liberdades e garantias. Nesse sentido, é dever do Estado concretizar tal direito, e, a fim de não os violar, não basta que o faça de forma a deixar de intervir nas esferas que eles protegem, mas também agir para que eles sejam garantidos. Isso porque trata-se de um direito social de índole prestacional, sendo que precisa da atuação do Estado para que se faça efetivar no plano da realidade.

Diante dessa ótica, o intervencionismo estatal adquire papel de agente propiciador de moradia digna, sendo que esta é em seu todo mais ampla que a ideia reducionista atrelada à ótica patrimonial presente no sistema capitalista. O que ocorre é que as demandas judiciais nas quais se intenciona o controle de políticas públicas, ao se depararem com quadros de violações sistêmicas a direitos fundamentais, justamente em decorrência de ações e/ou omissões difusas do próprio Poder Público ou de instituições particulares, acabam por, através de uma perspectiva individualista, serem decididas de forma que não sejam vislumbrados a problemática como um todo. Essa realidade tem como consequência a ausência de remédios eficazes para romper com o ciclo de falha estrutural, permitindo que esses direitos sejam garantidos seletivamente, quando judicializados.

Os processos estruturais aparecem, portanto, enquanto uma alternativa de tratamento atomizado que o Poder Judiciário vem dando à proteção dos direitos socioeconômicos, promovendo a isonomia em sua efetivação. Isso ocorre pois há um objetivo claro de transformar um estado de coisas, em que se violam direitos fundamentais, em um estado de coisas tal que esses direitos sejam assegurados, em que não só se beneficiam os demandantes de ações judiciais, mas todo o corpo social na mesma situação. Essas transformações provocadas por um processo estrutural, em geral, demandam o ajuste ou a implementação de políticas públicas em que, não só o problema é combatido, mas também para que a causa seja enfrentada¹²⁹.

Quando, em 2015, o STF julgou a medida cautelar da ADPF nº 347/DF, a decisão se tornou referencial para os processos estruturais no País. O ineditismo da decisão consiste na

¹²⁹ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder judiciário na transformação de realidades inconstitucionais? Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022.

referência a um remédio estrutural estrangeiro, originado na Colômbia, na solução de um processo estrutural local. Desde então, há um aumento no número de publicações acadêmicas acerca da temática dos processos estruturais e do ECI e, mais do que isso, o tema também vem chamando atenção dos operadores do Direito, dos tribunais e do Legislativo.

Diante desse cenário do processo estrutural, o Judiciário se insurge proferindo decisões ou remédios estruturais que viabilizam a intervenção judicial no âmbito de atuação da Administração Públicas¹³⁰. Esses remédios visam viabilizar a intervenção do Judiciário no âmbito das políticas públicas, conduzindo uma reformulação da atuação estatal e, geralmente, a uma reestruturação das instituições responsáveis pela prestação de serviços públicos, com o intuito de propor uma reforma burocrática e, assim, promover a efetivação dos direitos fundamentais dos grupos sociais afetados pela deficiente atuação do Estado¹³¹.

Para Landau, ao desenvolver um remédio estrutural, o Judiciário não necessariamente irá determinar, detalhadamente, como o problema deve ser solucionado, mas funcionar como verdadeira chave de acesso, em que se abrem as portas das políticas públicas para o Judiciário. Nesse sentido, as mudanças visadas não são pontuais, voltadas para um caso concreto, mas estruturais e profundas, à medida que exigem a reestruturação de políticas públicas ou das próprias instituições que as elaboram e as executam. Para ele, a forma como as instâncias judiciais intervêm no âmbito das políticas públicas é o que diferencia cada um dos remédios estruturais, a saber, o Estado de Coisas Inconstitucional, as *structural injunctions* e o Compromisso Significativo¹³².

No Brasil, o estudo dos processos estruturais surge como uma proposta de possibilidade de intervenção do Judiciário. O principal marco para os processos estruturais no país foi a referência ao Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional no julgamento da ADPF nº 347/DF, em 2015, e que vem sendo suscitado desde então por diversas outras medidas cautelares, como a ADPF nº 976/DF sobre a população em situação de rua. Em sua decisão, o

¹³⁰ PUGA, Mariela G.. Litigio Estructural. 2013. 329 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

¹³¹ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. Revista de Informação Legislativa, v.55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018.

¹³² LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. Harvard International Law Journal, v. 53, n. 1, 2012, p. 190-247.

