

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

ALINE TEODORO DE MOURA

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

EDINILSON DONISETTE MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aline Teodoro de Moura; Edinilson Donisete Machado; José Ricardo Caetano Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-903-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Seguridade e previdência social. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

Aos membros da comunidade de pesquisadores em Direito:

Com grande satisfação, sob a coordenação dos Professores Doutores Aline Teodoro de Moura (Universidade do Grande Rio), Edinilson Donisete Machado (Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM e Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP) e José Ricardo Caetano Costa (UNIVERSIDADE DO RIO GRANDE), apresentamos os 16 trabalhos que compõem o Grupo de Trabalho Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social I, realizado no âmbito do VII Encontro Virtual do CONPEDI. Este GT tem como objetivo a promoção da discussão aprofundada de temas relevantes para a área, reunindo pesquisadores de todo o Brasil.

O GT oferece uma oportunidade valiosa para aprofundar o conhecimento sobre temas relevantes da área. Os artigos apresentados abordam questões de grande importância para a pesquisa jurídica e para o debate acadêmico, pois promovem o diálogo entre pesquisadores, tendo como norte a sociedade e o Direito. O GT reúne pesquisadores de diferentes instituições e regiões do país, possibilitando o intercâmbio de ideias e experiências.

Convidamos a todos os participantes a lerem os artigos com atenção e a participarem dos debates. Foram apresentados 16 artigos inscritos e aprovados no GT nº 58, de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social. Segue uma sinopse de cada um dos trabalhos apresentados.

No artigo denominado **A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO QUESITO PARA A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE**, os autores Silvio Ulysses Sousa Lima , Erich Fabrício Felisola Rocha abordam a evolução histórica e jurídica da seguridade social e do direito à previdência social no Brasil, bem como, as mudanças ligadas a sociedade buscando demonstrar que a previdência social é um instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana, contribuindo para a redução da pobreza, da desigualdade e da exclusão social, assegurando o exercício da cidadania e da autonomia dos indivíduos.

No artigo “**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**”, de Flávia Moreira Guimarães

Pessoa , José Tuany Campos de Menezes , Luis Felipe dos Santos Celestino, os autores analisam a possibilidade de prevalência, no contexto da previdência complementar, observando que estes tem uma natureza essencialmente contratual, do aspecto dos direitos fundamentais dos direitos previdenciários, inclusive com a adoção da perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No artigo denominado “A PESCA ARTESANAL NO AMAZONAS: PESCANDO CONQUISTAS E DESAFIOS, DA GARANTIA À EFETIVAÇÃO DE SEUS DIREITOS”, de Ana Maria Bezerra Pinheiro , Diana Sales Pivetta, Izaura Rodrigues Nascimento, apontam que a atividade pesqueira no Amazonas tem sido a atividade responsável pelo fornecimento de segurança alimentar à população local e mundial, bem como importante fonte de geração de renda e trabalho, buscando analisar a conquista de direitos constitucionalmente assegurados, bem como identificar os direitos a eles garantidos e os desafios que enfrentam esses trabalhadores para a comprovação de sua condição laboral e, por conseguinte, poderem usufruir de seus direitos já positivados, em busca de sua real efetivação.

No artigo “A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS IDOSAS E A JUDICIALIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS”, de Vitória Agnoletto , Anna Paula Bagetti Zeifert, é abordado a violação dos direitos humanos das pessoas idosas, com especial atenção à judicialização internacional dos direitos sociais, utilizando a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas (CIPDHPI) como principal referência. A despeito da alegada falta de recursos, as autoras apontam a presença da seletividade na alocação prejudica a efetivação dos direitos sociais.

No artigo denominado “APOSENTADORIA DAS PESSOAS INTERSEXO: UM APAGAMENTO LEGISLATIVO-PREVIDENCIÁRIO”, de Juan Roque Abilio , Luiz Henrique Batista De Oliveira Pedrozo , Fernando De Brito Alves, os autores buscam compreender o tratamento adequado previdenciário para as pessoas intersexo em meio à luta por reconhecimento social. Tendo como os principais marcos teóricos a Teoria do Reconhecimento Social de Honneth Axel, as dimensões do princípio da igualdade de Antonio Enrique Pérez Luño e a construção do discrimen de Celso Antônio Bandeira de Mello, os autores concluem pela insuficiência da proteção previdenciária e da necessidade da criação de requisitos mais benéficos às pessoas intersexo, em especial àquelas que não realizam o procedimento de “adequação do sexo”.

No artigo “DIÁLOGO DO PRINCÍPIO ACESSO À JUSTIÇA COM O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE: O PEDIDO DE PRORROGAÇÃO NA ALTA PROGRAMADA DE AUXÍLIO POR INCAPACIDADE PREVIDENCIÁRIO E A CONDIÇÃO DE AÇÃO,

de Luana Pereira Lacerda , Sandro Marcos Godoy, é aprofundado o conceito de acesso à justiça do “Projeto Florença de Acesso à justiça” no instituto do CPC/2015, e a condição da ação, que potencializa a sua utilização como meio impulsor e de concretização do princípio da inafastabilidade. São estudados os princípios sobre a teoria da ação no CPC/2015, bem como o interesse de agir no julgamento sem resolução de mérito do pedido de prorrogação da alta programada, pugnando que o CPC/2015 apresenta os meios alternativos de solução de conflitos como incentivo, e que CF/88 em seu artigo 5º, inciso XXXV possibilita restrições, mas não o seu exaurimento da via administrativa, e ainda que a previdência tem muitos obstáculos principalmente referente à primeira onda.

