

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AOS OLHOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA A SER ANALISADA¹

Maria Valentina de Moraes²

Resumo: A posição mais "ativa" do Poder Judiciário coloca no centro de muitas discussões a sua capacidade em decidir determinadas demandas sociais, que envolvem custos, direitos fundamentais e previsão administrativa. Nesse cenário emerge a questão referente a implementação de políticas públicas - sejam elas de caráter prestacional ou que garantam direitos às minorias - e a possibilidade de uma decisão de tal órgão, o Supremo Tribunal Federal, intervir na concretização de referida política e determinar que esta seja colocada em prática. Suscitam-se questionamentos a respeito de uma ofensa ao Princípio da Separação de Poderes com uma atitude interventora do Judiciário, referentes a uma previsão orçamentária por parte da Administração Pública, especialmente na figura do Poder Executivo, a dualidade entre garantia do mínimo existencial e a manutenção da reserva do possível. Discute-se no presente artigo, utilizando-se de uma análise detalhada das decisões proferidas nos últimos anos, as possíveis diferenças no tratamento de políticas públicas que asseguram direitos sociais e políticas públicas de inclusão das minorias, seu embasamento, as justificativas para sua implementação pelo Poder Judiciário e os limites da sua atuação, respostas e posicionamentos que podem ser extraídos dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. É possível referir que argumentos contrários a intervenção do órgão Jurisdicional, tal como a ofensa à Separação de Poderes e uma incapacidade judiciária em determinar um *facere* à Administração Pública são claramente rebatidas nas decisões, embasadas em fatos como a existência da previsão da política pública a ser concretizada e uma omissão, uma inércia governamental que validaria a atuação do Tribunal brasileiro em determinar que sejam concretizadas políticas públicas que colocam em prática direitos do cidadão e que viabilizam o acesso a direitos fundamentais.

Palavras-chave: Análise Jurisprudencial; Direitos Sociais; Jurisdição Constitucional; Políticas Públicas; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The most "active" position of the judiciary into the center of many discussions the ability to decide certain social demands , costs involving fundamental rights and administrative prediction . In this scenario emerges the question concerning the implementation of public policies - be they prestacional character or ensure rights to minorities - and the possibility of a decision of a board, the Federal

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa "Controle jurisdicional de políticas públicas: o papel e os limites do Supremo Tribunal Federal na fiscalização e na implementação de políticas públicas de inclusão social – análise crítica e busca de novos mecanismos/instrumentos para uma atuação democrática e cooperativa entre os Poderes", onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente, vinculado ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

² Graduanda do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e bolsista de Iniciação Científica do CNPq. E-mail: mariavalentina.23@hotmail.com

Supreme Court to intervene in the implementation of this policy and determine that it is placed into practice . Raise up to questions about an offense to the Principle of Separation of Powers with an interventionist attitude of the judiciary , referring to a budget forecast by the Administration, especially the figure of the Executive Branch , the duality between existential minimum guarantee and maintenance reservation possible . It is argued in this paper , using a detailed analysis of judgments in recent years , the possible differences in the treatment of public policies that ensure social rights and public policies for inclusion of minorities , its bases , justifications for their implementation by Judiciary and the limits of its performance , responses and attitudes that can be extracted from votes cast by Justices of the Supreme Court. It can be noted that contrary to the intervention agency Jurisdictional arguments , such as the impairment of Separation of Powers and Judicial inability to determine an ' facere ' to Government are clearly batting in decisions based on solid facts like the existence of forecasting public policy to be implemented and an oversight , a government inaction would validate the performance of the Brazilian Court in determining what public policies that put into practice the rights of citizens and providing access to fundamental rights are realized .

Key-words: Jurisprudence Analysis; Social Rights; Judicial Rewiew; Public Policy; Supreme Court.

Introdução

As políticas públicas são importantes instrumentos de concretização de direitos sociais e de discriminação positiva, e configuram-se como uma garantia de acesso do cidadão aos serviços básicos a serem prestados em concordância com os direitos elencados na Constituição Federal, tornando-se, desta forma, meios de efetivação dos direitos fundamentas trazidos em nosso ordenamento. O que vem ocorrendo e, que gera uma série de indagações, é a não implementação de uma política pública que assegure tais direitos e que, a princípio, deve ser prevista pelo legislador e executada pelo Poder Executivo, chegando, em último caso, a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal que, na maioria dos casos, determina que seja colocada em prática a política pública prevista.