Ministro Relator, no bojo de processo de controle de constitucionalidade abstrato que tem por objeto o alegado “ECI concernente às condições desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil”, tornou “obrigatória a observância pelos Estados, Distrito Federal e Municípios”, de forma “imediate e independentemente de adesão formal, das diretrizes contidas no Decreto Federal nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua”, além das providências outrora mencionadas no presente estudo¹³³. Em virtude do quadro grave de omissões do Poder Público, que resulta em um potencial ECI, a atuação da Suprema Corte é viabilizada, no sentido de impor medidas urgentes necessárias à preservação da dignidade da pessoa humana e à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em razão do processo estrutural ser uma alternativa que demanda a interferência judicial em políticas públicas, uma vez que o juiz assumiria um papel que adentraria em campos de fora das suas atribuições típicas, surgem inúmeras críticas no que tange à uma possível violação à separação de poderes e uma decisão judicial ilegítima, bem como as preocupações quanto a incapacidade técnica do juiz para interferência nessas políticas e a possibilidade de ocorrência de um efeito *backlash*¹³⁴. Para isso, faz-se necessária averiguar a possibilidade de um diálogo institucional e a apresentação de um ativismo dialógico como possível caminho para a construção democrática desse processo estrutural.

Em uma primeira análise, quando se fala em uma possível violação da separação dos poderes, fala-se em um princípio de forma estática. Para os autores que defendem essa objeção, a separação dos poderes consiste em, exclusivamente, um conjunto de funções típicas a cada um dos Poderes em que a intervenção em outras esferas só seria possível dentro das possibilidades estritamente previstas pelo texto constitucional. Os críticos partem da premissa de que o Judiciário, ao intervir na atuação do Executivo, irá atuar de forma solipsista, unilateral, buscando dar a última palavra sobre o sentido da Constituição, cabendo à Administração

¹³³ STF. ACÓRDÃO ADPF 976 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – Acompanhamento Processual. 2015. p.32-36. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6410647>>. Acesso em: 5 de out. 2023

¹³⁴ “Os processos estruturais são criticados por serem um ideal de difícil de se realizar e excessivamente dependentes da capacidade técnica do juiz que irá conduzi-los. Para os críticos, há quatro principais objeções à utilização de processos estruturais: o respeito à separação de poderes; a falta de legitimidade democrática do Judiciário; a incompetência técnica do juiz para intervir em políticas públicas; e a possibilidade de um efeito *backlash* contra as decisões estruturais”. (NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder judiciário na transformação de realidades inconstitucionais? Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022).

Pública apenas seguir o que é decidido judicialmente¹³⁵. Conforme explica Conrado Hübner Mendes, não é possível encarar o princípio de forma estática, uma vez que se imuniza os atos do Executivo frente ao controle judicial. Para ele, qualquer decisão dos três Poderes é dinâmica e depende da argumentação empregada para justificá-la. Dessa forma, ainda que uma função seja típica de um Poder específico, pode ser necessária uma intervenção circunstancial de outros Poderes de forma justificada normativamente. Assim, se resolverá, ainda, o problema da legitimidade Judiciária para tomar determinadas decisões que deveriam ser de atribuição de outro órgão¹³⁶.

Em seguida, os críticos dos processos estruturais argumentam que o judiciário não possui capacidade técnica para lidar com complexas questões de políticas públicas. Nesse ponto, se tem que faltam aos juízes conhecimentos técnicos para formular essas políticas, bem como decidir questões complexas relacionadas à saúde, educação, moradias etc. Em uma segunda dimensão, questiona-se a capacidade institucional do Judiciário em manter a supervisão sobre a execução concreta dessas políticas, mesmo aquelas originadas de um processo estrutural. Não obstante, vários países têm conseguido contornar essa objeção, exemplifica-se o caso da Corte Constitucional da África do Sul, que desenvolveu o Compromisso Significativo que, em suma, trata-se de um remédio estrutural que cria um diálogo entre a Administração Pública e os grupos afetados pelo litígio¹³⁷.

Por fim, há uma terceira crítica apontada em relação aos processos estruturais, que se trata do risco de um efeito *backlash*. Tem-se por *backlash* uma resposta negativa e violenta à conduta de autoridades públicas, que pode advir tanto da sociedade quanto de instituições públicas. Quando se fala em efeito *backlash* do Legislativo, fala-se do risco de, com a finalidade de minar a decisão judicial, promulgação de uma lei ou emenda à Constituição que consolide a vontade legislativa em detrimento do entendimento judicial. Por outro lado, o efeito *backlash* do Executivo acontece quando este se nega a cumprir de forma plena uma decisão judicial,

¹³⁵ NÓBREGA, Flavianna Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder judiciário na transformação de realidades inconstitucionais? Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022.