No artigo “DIREITO CONSTITUCIONAL E A PERSPECTIVA ECONÔMICA NA DUALIDADE DA JURISDIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: UM OLHAR PARA A JUSTIÇA COMUM ESTADUAL DO TOCANTINS”, de Juliana Alencar Wolney Cavalcante Aires, os autores analisam as principais causas da judicialização dos benefícios previdenciários e trazem uma abordagem do direito constitucional previdenciário brasileiro como um direito fundamental e humano, sob a expressão do amadurecimento dos direitos sociais. Avaliam as consequências econômicas do fenômeno processual da competência constitucional delegada previdenciária aos Estados, prevista no §3º do artigo 109 da Constituição Federal de 1988, o impacto no Poder Judiciário a partir da interação da Justiça Estadual e Federal no Tocantins, e como essas consequências influenciam no custo do processo jurisdicional.

No artigo intitulado “DIREITOS SOCIAIS E AS CONCEPÇÕES RESTRITIVAS DE PLENA GARANTIA” de Heloisa Sami Daou, krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro, as autoras analisam as concepções restritivas da plena garantia dos direitos sociais, a fim de saber qual a adequada garantia de direitos sociais no cenário brasileiro. São expostas concepções restritivas de plena garantia dos direitos sociais, primeiramente as que reduzem a fundamentalidade desses direitos e, em seguida, os argumentos restritivos de cunho econômico, relacionados aos custos dos direitos sociais e a reserva do possível, evidenciando-se a necessidade de superação de ambos.

No artigo “LIMITES PARA DECISÃO JUDICIAL RELATIVAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: A PARAMETRIZAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO AÇÕES COLETIVAS NO TEMA 698 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, de Gilmar Bruno Ribeiro De Carvalho , Raul Lopes De Araujo Neto, os autores analisam os limites da decisão judicial para determinação de implementação de políticas públicas voltadas a efetivação de direitos sociais fundamentais, considerando a parametrização de decisões judiciais em tese de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal no tema 698. Apontam que as análises realizadas demonstram que a atuação do

Poder Judiciário na implementação de políticas públicas implica na desorganização nas previsões orçamentárias, porém passíveis de superação diante de um diálogo institucional entre os três poderes.

No artigo “O AUXÍLIO-INCLUSÃO COMO INCENTIVADOR DO INGRESSO OU RETORNO DAS PCD AO MERCADO DE TRABALHO: UM BENEFÍCIO AINDA NÃO CONCRETIZADO”, de Viviane Behrenz Da Silva Einsfeld , Luan beles Vieira da Silva , José Ricardo Caetano Costa, os autores analisam o auxílio-inclusão, criado pelo art. 94 do Estatuto da Pessoa com Deficiência previu, destinado às pessoas com deficiência grave ou moderada que recebam o benefício assistencial de prestação continuada previsto pelo art. 20, da Lei 8.742/93, e passem a exercer atividade remunerada que os enquadrem como segurados obrigatórios do regime geral de previdência social. Tal benefício só foi regulamentado no ano de 2021, apontando o trabalho as primeiras impressões da legislação, bem como a precariedade dos critérios restritivos dos benefícios assistenciais, cujo recorte de renda deve atender aos critérios da miserabilidade, além da inaplicabilidade da perícia biopsicossocial na aferição da deficiência para esse fim.

No artigo denominado “O ESCOPO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO E A INFLUÊNCIA DO ASPECTO ECONÔMICO SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN”, de Alexandre Helvécio Alcobaça da Silveira , Olivia Brandão Melo Campelo, os autores utilizam a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, apontando que a política neoliberal busca capitalizar a previdência social e, assim, deixa o mercado financeiro ingressar no campo de atuação desse importante direito social. Verificam até que ponto a alegação meramente econômica pode desnaturar a função da previdência social.

No artigo “OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: OS DESAFIOS NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC/LOAS”, de Cleber Sanfelici Otero , Luiza Schiavon Girolimetto , Jarbas Rodrigues Gomes Cugula, os autores analisam os a importância dos direitos da personalidade no que se refere à inclusão das Pessoas com Deficiência na concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC/LOAS), de maneira a relacionar de forma específica as principais contrariedades, desafios e adversidades deste tema. Buscam demonstrar a aplicabilidade do Direito da Seguridade Social como uma efetivação dos direitos da personalidade para as Pessoas com Deficiência por intermédio da devida concessão de um benefício assistencial.