Nesta seara, surgem importantes colocações, como a capacidade e possibilidade do Poder judiciário, especialmente na figura do Supremo Tribunal Federal, em determinar a implementação destas políticas por parte dos outros poderes e também uma ingerência na questão que envolvem os custos do Estado em realizar o disposto das decisões proferidas, que necessitam de previsões orçamentárias para serem efetivados.

Deste modo, o que se pretende é tecer observações a respeito das decisões proferidas e demonstrar como vem se colocando o Supremo Tribunal Federal nas referidas questões, utilizando-se de uma análise que permite interlocuções entre as

decisões envolvendo políticas públicas prestacionais e políticas públicas de discriminação positiva, ressaltando os pontos em que convergem e a argumentação que embasa tais votos e que acaba por mostrar como se delinea o pensamento do mais alto Tribunal brasileiro quando se coloca em jogo a proteção de direitos fundamentais, o interesse social e as dificuldades técnicas para uma abrangente aplicação dos princípios e direitos que regem a Constituição Federal brasileira.

2 Capacidade de intervenção do Poder Judiciário: como o Supremo Tribunal Federal interpreta a questão relativa à possibilidade de intervenção em tema de implementação de Políticas Públicas

Ao ser discutida a implementação de políticas públicas surge, como questão central, a capacidade judiciária em tomar decisões que, por consequência, refletem de forma direta, administrativa e economicamente, nos demais poderes, e que tem como condão uma máxima aplicação constitucional e proteção de direitos fundamentais. Nesse aspecto, é unânime o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que há capacidade do órgão em determinar uma atuação positiva dos demais Poderes, sem que este assuma as vezes de legislador ou torne uma pretensão impossível, através de decisão despreocupada com o que é financeiramente possível, quando se tratar da implementação de política pública que esteja carente de efetivação.

O que pode se extrair dos votos emanados pelos Ministros da Corte brasileira, que utilizam-se de muitos julgados pregressos para reafirmarem a posição que vem sendo adotada, é que existe a possibilidade do Poder Judiciário intervir em tais questões, ainda que este não detenha a primazia para tais ações - sem que haja, no entanto, inovação jurídica - e que por violação ou inércia governamental não estejam sendo respeitados e observados direitos da pessoa humana.

Tal posicionamento pode ser extraído de voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, como segue:

"Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional". (ADPF 45, Ministro Celso de Mello, 2004)

Destarte, o argumento da legitimidade de intervenção em implementação de políticas públicas está relacionado, em grande medida, a uma inércia, um desrespeito constitucional que justifica uma atuação interventora do STF a fim de guardar a Constituição da República, sem que isso se configure como uma violação à Separação de Poderes, sendo assim, na existência de um inadimplemento de uma política pública, o Poder Judiciário está apto a decidir pela concretização de certas medidas³.

Nas palavras do Ministro Celso de Melo, que ressalta muitas vezes a importância em respeitar o que está constitucionalmente posto, há também a omissão governamental como uma grave afronta aos direitos e garantias fundamentais:

É que, dentre as inúmeras causas **que justificam** esse comportamento **afirmativo** do Poder Judiciário (**de que resulta uma positiva** criação jurisprudencial do direito), **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida **e** desrespeitada por pura, simples **e** conveniente **omissão** dos poderes públicos. (ARE 639.337 AgR/SP, Ministro Celso de Mello, 2011, p. 142)

É fundamental referir que, segundo dados levantados pelo Ministro Gilmar Mendes em Audiência Pública da Saúde, o que tem ocorrido é uma determinação de que se implementem políticas públicas já criadas por outros poderes, in verbis, "o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento⁴", uma vez que o que ocorre não é uma criação de políticas públicas e sim, "na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.⁵"

Frente a tais questões, fica evidente que deve ser considerada a existência ou não de uma política pública para que possa ser pleiteado pelas partes o direito àquela prestação, justificando-se a interferência do Poder Judiciário, em realizar a determinação de que se execute de forma satisfatória uma política pública, quando

³ Ministro Dias Toffoli RE 417.408 AgR/RJ e AI 734.487 - AgR/PR, Ministra Ellen Gracie, 2010.