¹³⁶ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva: Ed. FGV, 2011. (Série Produção Científica. Direito Desenvolvimento Justiça).

¹³⁷ O Compromisso Significativo não implica em uma construção, por parte do Judiciário, das políticas públicas que serão executadas no caso concreto, mas trata-se de caso em que os dois lados vão atuar como parceiros na solução do problema, formulando um plano de ação que, posteriormente, será apresentado para aprovação judicial. (SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2021).

retardando ou dificultando que a decisão produza os efeitos pretendidos. Por isso, a principal contribuição dos processos estruturais serão a busca de soluções construídas de forma dialógica, sem que haja uma imposição unilateral do Judiciário¹³⁸. Segundo Mark Tushnet, os modelos dialógicos de judicial review, que mitigam a ideia de que a última palavra sempre pertence ao Judiciário, favorecem o comprometimento das instâncias políticas com a decisão judicial, e, por conseguinte, diminuem as chances do efeito *backlash*¹³⁹.

Em que pese o debate do termo “ativismo” - quando se fala em comportamento judicial para categorizar um juiz, um tribunal ou uma decisão - de uma perspectiva objetiva, o seu conceito continua em aberto e em constante (des)construção. Segundo Campos, parece mais adequado adotar um conceito mais amplo, em que podem ser assim adjetivadas as decisões que manifestam uma auto expansão do papel político-institucional do Judiciário em face de outros Poderes. Se for uma expansão constitucional ou não, dependerá do contexto no qual a decisão foi proferida. O autor ainda afirma que: “(...) o ativismo judicial não pode ser considerado aprioristicamente ilegítimo, pois isso depende dos diferentes fatores envolvidos e da dimensão decisória manifestada”, de modo que, apenas a dimensão antidialógica, constituída por uma supremacia judicial e uma recusa de dialogar com os outros Poderes deverá ser tida como manifestação judicial ilegítima¹⁴⁰.

Quando se fala em processos estruturais, muitos o acusam de instrumento de solipsismo judicial. No entanto, as demandas, como as ADPFs aqui mencionadas, têm sido caracterizadas exatamente pela atuação dialógica do Judiciário. Isso ocorre justamente através de decisões que unem medidas em conjunto com todos os entes do Poder Público, objetivando sanar omissões e garantir direitos fundamentais. Para isso, a doutrina apresenta o ativismo dialógico como um possível caminho para a construção democrática do processo estrutural, que será abordado adiante.

5.5. Apresentação do ativismo dialógico

¹³⁸ NÓBREGA, Flavianna Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder judiciário na transformação de realidades inconstitucionais? Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022.

¹³⁹ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 53-62.

¹⁴⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2016.

O ativismo dialógico consiste em um tipo ideal de postura judicial, em que se pode, em maior ou menor grau, ser condizente com a realidade, visando ser uma alternativa ponderada aos extremos do ativismo solipsista e da autorrestrrição judicial¹⁴¹. Isso porque a concepção do ativismo dialógico pode ser a de um mecanismo catalisador da democracia, investigando a possibilidade de um Judiciário indutor do debate público, e não prolator de decisões substitutivas.

A primeira vantagem encontrada do ativismo dialógico é a não incorrência da atuação judicial nas clássicas objeções à função contramajoritária: a falta de legitimidade dos magistrados de interferirem em matérias políticas e a ausência de expertise destes atores em tratar quesitos que não são naturais de suas funções típicas. Nesse sentido, esse tipo de diálogo impede que o Judiciário tome medidas autorreferenciadas e que pouco ou nada influenciarão na realidade prática. Diante da inafastabilidade de jurisdição, inerente ao Poder Judiciário, e sua consequente responsabilidade de atuar para promover efetividade dos dispositivos constitucionais, o referido Poder vai atuar de forma a não interferir, injustificadamente, em matérias que fogem de sua expertise ou substituir decisões políticas e técnicas tomadas pelas instâncias majoritárias¹⁴².