No artigo denominado “OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL Nº 16 E A EXCLUSÃO DIGITAL PROMOVIDA PELA DIGITALIZAÇÃO DO ACESSO AOS

SERVIÇOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL. UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR”, de Carolina Silvestre , Liège Novaes Marques Nogueira, as autoras relatam um desafio atual no que se refere à promoção de sociedade inclusiva no contexto da utilização do ambiente digital para importantes atividades e, dentre elas, de serviços prestados pela Administração Pública. A pesquisa tem como objetivo tratar da necessária inclusão digital para o pleno acesso ao serviço público prestado pela Previdência Social, tendo em vista o surgimento de sua plataforma online, o “Meu INSS”. Para tanto, expõe a proposta de criação de uma política pública capaz de incluir o público da Previdência Social, que em grande parte sofre com a falta de informação e ausência de estrutura digital para pleitear os benefícios previdenciários.

No artigo “PARA ALÉM DO CONCEITO DE SEGURADO ESPECIAL: OS DESAFIOS DOS PESCADORES-AGRICULTORES NO MUNICÍPIO DE RIO GRANDE/RS, de Dandara Trentin Demiranda, Vítor Prestes Olinto e José Ricardo Caetano Costa, os autores buscam compreender os desafios enfrentados pelos pescadores-agricultores do município de Rio Grande/RS, no Brasil. Apontam estes que se caracterizam das mais variadas formas, seja pela dificuldade inerente da profissão, seja pela parte burocrática a qual estão submetidos. Ao final, foram feitas considerações acerca da desproteção e consequente injustiça social causadas pela forma de tratamento realizada com os segurados especiais, especialmente através de tardia inclusão dessa população no espectro de proteção social, bem como através da criação de estereótipos que inviabilizam a concessão de benefícios.

No artigo “PENSÃO POR MORTE NO REGIME PRÓPRIO DO ESTADO DO MARANHÃO: ENTRE O DIREITO E O EQUILÍBRIO FINANCEIRO”, os autores Viviane Freitas Perdigao Lima , Pierri Sousa Dantas analisam o Regime de Próprio de Previdência do Estado do Maranhão, com foco no benefício de pensão por morte e sua relação com o equilíbrio financeiro do regime dos servidores públicos. Apontam que há tensões vinculados a implementação de políticas públicas, como as de asseios de regimes próprios. Segundo os autores, os resultados mostraram um aumento significativo no número de beneficiários e nas despesas com o benefício de pensão por morte evidenciando um desafio para o equilíbrio financeiro do regime próprio de previdência do Maranhão, podendo comprometer a capacidade do Estado em garantir o pagamento dos benefícios no longo prazo.

No último trabalho, denominado “PROTEÇÃO SOCIAL DOS TRABALHADORES POR PLATAFORMAS DIGITAIS E DESAFIOS DA SEGURIDADE SOCIAL”, de Wilk Barbosa Pepler, o autor analisa quais são os principais limites e possibilidades de resistência do sistema de seguridade social diante das novas formas de trabalho na era digital para a garantia dos direitos sociais em face da lógica neoliberal, em especial do trabalho vinculado a

plataformas digitais. Avalia o modelo de organização capitalista imperante e seus sucessivos modos de organização produtiva, para a compreensão de como se desenvolveu o próprio projeto burguês de dominação, agora nas formas de neoliberalismo e organização produtiva flexível, potencializada pelas tecnologias da informação digitais e pelo trabalho subordinado a empresas gestoras de plataformas digitais, bem como as consequências deste panorama na garantia de direitos previdenciários à classe-que-vive-do-trabalho, com atenção e crítica à atual posição jurisprudencial e proposta de regulamentação do trabalho por aplicativos de transporte no Brasil.

Uma ótima leitura a todos(as).

Os Coordenadores.

LIMITES PARA DECISÃO JUDICIAL RELATIVAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: A PARAMETRIZAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO AÇÕES COLETIVAS NO TEMA 698 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TRANSLATION: LIMITS FOR JUDICIAL DECISIONS REGARDING THE ENFORCEMENT OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: THE PARAMETERIZATION OF JUDICIAL DECISIONS INVOLVING COLLECTIVE ACTIONS IN SUPREME FEDERAL COURT THEME 698

Gilmar Bruno Ribeiro De Carvalho ¹

Raul Lopes De Araujo Neto ²

Resumo

Objetivo: analisar os limites da decisão judicial para determinação de implementação de políticas públicas voltadas a efetivação de direitos sociais fundamentais, considerando a parametrização de decisões judiciais em tese de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal no tema 698. Assim, a teoria da decisão judicial é o objeto secundário do presente artigo, uma vez que daí se retira o instrumental para aferir os limites constitucionais impostos por quem não tem competência para criar direito novo. A metodologia: considerando que foi realizada uma pesquisa qualitativa por meio da revisão sistemática da literatura, por meio da análise qualitativa dos textos utilizando-se o método lógico dedutivo. Resultados: as análises realizadas demonstram que a atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas implica na desorganização nas previsões orçamentárias, porém passíveis de superação diante de um diálogo institucional entre os três poderes. Conclusões: o material bibliográfico analisado, bem como jurisprudência demonstram que não é pacífico o entendimento doutrinário sobre a teoria da decisão judicial, porém o escopo constituição é de preservação e manutenção das instituições democráticas.