⁴ Sobre a questão, discorre o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na Suspensão de Tutela Antecipada 175- AgR/CE, do ano de 2010, que a Audiência Pública da Saúde contou com membros da Magistratura, do Ministério Pública, Defensoria Pública, gestores públicos e acadêmicos, que, após serem ouvidos, deixaram claro a necessidade de se redimensionar a judicialização do direito à saúde no Brasil. Assim seguiu: "Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas." (Cf. STA 175- AgR/CE, Ministro Gilmar Mendes, 2010)

⁵ Idem.

os órgãos competentes, "por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem (...), vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional"⁶.

2.1 A inércia governamental como uma afronta constitucional: justificativa para a garantia de direitos sociais e de inclusão social

A constituição Federal, ao elencar direitos a serem preservados acaba vinculando o administrador público a sua efetivação. São claros os argumentos da Suprema Corte brasileira ao inferir a possibilidade de sua intervenção frente à uma violação a estes direitos, desrespeitando a Magna Carta brasileira, tendo o Ministro Eros Grau⁷ afirmado que "o desrespeito a Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental", deixando, no segundo caso, aberta a porta ao Poder Judiciário, que, quando provocado, deverá avaliar a omissão existente.

É notável a existência de um forte argumento que cerca a inércia governamental, o qual embasa com veemência as posições adotadas pelos Ministros do Supremo Tribunal. Estes referem muitas vezes o que seria esta causa de justificação de posições interventoras por parte do Judiciário brasileiro, demonstrando uma afronta constitucional, por parte de Poderes incumbidos de efetivar os direitos postulados constitucionalmente. Em trechos das decisões, há uma coesão ao se tratar sobre a postura omissa de órgãos dotados de um mandato constitucional referente a preservação e aplicação de direitos e princípios constitucionais. Neste sentido, o voto do Ministro Eros Grau:

mediante inércia, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também** ofende direitos que nela se **fundam e também impede**, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.⁸

No que tange o direito à saúde, coloca-se na pauta a discricionariedade do Poder Público, existindo, por sua vez, a obrigação de proteção de um direito de cunho fundamental e proteção constitucional, intimamente ligada à proteção do

⁶ Agravo Regimental 417.408/RJ, Ministro Dias Toffoli, 2012, p. 07.

⁷ RE 603.575-AgR/SC, 2010.

⁸ RE 603.575-AgR/SC, Ministro Eros Grau, 2010.

direito à vida, e os juízos discricionários que podem limitar a aplicabilidade de tal direito. Assim, "o administrador está **vinculado** às políticas públicas **estabelecidas** na Constituição Federal; a sua omissão **é passível** de responsabilização **e a sua margem de discricionabilidade é mínima, não contemplando o não fazer**"⁹, existindo, de tal forma, uma limitação à margem de atuação do poder público:

O Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante que lhe foi outorgado (...) e que representa (...) fator de limitação da discricionabilidade de Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.¹⁰

Destarte, vê-se, no teor dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pressupostos de sua atuação, em um primeiro momento, com a existência de uma política pública e, em sequência, na atuação positiva dos poderes responsáveis pela eficácia constitucional, onde tal descumprimento pode vir a comprometer tanto a eficácia como a integridade de direitos individuais ou coletivos dotados de significativa importância¹¹.

Ainda, é trazida a ideia de uma "patologia constitucional" e de "erosão da consciência constitucional", ressaltando a importância de que todos os Poderes constituídos sigam o que está postulado na Constituição Federal brasileira, sem que se configure, por inércia governamental, o que seria tal patologia, onde existe uma Constituição, mas não se queira executá-la, não exista a vontade de tornarem efetivos os seus mandamentos e isto acarrete uma "desvalorização funcional" da Constituição.¹²

⁹ Considerações do Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na Suspensão de Tutela Antecipada 175- AgR/CE, no ano de 2010.

¹⁰ Idem.

¹¹ Ministro Gilmar Mendes, em mesmo voto refere tal comportamento negativo e reforça a capacidade do Poder Judiciário de fazer implementar políticas públicas: "A incumbência de fazer implementar políticas públicas **fundadas** na Constituição **poderá** atribuir-se, **ainda** que excepcionalmente, **ao Judiciário, se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, **a eficácia e integridade** de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estrutura constitucional, **como sucede** na espécie ora em exame".

¹² Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, São Paulo, Relator Ministro Celso de Mello: "O desprestígio da Constituição - por inércia dos órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado."