Para isso, o ativismo dialógico propõe a definição de metas e caminhos para a implementação de políticas públicas e acompanhar e monitorar o seu progresso de cumprimento de sentença, sem que se tome para si as decisões mais importantes, que devem ser atribuídas às agências governamentais, mas com um papel de ajuste de pontos que não são mais condizentes com a realidade. Decisões dialógicas apontam o erro e chamam os responsáveis para iniciar um debate, a fim de que se construa um plano eficaz capaz de reverter o quadro apresentado ou mitigar a situação vigente que deu ensejo à violação em discussão. O foco será fomentar o diálogo institucional para que os entes estatais responsáveis atuem conforme as suas atribuições típicas de dentro dos limites orçamentários disponíveis, buscando construir soluções em que há a coparticipação dos entes envolvidos dentro de suas esferas tradicionais de competência.

¹⁴¹ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Processos estruturais e diálogos institucionais no supremo tribunal federal: uma análise dos argumentos judiciais na ADPF 347. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 16. v. 23 n. 1. jan./abr. 2022.

¹⁴² Idem. p. 394.

O fato é que a postura ativista dialógica demonstra um maior comprometimento com os setores políticos e um maior cuidado com a solução do processo estrutural. Nesse aspecto, apresentar o ativismo dialógico, enquanto possível postura adequada de atitude judicial, consiste em um mecanismo para conciliar a realidade posta, em que se tem o controle jurisdicional de políticas públicas, com o “dever ser” - que consiste na implementação de ações governamentais - de modo que se encontre uma terceira via não restrita ao binômio ativismo solipsista e autocontenção judicial¹⁴³.

¹⁴³ Idem p. 395.

6. CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito, exercem os órgãos jurisdicionais importante papel na defesa dos direitos e garantias previstos na Constituição¹⁴⁴. Razão pela qual incumbe ao Estado promover os meios adequados e necessários para a promoção de políticas públicas, em que se poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais, que dependem de ações para sua promoção. Diante do conceito de políticas públicas cunhado por Dalari, observa-se que, nesse modelo de Estado, a liberdade do governo na escolha de ações deve orientar-se pela soberania popular, presente nas leis e na Constituição, conjunto normativo que norteará suas prioridades.

Com a proclamação dos direitos fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988 e o neoconstitucionalismo, que tem por escopo a supremacia constitucional, surge a necessidade, no Estado Contemporâneo, de efetivação das promessas constitucionais e resgate da natureza histórica dos direitos que o papel da intervenção judiciária passa a examinar questões de natureza social. Nesse sentido, a judicialização dos direitos sociais expande para o âmbito do Poder Judiciário a fronteira da correção das políticas públicas, como estratégia de ação coletiva à realização desses direitos. Nesse sentido, avalia-se que este poderá e deverá atuar no controle dessas políticas, devendo a sua atuação ser pautada pelas exigências do direito justo e estar amparada num sistema de domínio político-democrático materialmente legitimado.

A despeito do *déficit* de legitimidade apontado pelos críticos da expansão judiciária, em virtude dos mandatos não eletivos dos juízes, o “ativismo judicial” passa a definir um novo espaço de atuação do juiz no processo de transformação social, enquanto um dever em face do direito fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional. Para isso, eles devem atuar em conformidade com o texto constitucional que, a par de estabelecer garantias e liberdades individuais, estabelece objetivos a serem perseguidos no plano social. Nesse cenário, a maior dificuldade do Judiciário, diante da existência de inúmeros direitos fundamentais consagrados na Constituição, está em saber se cabe, em relação a ele, o seu controle em sede de controle de

¹⁴⁴ Conforme: TARUFFO, Michele. *Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la Jurisdicción. Páginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2009, p. 21. LUIZ GUILHERME MARINONI acrescenta que a “prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização”. MARINONI, Luiz Guilherme. *O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais In. Revista de Direito Processual Civil nº 28*. Porto Alegre: Gênese, 2003. p. 309.

constitucionalidade. Todos esses direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e, por consectário lógico, podem ser tutelados judicialmente, em caso de ausência ou inadequação das políticas públicas que comprometam sua efetiva implementação.

Quando se fala em controle jurisdicional de políticas públicas pelo Poder Judiciário, essa só poderá ocorrer quando demonstrada a irrazoabilidade do ato ou omissão do Poder Público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade, observada a separação dos poderes e buscar um maior diálogo com as instituições competentes. O fenômeno visa buscar atender o interesse maior, que é a proteção do indivíduo, e, tratando-se de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, tem-se o caráter legítimo para sua efetivação. Isso, contudo, não faz com que o juiz possa determinar políticas públicas ou discricionariamente escolher uma solução política para o caso, pois deve-se observar os limites de sua atuação. Esses limites têm como base os elementos da racionalidade e a razoabilidade da pretensão manejada, bem como a disponibilidade financeira do Estado, a fim de tornar concretas e efetivas as prestações que lhe são exigidas.