Palavras-chave: Políticas públicas, Tema 698 do stf, Teoria da decisão judicial, Direitos sociais, Austeridade

Abstract/Resumen/Résumé

Objective: to analyze the limits of judicial decision for the determination of the implementation of public policies aimed at the realization of fundamental social rights, considering the parameterization of judicial decisions in the general repercussion thesis of the Supreme Federal Court in Theme 698. Thus, the theory of judicial decision-making is the secondary object of this article, since it provides the instrumental for assessing the

¹ Advogado, Bacharel em Direito, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Tributário, Mestrando em Direito

² Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

constitutional limits imposed by those who do not have the competence to create new law. Methodology: considering that a qualitative research was conducted through systematic literature review, by means of qualitative analysis of the texts using the deductive logical method. Results: the analyses carried out demonstrate that the Judiciary's action in the implementation of public policies implies disorganization in budgetary forecasts, but they are capable of being overcome through institutional dialogue among the three powers. Conclusions: the analyzed bibliographic material, as well as jurisprudence, demonstrate that doctrinal understanding of the theory of judicial decision-making is not unanimous, however, the constitutional scope is the preservation and maintenance of democratic institutions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policies, Supreme federal court theme 698, Theory of judicial decision-making, Social rights, Austerity

INTRODUÇÃO

A problemática que este artigo procura solucionar gira em torno dos limites da decisão judicial no tocante a efetivação de direitos sociais fundamentais, quando levados ao judiciário pleitos de implementação de políticas públicas prescritas na Ordem Social da Constituição Federal de 1988.

Diante deste problema, a hipótese que conduz este trabalho é que deverá haver um cotejamento entre os direitos sociais consolidados e o orçamento público, que é estruturado em um processo democrático pelas leis orçamentárias propostas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Poder Legislativo, este atualmente também aloca recursos para suas bases eleitorais. Assim, de um lado há um rol de direitos sociais fundamentais consolidados pelo constituinte originário, de outro lado há previsões orçamentárias formuladas em um processo democrático.

Ademais, há uma dúvida quanto aos limites da atuação do poder judiciário ao prescrever normas por meio de decisões judiciais destinadas ao poder executivo com o escopo de cumprir determinados direitos, de modo que para efetivação de direitos coletivos ou individuais haverá sempre a necessidade de previsão orçamentária.

Pelo exposto, o objetivo deste trabalho é evidenciar o papel das instituições públicas na efetivação de políticas públicas, levando-se em consideração a parametrização realizada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 698 que estabeleceu Tese de Repercussão Geral a respeito da intervenção do poder judiciário relativas à realização de direitos fundamentais no tocante a ações coletivas, porém servindo como importante substrato para o debate envolvendo ações individuais.

Com base em tais perspectivas, o objetivo geral deste estudo busca o estado da arte da doutrina da decisão judicial, bem como o estudo da recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema 698. Porém, avançado o debate para compreender como a atual ordem pós-fordista modifica a vontade do constituinte originário, conformando o texto constitucional aos interesses de uma austeridade fiscal quanto aos seus destinatários.

Nesta toada, para chegar ao objetivo geral é preciso transpor os objetivos específicos que passamos a propor, quais sejam analisar se haveria uma invasão de competências relacionadas a implementação de políticas públicas em face do efeito vinculante do orçamento público, assim, verificando o efeito de decisões judiciais individuais em detrimento do orçamento geral e do

próprio sistema constitucional que normatiza como se efetuará os gastos públicos à luz das disposições orçamentárias e normas infraconstitucionais que regularizam a matéria.

Ademais, o objetivo específico é verificar os limites da decisão judicial, no que tange a própria competência constitucional dos três poderes, se haveria uma incursão da norma individual sobre o orçamento geral e os efeitos da decisão individual quanto a competência constitucional atribuída aos poderes públicos.

A pesquisa justifica-se pela relevância científica, tendo como ponto inicial as disposições constitucionais orçamentárias, analisa-se o regimento da alocação de recursos para implementação dos direitos fundamentais sociais, buscando compreender onde estão os gargalos que impedem a efetivação dos direitos constitucionais bem como os limites da tutela jurisdicional para implementação de tais direito.

A pesquisa proposta será qualitativa e descritiva por meio de uma revisão sistêmica do conteúdo recortado por meio do método lógico dedutivo. Assim, procede-se a coleta dogmática sobre o objeto de estudo, a fim de expor o estado da arte sobre a teoria da decisão judicial, de igual modo analisou-se a jurisprudência e estudos científicos relacionados a matéria, bem como a visão das autoridades competentes para proferirem normas jurídicas e seus estudos sobre os limites da decisão judicial.

Ademais, em ações coletivas que poderiam atender a desassistidos que não tem acesso à justiça, a tese de repercussão geral no tema número 698 prevê no item 2 que a administração pública deve apresentar planos para o cumprimento de medidas interventivas determinadas pelo judiciário, desse modo há na verdade uma redução dos efeitos positivos advindo de ações coletivas.

Nesta toada, a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, plasmadas no Texto Constitucional, incluídos em um rol consolidados a serem efetuados como política pública geral a todos os cidadãos. Entretanto, tais direitos não são plenamente efetivados, dado o custo para sua implementação.