2.2 Inexistência de recursos e a proteção do mínimo existencial, um dilema que necessita de fundamentação

Ao lado do argumento acerca da inércia governamental, sustentam-se as noções de "reserva do possível" e "mínimo existencial", aquela como uma escusa dos poderes para a total efetivação de direitos, a qual precisa ser comprovada e esta como uma garantia mínima de direitos do cidadão. Assim, no entendimento dos Ministros, há a necessidade da busca de um possível equilíbrio entre tais fatores, pois "o mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível."¹³

Em mesmo sentido são as palavras do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175 (2010), onde refere que "haveria assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)", demonstrando-se a necessidade da avaliação de uma política pública e da efetivação do direito fundamental que esta envolve com a sua realização, estabelecendo-se uma relação de proporcionalidade entre a proteção demandada para aquele direito.

De tal modo, é notável que, para a concretização dos direitos de segunda dimensão, especialmente o direito à saúde e à educação, é inegável a existência de uma subordinação às possibilidades orçamentárias do Estado, gerando um forte vínculo financeiro deste com a proteção destes direitos, a fim de que sejam assegurados a todos. Sendo assim, sendo devidamente comprovada a incapacidade financeira do ente federativo¹⁴, não há como exigir-se que sejam imediatamente

¹³ Ministro Eros Grau, em seu voto no RE 603.575 - AgR/SC, 2010

¹⁴ Assim, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: "Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (STA 175- AgR/CE, Ministro Gilmar Mendes, 2010)

realizados - e de forma plena - os preceitos fundamentais postulados na Constituição Federal.¹⁵

Comprovada a existência de uma insuficiência estatal para a garantia de todas as políticas necessárias, é fundamental uma “escolha” sobre qual política pública será priorizada, sendo importante, então, analisar os “fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.” (Min. Gilmar Ferreira Mendes, STA 175-AgR/CE), a fim de que, com a impossibilidade de se contemplar de forma ampla nosso catálogo de direito, se repare de alguma forma uma situação que mereça determinada prioridade.

3 Direitos Sociais e Políticas Públicas em uma linha tênue: a existência, ou não, de uma diferenciação entre os conceitos

Da análise dos votos proferidos por Ministros do Supremo Tribunal Federal, percebeu-se uma escassa conceituação e pouca diferenciação entre os conceitos de Políticas Públicas e de Direitos Sociais, aparecendo, as primeiras, como um meio de concretização destes direitos sociais, em recorrentes votos. Extrai-se que parte da legitimação do Judiciário que defende o Supremo, encontra-se nesta ligação, uma vez que a intervenção na questão das políticas públicas vem como um reforço a proteção de direitos sociais, representando a ideia de que eles saem do plano para que sejam colocados em prática com tais projetos.

Neste ensejo, como já referido, discorre a Ministra Ellen Gracie, demonstrando a correlação existente entre os conceitos, que "o direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço".¹⁶

¹⁵ Neste sentido, Ministro Eros Grau: "é que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais (...) depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado as possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir (...) a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política." (RE 603.575 - AgR/SC, Ministro Eros Grau, 2010)

¹⁶ Voto proferido no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 559.646, Paraná, 2011.

Ainda, em mesmo sentido, referente a implementação e proteção do direito à saúde, são considerações trazidas pela Ministra Carmém Lúcia, retiradas de julgado do Ministro Luiz Fux:

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.¹⁷

Deste feito, se observa uma grande vinculação de tais conceitos, sendo que, também nas decisões envolvendo a garantia dos direitos das minorias, há mesma incidência. Nota-se uma ligação, neste casos, à proteção daqueles direitos que faltam a tais grupos ou ainda, uma garantia do princípio da igualdade, como apresenta-se:

Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é permitido ao poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso se configure violação ao princípio da separação de poderes (...). No presente caso, é inquestionável a relevância social da questão debatida nos autos, uma vez que se trata da grave situação dos moradores de rua e da garantia de atendimento em abrigos a famílias e pessoas carentes desprovidas do elementar direito à moradia.¹⁸

Destarte, pode se perceber que a noção de direitos sociais ou de políticas públicas não aparece de forma isolada nos votos, estando estas ligadas no argumento que reforça a possibilidade de intervenção judiciária. Fica clara a existência de uma forma de mecanismo, de medidas assecuratórias, representada pelas políticas públicas, que alia-se a promoção dos direitos fundamentais da pessoa, que estão respaldados e ganham eficácia por estes meios de concretização, sendo assim, os conceitos mutuamente se reforçam.