Para que o STF se manifeste em situações violadoras de direitos fundamentais, percebe-se que são utilizados uma série de institutos como ferramentas de concretização desses direitos em questão. Nesse sentido, a legislação interna disponibiliza uma série de dispositivos que contribuem para a participação da sociedade civil nas decisões do Tribunal e que representam uma perspectiva dialógica na atuação da Corte. Nos casos específicos das ADPFs apresentadas, demonstra-se que as decisões da Suprema Corte são essenciais para a superação do bloqueio institucional existente nas violações vistas, a saber a da população em situação de rua. Ou seja, a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais é, portanto, essencial para a superação da violação massiva e generalizada dos direitos dessa camada marginalizada da sociedade.

O que se deduz é que o modelo vigente não pode ser caracterizado como de supremacia judicial, já que o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa da “última palavra” nos casos a que são a ele submetidos, mas não como dono da Constituição. Nesse sentido, o alcance das normas constitucionais é fixado em interação com a sociedade e com os outros Poderes e instituições em geral, estabelecendo um processo estrutural com base no diálogo entre as entidades do Poder Público. Esse diálogo se manifesta, portanto, em explicações objetivas e

transparentes sobre alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que for necessário, de modo a exercer uma espécie de monitoramento e fiscalização das políticas implantadas.

Apesar das objeções apresentadas às resoluções de litígios por meio do processo estrutural – em suma, a ameaça à separação de poderes, a ilegitimidade democrática do Judiciário para intervir nesses casos, a incapacidade técnica dos juízes para criar e gerenciar políticas públicas e o risco do efeito *backlash* – é possível que ele seja utilizado na implementação de direitos fundamentais sem que se incorra nelas. Para isso, o Judiciário não precisa ser o criador unilateral de políticas públicas. As intervenções judiciais surgem pautadas no diálogo institucional, em que se permitem que as críticas apresentadas sejam contornadas. A atuação dialógica permite, assim, que os juízes colaborem com solução de litígios estruturais, respeitando a separação de poderes, de forma que ele atue como colaborador da Administração Pública, identificando os direitos violados e os parâmetros normativos que devem nortear a solução do problema, que o torna capaz tecnicamente. Por fim, em vez de atrito, isso contribui para um cenário de colaboração entre Poderes, diminuindo as chances do efeito *backlash*.

O ponto é que os direitos sociais só terão maior efetividade quando for superada a ideia de que o magistrado é um simples solucionador de conflitos e interesses, e não um agente de transformação social. Um manejo adequado das decisões estruturantes pode colaborar para mitigar a litigância errática e individualizada e contribuir para uma cultura de diálogos institucionais¹⁴⁵. Assim sendo, nenhuma verdade revelada vai cair como um raio para purificar os processos decisórios, seja qual for o Poder. É necessário, portanto, um desenho institucional que melhor atenda aos anseios da sociedade e promova a democracia em sua versão substancial.

¹⁴⁵ PORFIRO, Camila. Litígios estruturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

5. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário – Algumas Considerações*, 2008. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/o-controle-das-politicas-publicas-pelo-poder-judiciario-algumas-consideracoes.htm>>.

APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 136.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. p. 5-7.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Última palavra e diálogos constitucionais: Caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira*. Brasília, jul./set. 2021, n. 231, p. 181 – 200.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 1ª. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 240, 2005. p. 1- 42.

BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. Brooklyn Law Review, [New York], v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.21.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980, 4ª Edição.

BRASIL. Constituição (1937). Lex: *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/2015 – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976/2022 – Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>>.

BRANDÃO, Rodrigo. *A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175 – 220, maio/ago. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017.

BICKEL, Alexander M. *A ética do consentimento*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978, p. 38-39.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.34, n. 133, p.95, mar. 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.329

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2016.

CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.88-89.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015 p. 264-289.

CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais – Volume 12 – nº34.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. Aprovado pela CIDH em 12 de fevereiro de 2021.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Universidade de Brasília.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. *Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público*. Revista de Informação Legislativa, v.55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Frederico Garcia. *Supremo Tribunal Federal entre a última palavra e diálogos interinstitucionais ou entre a autonomia e alteridade*. Revista

de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 545-599, jul./dez. 2016.