Não obstante, aflora-se um aparente conflito entre as decisões judiciais que determinam a elaboração de políticas públicas relacionadas à saúde e o Poder Executivo na hora de implementar tais políticas, ante a insuficiência de recursos financeiros para sua implementação, o que denomina-se reserva do possível.

Na primeira seção deste trabalho passa-se a estudar a competência e limite da decisão judicial na implementação de políticas públicas em um regime democrático. Assim, analisa-se a

teoria da decisão judicial, por meio de doutrina que se aprofunda no estado da arte desta matéria. Por seu turno, debate-se sobre a distinção entre ativismo judicial e judicialização das políticas públicas.

Na segunda seção, passamos a estudar especificamente o tema número 698 do STF, desse modo no primeiro subtópico é realizado o cotejamento entre os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer prescritas ao Estado relativas a Implementação de Políticas Públicas.

A segunda seção é dividida em 2 subtópicos, no primeiro passa-se a realizar um estudo sobre o pensamento do ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, primeiro no que tange a própria teoria da decisão judicial e os seus limites, como a tese do Contramajoritário, sendo relevante a menção, pois o ministro foi o redator da tese de repercussão geral número 698 do STF que é objeto de estudo deste artigo. A segunda parte da segunda seção pesquisa-se as novidades da lei de introdução às normas do direito brasileiro no que tange a responsabilidade dos agentes públicos no ato de decidir.

Por fim, a terceira seção deste artigo procede-se o estudo do custo da efetivação das políticas públicas e a revisão judicial em torno do tema, realizando estudo das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente no que tange aos parâmetros que devem nortear as decisões judiciais a da efetivação de direitos sociais fundamentais ao determinar a implementação de políticas públicas determinadas pelo poder judiciário (Tema 698).

1. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL EM UMA DEMOCRACIA.

Quando se estuda a decisão judicial, é preciso partir da premissa de que a decisão judicial é fruto de um processo hermenêutico, em que o intérprete irá criar uma norma individual e concreta para o caso jurídico que lhe é apresentado. Evidentemente que uma das possíveis normas individuais e concretas a serem extraídas pelo intérprete da moldura entabulada na teoria pura do direito (Kelsen, 2009, p. 390).

Desse modo, quando proferida a sentença, a autoridade competente insere no ordenamento jurídico uma norma individual e concreta entre muitas que podem ser extraídas pelo magistrado ao

final do processo de interpretação, porém uma vez proferida é a norma que deve ser cumprida por seu destinatário:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar — têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito — no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa — não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (Kelsen, 2009, p. 390-391)

Em suma, a moldura e a atuação do juiz dentro desta moldura para aplicar a norma individual e concreta são o objeto central para o debate sobre os limites da decisão judicial. Dentro desta moldura é possível várias decisões individuais que irão solucionar um mesmo caso concreto, quando o juiz profere a sentença ele não estaria revelando a decisão *a priori* correta, mas sim uma decisão válida retirada de um universo de possibilidades.

O direito é organizado pela dogmática e submete-se a dois postulados imprescindíveis, quais sejam: o ponto de partida deve ser uma norma válida firmada no sistema jurídico e a obrigação de decidir, mesmo diante de uma suposta lacuna. Assim, a decisão judicial insere no ordenamento uma nova norma jurídica (Azevêdo, Adeodato, 2023, p. 16)

Nesse contexto, surge o debate doutrinário sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, os limites da atuação do poder judiciário na teoria da decisão judicial, de modo a fornecerem instrumentos importantes para o operador do direito que envereda nesta temática, firmando-se desde logo a distinção dos conceitos jurídicos:

Não se pode falar em fixação de obrigações ao Poder Público, mormente em relação às políticas públicas, para caracterizar o ativismo judicial [...] não se pode misturar o ativismo judicial com a judicialização da política. No ativismo há a substituição dos juízos institucionalmente (e democraticamente) estabelecidos – através de um ordenamento jurídico construído sob a égide de uma Constituição democrática, ou seja, numa ordem em que há uma filtragem hermenêutica – constitucional das leis – pelos juízos dos próprios magistrados. Em outras palavras, larga-se mão da ordem constitucional e legal democraticamente construída, passando-se à consciência (o subjetivismo) do julgador. A judicialização da política, por outro lado, é um fato que decorre do próprio aumento do caráter hermenêutico do Direito a partir do segundo pós-guerra. Na medida em que os direitos sociais passam a fazer parte dos direitos fundamentais e, por outro lado, o Estado

não os cumpriu sequer de forma mínima, a jurisdição aparece como lugar último ao cidadão para a garantia de tais direitos. (Luiz, 2013, p.43)

Por tanto, a questão que emerge está em torno dos limites da decisão judicial. Na obra supracitada o autor defende que existe um direito fundamental a uma resposta hermenêuticamente adequada a ser proferida pelo poder judiciário, esse direito seria o próprio limite à decisão judicial.