4 Políticas Públicas prestacionais e Políticas Públicas de Inclusão Social: a diferença na análise de cada caso e o embasamento quanto à necessidade de proteção

¹⁷ Argumentos trazidos pela Ministra Carmem Lúcia, no RE 665.764 AGR/RS, citando o voto do Ministro Luiz Fux no RE 607.381-AgR, Primeira Turma, DJe 17.6.2011.

¹⁸ Discussão trazida pelo Ministro Joaquim Barbosa em voto no AG. REG. no Recurso Extraordinário 634.643, envolvendo o Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2012.

Traçando-se um contraponto entre as decisões analisadas, estando de um lado as que envolvam políticas públicas prestacionais e de outro políticas públicas de discriminação positiva, é possível elencar diferenças.

As decisões que versam sobre políticas que envolvem direitos sociais, prestacionais, apresentam votos mais aprofundados, envolvendo maior discussão acerca dos direitos tutelados e que serão abrangidos por tal política pública, especialmente no tocante ao direito à saúde e educação, existindo ampla fundamentação teórica acerca da carga que carregam tais direitos. Estas decisões, em maior número se comparadas as que envolvem minorias, embasam-se também na discussão entre promoção do mínimo essencial e a barreira encontrada, muitas vezes, na ideia de reserva do possível, sendo este um forte argumento sobre a importância de que seja realizada de forma eficaz uma política pública que assegure tais direitos, legitimando, assim, a atuação do Supremo Tribunal Federal. Como se demonstra, do já exposto:

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar "mínimo existencial" e "reserva do possível". (STA 175- AgR/CE, Ministro Gilmar Mendes, 2010)

Ainda, referente ao direito à educação, fala-se em "meios que viabilizem seu exercício", como uma política pública que assegure o acesso a educação:

"A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem seu exercício". (RE 603.575 - AgR/SC, Ministro Eros Grau, 2010)

Em contrapartida, em decisões relativas à discriminação positiva, discuti-se de forma mais ampla a capacidade de determinar a realização de políticas públicas, não atendo-se de forma aprofundada no direito em questão. Assim, aduz o Ministro Joaquim Barbosa a respeito da observância da realidade fática da população e da relevância social que envolve a questão debatida, mencionando o direito à moradia, sem explaná-lo¹⁹. É o entendimento:

¹⁹ Decisão acerca da criação de vagas em abrigos para moradores de rua, Relator Ministro Joaquim Barbosa em voto no AG. REG. no Recurso Extraordinário 634.643, Rio de Janeiro, 2012.

Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais.²⁰

Desta forma, há perceptível diferença no tratamento das diferentes políticas públicas, no que refere ao tipo de direitos que envolve sua concretização, ficando demonstrado, quando se tratam de políticas prestacionais, forte relação com a força normativa e axiológica que possuem os direitos fundamentais.

4.1 Políticas Públicas de inclusão social e o problema da falta de homogeneidade na fundamentação das decisões

Como explanado, as decisões envolvendo políticas públicas de discriminação positiva são carentes de homogeneidade. Cercam-se de argumentos relativos a realidade fática, ao princípio da isonomia, à ligação com direitos de caráter social e a relevância que envolve o direito tutelado, fazendo com que não seja possível encontrar muitos argumentos comuns a todas, pautando-se em variadas formas de entender a importância de realizar tais políticas e a capacidade de que, não ocorrendo tal fato, faça o Judiciário esta determinação.

Assim, quanto ao princípio da isonomia, defende-se a extensão da pensão por morte ao esposo, demonstrando-se a previsão constitucional de igualdade entre sexos, como se verá:

A Constituição Federal de 1988 prevê a igualdade de direitos e deveres entre sexos, com o que é de ser entendido como dependente para fins de pensão por morte, tanto a esposa/companheira do segurado, quanto o esposo/companheiro da segurada.

Outrossim, o Ministro Joaquim Barbosa²¹ menciona ser "inquestionável a relevância social da questão debatida", baseando-se nas possibilidades fáticas para a apreciação de tal decisão e das circunstâncias atinentes a ela. Em voto do Ministro

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

Celso de Mello²², acerca da garantia de vaga em creches para crianças, encontram-se diferentes fundamentações. Em referência ao princípio da isonomia:

Princípio da Isonomia que impõe o respeito ao direito de todas as crianças - **Normas constitucionais de eficácia plena** - **Direito universal** a ser assegurado **a qualquer criança** que dele necessite - **Obrigação do Município** reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal.