FERNANDÉZ SEGADO, Francisco. *El Control de Constitucionalid de las Omisiones Legislativas*. Algunas cuestiones dogmáticas. Estudios Constitucionales, Año 7, nº 2, 2009, p.34.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*. In: Revista USP, n.21, p.14, mar./abr./maio de 1994.

FERREIRA, Camila Duran “*O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: O caso AIDS*”. Monografia apresentada ao IPEA, para concorrer ao Prêmio IPEA – 40 anos.

FERREIA, Débora Costa; XIMENES, Julia Maurmann. Diálogos institucionais e impacto orçamentário da judicialização das políticas públicas. Revista Thesis Juris–RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 808-831, set./dez. 2016.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Processos estruturais e diálogos institucionais no supremo tribunal federal: uma análise dos argumentos judiciais na ADPF 347*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 16. v. 23 n. 1. jan./abr. 2022.

GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. *Diálogos institucionais: Possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella*. RIL Brasília a. 59 n. 233, p. 117 – 133, jan./ma. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, 2ª Edição.

HÄBERLE, PETER. *Teoria de la Constitución como Ciência de la Cultura*. Trad. Emílio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000. p.34.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el*

llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** Ano 1, nº 1, Universidad de Talva, Chile, 2003, p. 206.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição = Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Medes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. First Harvard University Press, 2004. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts *Annual Review of Political Science*, v.11, p.93-118, 2008.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. *Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo*. *Sequência*, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 107-131, dez. 2015. DOI: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p107>>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p107>>.

LANDAU, David. *The Reality of Social Rights Enforcement*. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, 2012, p. 190-247.

MANGABEIRA, João. *Em Torno da Constituição*. São Paulo, Editora Nacional, 1934.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”*. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183 – 202, nov. 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva: Ed. FGV, 2011. (Série Produção Científica. Direito Desenvolvimento Justiça).

MENDES, Gilmar Ferreira. *Palestra: Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. In *Diálogo Judicial Brasil-Estados Unidos – 2011*, em 12 de maio de 2011. Brasília: Idp, 2011. Versão digitada em PDF disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/551/363>>.

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. “*Do Espírito das Leis*”. Vol. 1. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p.203.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores?* Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do RN, v. 13, n. 1

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2ª. Belo Horizonte: Renovar, 2014.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. *Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder judiciário na transformação de realidades inconstitucionais?* Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: triunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2009, 3º ed., 362/364.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 4ª. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAIXÃO, Leonardo André. *A Função Política do Supremo Tribunal Federal. Tese de Doutorado*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades*. Revista da Faculdade de Direito – RFD – UERJ, Rio de Janeiro, n.29, jun. 2016.

PORFIRO, Camila. *Litígios estruturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

PUGA, Mariela G.. Litigio Estructural. 2013. 329 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

RIBAS, Luciana Marin. **A pessoa em situação de rua como sujeito de direito: elementos críticos de uma política pública**. São Paulo, 2019. 292 p. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-29072022-101629/publico/8665344DIO.pdf>>

RODRIGUES, Rafael Antônio; ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. *Dos efeitos do controle judicial de políticas públicas a partir da ADPF 347*. Revista de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Franca, v.1, n.1, jun. 2017.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *¿Cuándo el estado de cosas inconstitucional del deslucamento? Más allá del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional*. In:____. (Coord). *Más allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Drecho, Ediciones Uniandes, 2009, p.436.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 301-305.

SARMENTO, Daniel. (Resenha de Livro) *Um Novo Clássico: O Curso de Direito Constitucional Contemporâneo de Luís Roberto Barroso*. Revista de Direito do Estado. V.12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.407.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 133.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. *Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira & SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 587-599.

SOUZA, Landolfo Andrade de. *O papel do Ministério Público no controle das políticas públicas ambientais*. São Paulo: Revista Jurídica ESMP-SP, V.3, 2013. p.27-51.

SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de. *Controle Judicial das Políticas Públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015 p.223.

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

STF. ACÓRDÃO ADPF 347 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – Acompanhamento Processual. 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>.

STF. ADPF 976 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – Acompanhamento Processual. 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6410647>>. Acesso em: 5 de out. 2023.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=1>.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. OAB in foc, Uberlândia, ano 4, n. 20, p. 15, ago./set., 2009.

TATE, C.Neal; TORJÖRN, Vallunder. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 53-62.

USHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social wealfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VALLINDER, Torjborn. “*The judicialization of politics – a world-wide phenomenon: introduction*”. *Internacional Political Science Review*, 15, 2,: 91-9 (1994).

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito do Estado V.12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59-60.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. *Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13752>>.