Desse modo, é preciso buscar uma resposta hermenêuticamente adequada. A preocupação com a decisão do juízo e não com a decisão do juiz pode ser vista na própria legislação processual. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Brasil, 2015) percebeu-se a mudança do próprio destinatário da petição inicial, conforme o art. 319, I. Assim, a petição será dirigida ao juízo e não mais ao juiz como era previsto no art. 282, I (Brasil, 1973).

Nesta toada, o novo código de processo conduz ao entendimento de que não é o juiz, por meio de sua convicção diante de um caso concreto que arbitrará a solução para o caso, mas o juízo. O juiz pode ir para outra comarca, entrar de férias, mas o juízo é permanente.

Neste diapasão, o sistema processual brasileiro é repleto de normas que possibilitam ações individuais e ações coletivas com escopo de demandar a implementação de direitos subjetivos. O juízo está inserido nesta sistemática de inúmeras demandas, devendo apresentar a resposta jurisdicional adequada para os litígios levados à apreciação do poder judiciário, uma vez que é direito fundamental —art. 5º, XXXIV, a— pedir a efetivação de direitos aos Poderes públicos (Brasil, 1988).

Em uma perspectiva democrática, as decisões sobre políticas públicas devem ser implementadas pelo Poder Executivo em harmonia com as disposições legais construídas no Poder Legislativo. De modo que os três poderes exercem cada um a sua competência típica, garantindo o funcionamento de um sistema político democrático.

Ciente desse contexto, a dogmática, ao analisar o estado da arte da Teoria da Decisão judicial, traz à lume o temor democrático de autoridades não eleitas engajarem-se na produção de direito novo:

“O juiz, diferentemente dos demais agentes políticos, não detém sua legitimidade do processo eleitoral; antes, a sua é normativa — deriva das regras insculpidas na CF. Logo, se o chefe do Poder Executivo de qualquer ente federado age assim ou assado, ele estará exercendo o autogoverno popular, na medida em que foi eleito para tanto. Os legisladores, idem. E os juízes? A resposta, em uma democracia, é que os julgadores, eis que não eleitos, “não devem engajar-se na produção de um Direito novo; devem aplicar os padrões inerentes ao Direito existente”. Deverão agir, desta forma, em conformidade com a

Constituição, elemento fundante do próprio Estado Democrático de Direito, e não conforme suas convicções pessoais.” (Luiz, 2013, p.127)

A decisão judicial deve estar em conformidade com a constituição e a legislação infraconstitucional. Neste contexto, é possível cogitar uma decisão judicial que implemente políticas públicas conduzidos valores orçamentários para fins diversos aos previstos na previsão orçamentária com uso de créditos suplementares para garantir a implementação de decisões individuais, revelando-se uma crise institucional entre os poderes constituídos.

Entretanto, a moldura judicial entabulada na Teoria Pura do Direito inaugura este extenso debate sobre limites da decisão judicial, limites estes que para esta teoria são naturais, de modo que se o juiz atua dentro da moldura não há que se falar em crise ou criação de direito novo pelo poder judiciário.

Isto posto, levanta-se uma crítica ao ativismo judicial, no sentido de os juízos constituídos para julgar litígios em um Estado democrático de direito passem a ser substituídos pela percepção de mundo e valor dos homens que ocupam a função de magistrados. Assim, incidir princípios para solução de casos concretos sem que haja lacunas na lei, ou mesmo com o intuito de organizar a legislação que será aplicada a determinado caso concreto, poderia estar o julgador deixando de atuar com prudência para agir com coerção.

Todavia, a doutrina pontua que o Estado deixa de implementar políticas consideradas prioritária pela constituição, como na saúde e educação, em razão de um discurso de austeridade. Desse modo, sempre que o tribunal constitucional levanta-se para garantir os marcos civilizatórios da democracia e direitos fundamentais, também levantam-se as críticas conservadoras relacionadas a existência de um ativismo judicial, tratam-se de uma reação a “consolidação de uma jurisdição constitucional forte e efetiva na defesa da Constituição e do seu sistema de direitos fundamentais, principalmente quando isso ocorre num quadro institucional de manifesto déficit de atuação dos poderes políticos” (Pessoa, 2017, p.129)

Entretanto, a autoridade judicial competente para proferir normas individuais e concretas ou modernamente analisar ações coletivas, ou seja, o poder judiciário através de seus juízes que estão inseridos dentro das influências da tradição cultural e social, de modo que o contexto social do intérprete invariavelmente irá repercutir nas sentenças e acórdãos.

A guisa de exemplificação, nas decisões judiciais sobre matéria previdenciária a tradição de que o sistema de seguridade social é um obstáculo ao equilíbrio orçamentário, sendo constatado

nas decisões do Supremo Tribunal Federal uma ética utilitarista que reflete nas decisões individuais e coletivas proferidas pela suprema corte brasileira (Savaris, 2010, p.16).

Pelo exposto, há uma oscilação da doutrina em apontar o ativismo judicial de decisões que estariam infringindo a competência constitucional do legislativo ou judiciário, no mesmo sentido haveria uma invasão de interesses neoliberais sobre a ciência do direito, de modo que o poder judiciário ao invés de se levantar contra a violação de direitos sociais fundamentais passa a replicar as disposições jurídicas necessárias ao neoliberalismo.