Ou, ainda, tratando-se da proteção e desigualdade de crianças carentes:

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental de República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis - notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola - traduz meta cuja realização qualificar-se-á como censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Extraí-se também a ideia da proteção de grupos que necessitam de garantias em razão do direito tutelado ter caráter fundamental, como em decisão acerca da efetivação do transporte de alunos da rede estadual de ensino²³, onde fundamentava-se a garantia na ideia de que o direito à educação, especialmente infantil, "por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública", não se subordinando assim a avaliações dotadas apenas de cunho governamental.

Por fim, percebe-se que, em relação às decisões onde trabalha-se com direitos fundamentais sociais, os votos envolvendo a afirmação de políticas públicas de inclusão social, contam com os argumentos mais diversificados, não se criando apenas um parâmetro de decisão.

Conclusão

Diante do já exposto, resta evidenciada a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que, não havendo inovação jurídica e existindo a previsão de criação de uma política pública, carente de efetivação por parte de

²² Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, São Paulo, 2011.

²³ Razões trazidas no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 603.575, Santa Catarina, Ministro Eros Grau, 2010.

outros Poderes, tanto do Poder Executivo como do Poder Legislativo, pode ser realizada intervenção que determine um cumprimento real daquela política. Ainda, encontram-se os argumentos referentes a inércia governamental - em especial -, ao caráter constitucional dos direitos sociais e a proteção do mínimo existencial como justificações para que o Poder Judiciário intervenha e determine que a Administração Pública concretize a política pública em questão.

Sendo assim, é ainda entendimento da Corte brasileira, que a implementação de políticas públicas não cabe ao Poder Judiciário, não detém este a primazia para sua realização, residindo ela nos demais poderes, mas está autorizado a este feito quando os outros órgãos, por omissão ou inércia governamental, não a realizem e com isto, acarretem o cerceamento de um direito fundamental do cidadão, que deveria ser garantido.

Vê-se, em referida análise, que é posição pacífica do Supremo Tribunal Federal brasileiro a possibilidade de uma atuação interventora nestes casos, o que fica demonstrado pelos julgados anteriores, proferidos no próprio Tribunal e que são apresentados em diversos votos, embasando, de forma mais concisa, a demonstração do que vem sendo decidido quanto a questão que cerca a implementação de políticas públicas, sejam elas garantidoras de direitos sociais ou de discriminação positiva.

Mostra-se, assim, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda que não preocupados com demasiadas conceituações, mantém posição pacífica e reiterada sempre que se tratar da efetivação e proteção dos mais diversos direitos, principalmente os direitos sociais, assegurados, em grande parte, pela realização eficaz de políticas públicas.

Referências

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 734.487*, Rel. Ministra Ellen Gracie. DJ, 20/08/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 808.059*, Rel. Ministro Ricardo Lewandowsky. DJ, 01/02/2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*, Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. DJ, 30/04/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 464.143*, Rel. Ministra Ellen Gracie. DJ, 19/02/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 594.018*, Rel. Ministro Eros Grau. DJ, 07/08/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 595.595*, Rel. Ministro Eros Grau. DJ, 29/05/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47*, Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. DJ, 30/04/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 635.679*, Rel. Ministro Dias Toffoli. DJ, 06/02/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337*, Rel. Ministro Celso de Mello. DJ, 15/09/2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 603.575*, Rel. Ministro Eros Grau. DJ, 14/05/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 367.432*, Rel. Ministro Eros Grau. DJ, 14/05/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 559.646*, Rel. Ministra Ellen Gracie. DJ, 24/06/2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 417.408*, Rel. Ministro Dias Toffoli. DJ, 26/04/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381*, Rel. Ministro Luiz Fux. DJ, 17/06/2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 586.995*, Rel. Ministra Cármen Lúcia. DJ, 16/08/2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 665.764*, Rel. Ministra Cármen Lúcia. DJ, 09/04/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

LEAL, Mônia Clarisse Hennig. *Controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas de inclusão social e a relevância da atuação do amicus curiae como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil*, 2012.