2. TEMA Nº 698 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado relacionadas a Implementação de Políticas Públicas

O tema número 698 do Supremo Tribunal Federal – STF anulou acórdão de origem do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que prescrevia que havia uma situação caótica no hospital Salgado Filho, neste sentido reconhecia-se que o poder judiciário teria competência para controlar políticas públicas fundamentais, para tanto aplicava-se os princípios da legalidade e moralidade (art. 37, CF/88).

Nesta toada, na origem determinou-se a realização de concurso público para cargos de médicos e funcionários técnicos, bem como corrigir ilegalidades apontadas pelo Conselho Regional de Medicina.

Em julho de 2023 foi publicado acórdão. Na decisão da corte, em *obter dictum*, entendeu que a intervenção do Judiciário definindo contratação e gestão da saúde compromete a alocação dos recursos públicos.

No mérito anulou-se o acórdão recorrido e determinou-se o retorno dos autos à origem para novo exame da matéria. Ademais, foi fixado a seguinte tese em repercussão geral no bojo da ação civil pública:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela

contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP). (STF, Tema 698).

A primeira parte da tese de que a intervenção do Poder Judiciário para impor a realização de políticas públicas que visem efetivar os direitos fundamentais, somente se dará em caso de ausência ou deficiência grave do serviço e desde que não viole o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF/88), neste sentido não há inovação na jurisprudência do tribunal, uma vez que o posicionamento reflete a legitimidade da suprema corte para impor a realização de políticas, não obstante observando a separação dos poderes, a questão subjacente é saber onde começa e termina a competência do Supremo Tribunal Federal para proferir tais decisões.

A segunda parte da tese é propositiva, isto é, a imposição de políticas públicas deve promover um diálogo institucional para implementação de direitos sociais descumpridos pelo administrador. Neste sentido, através de um plano de execução das políticas e ouvindo a administração pública busca-se evitar crises institucionais e somar forças para efetivação dos direitos sociais que é o objetivo principal plasmado no Texto Constitucional.

A terceira parte da tese, faculta-se a contratação de organizações sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) com o escopo de participar da gestão da rede pública de saúde. Desse modo, podemos concluir algumas vantagens para o uso das OSCIPs, por exemplo, propiciariam uma administração mais eficaz, na medida em que poderiam ser cobradas com mais rigor pelo Estado, havendo também uma redução de custos, pois por terem caráter social não recolhem a Contribuição Previdenciária Patronal (Brasil, 2021).

É válido ressaltar que a Suprema Corte firma uma tendência de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas dirigidas a efetivação de direitos fundamentais sociais, quando haja omissão pelo Poder Executivo e não viole a separação dos poderes. Não obstante, a linha que separa a esfera de atuação de cada poder é tênue e conforme o debate anterior. De fato, a teoria da decisão judicial e os limites da moldura de atuação do juiz não são um tema consolidado na dogmática.

A condução da tese firmada no tema nº 698 do STF, ao fixar as margens de atuação judicial propondo um diálogo institucional entre os poderes quando da atuação do judiciário nesta matéria. É curiosa a terceira parte da tese, pois faz uso do recurso da exemplificação para firmar a possibilidade de contratação de Organizações sociais e Organizações da sociedade civil de interesse público, mesmo não sendo este o objeto da controvérsia judicial.

2.1 O Contramajoritário no pensamento do ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso

No livro “Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito” o Capítulo III, “Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy”, é redigido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso.

Nesse capítulo o Ministro Barroso enaltece o advento de uma cultura pós-positivista onde se propõe procurar soluções que não estão integralmente na norma jurídica. Ademais, Barroso diz que Alexy supera a separação profunda entre o direito e a moral que foi imposto pelo positivismo jurídico.

Democracia significa soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. Constitucionalismo, por sua vez, traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita. Na concepção tradicional, a soberania popular é encarnada pelos agentes públicos eleitos, vale dizer: o Presidente da República e os membros do Poder Legislativo. Por outro lado, a proteção da Constituição – isto é, do Estado de direito e dos direitos fundamentais – é atribuída ao Poder Judiciário, em cuja cúpula, no Brasil, se encontra o Supremo Tribunal Federal – STF (Barroso, 2018, n.p)

A citação do Ministro Barroso é relevante na medida em que demonstra a visão jurídica de um ministro do Supremo Tribunal Federal – STF que foi o redator da tese de repercussão geral número 698. De fato, o STF é órgão máximo da justiça brasileira que tem um alcance efetivo sobre a vida social e política do país. Ademais, ajuda a esclarecer a perspectiva da teoria da decisão judicial sobre o ângulo de autoridades com poder de decisão, de modo a inspirar a revalorização da razão prática na solução de problemas jurídicos.

Neste diapasão, o intérprete não ficará preso ao direito posto, e poderá procurar uma leitura moral das regras positivadas para aproximar o direito da moral, ética etc. Percebe-se claramente a defesa de que o primeiro objetivo da teoria constitucional é do contramajoritário para proteger o jogo democrático e direitos individuais, de modo que o judiciário irá racionalizar desequilíbrios promovidos pelos representantes da política majoritária.

2.2 A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a responsabilidade dos agentes públicos no ato de decidir

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro 4.657/42 – LINDB, por meio da lei 13.655/2018 acresceu-se novos artigos, o art. 22 estabelece que as normas sobre gestão públicas devem ser interpretadas levando-se em consideração os “obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Neste sentido, coaduna-se com o item 2. da tese de repercussão geral em estudo, que estabelece “2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;” (STF, Tema 698).

De igual modo, a lei impõe que deve ser considerada as consequências práticas da decisão. Da interpretação do art. 20 da LINDB extraísse as preocupações com as consequências da decisão, no sentido de que as alterações nesta legislação parecem implementar o “consequencialismo” de Posner, dando consequências práticas advindas da decisão (ROCHA,2020, p. 137).

De fato, a LINDB vem ser importante instrumento de controle da decisão judicial, constituindo-se em uma norma de sobredireito, disciplinando a aplicação das outras normas jurídicas, regendo como o intérprete deve plicar a legislação ao caso concreto.

Ademais, o intérprete deve promover um diálogo com a realidade, a fim de prever as consequências da decisão. Neste sentido, é que o art. 21 e 22 do determina que negócios jurídicos anulados carecem de consignação expressa das consequências jurídicas e não só uma mera declaração de nulidade.

Noutro turno, os novos artigos da lei 4.657/42 – LINDB acrescidos pela lei 13.655/2018 revelam objetivo de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. É fato que as decisões judiciais são destinatárias da norma, assim como as advindas da atividade de controle e administrativa. Desse modo, as decisões judiciais deverão levar em conta as consequências reais advindas das prescrições emanadas pelo poder judiciário.

Por outro lado, as alterações na LINDB são parâmetros legislativos para compreensão dos limites entre os poderes, de modo a redefinir o conceito de democracia legislativa e constitucional (MAFFINI, 2018, p.251). Assim, os conceitos de soberania da lei e vontade da maioria precisam ser relidos à luz da lei de introdução às normas do direito brasileiro, que é uma norma sobredireito, determinando como o intérprete deve aplicar a lei, tudo isso segundo os limites das competências constitucionais. As decisões judiciais ao interpretar a lei não podem fugir desse arcabouço jurídico, pois é pressuposto de toda decisão judicial que parta de normas válidas.

O art. 29 da LINDB incorpora o moderno conceito de democracia, ao exigir a participação do cidadão que deve ser ouvido por meio de consulta pública para manifestação dos seus interesses, sendo plenamente aplicável às decisões do poder judiciário, uma vez que a lei é expressa em determinar a consulta pública por todos os poderes, inclusive o texto legal prevê uma preferência que esta consulta se dê por meio eletrônico.

As alterações providas pela lei 13.655/2018 tem relevância para o ordenamento jurídico, sendo relevante as diretrizes de promover maior segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito. Neste sentido, cotejando a tese de repercussão geral do tema nº 698 do STF que prevê a regra da intervenção judicial para efetivação de políticas públicas, porém tempera tal intervenção com um diálogo entre o judiciário e executivo, no que tange a apontar finalidades que a administração pública deve alcançar.

3. O CUSTO DOS DIREITOS: Austeridade seletiva

A visão de mundo neoliberal infiltrou-se no Estado brasileiro, promovendo uma política de austeridade seletiva. Seletiva na medida em que para os que estão mais sujeitos às crises cíclicas advindas pelo capitalismo são os que mais sofrem com as políticas de austeridade, já os que estão no topo da cadeia econômica são os que tem maior lucro.

Trata-se de uma experiência econômica que não mantém “as condições de temperatura e pressão”, todos devem apertar os cintos, porém as calças de alguns são mais largas e as de outros mais apertadas. Desse modo, quando se pensa em uma austeridade que é seletiva, não se trata de questões econômicas ou contábeis, mas de uma política de distribuição ineficaz (Ribeiro, 2019, p. 110).

Não obstante, é fato que para que os direitos sociais sejam implementados há um custo. Assim, quando se trata de direitos sociais é preciso sair de floreios retóricos e colocar na mesa os direitos que estão sendo sopesados, pois resta claro que os direitos fundamentais só podem ser implementados pelo poder judiciário se for levado em conta as consequências orçamentárias, cabendo ao juiz prestar conta sobre as decisões que afetem a esfera orçamentária, bem como manter sua independência para concretizar direitos protegidos pelo Texto Constitucional (Holmes; Sunstein, 2019, p. 77).

A Constituição Federal brasileira de 1988 prescreve diversos direitos sociais que, diante da limitação do orçamentária, não podem ser implementados em curto ou médio prazo. É o que a dogmática cunhou como a reserva do possível, isto é, o arcabouço do orçamento-programa plasmado nas três principais leis orçamentárias: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais (Art. 165, CF/88). Na orbita federal tais leis são de iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 85, XXIII e art. 165 da CF/88).

O orçamento-programa exemplifica os limites de atuação de cada poder, não havendo crise institucional quando o poder judiciário observa os limites impostos pela constituição (art. 2º, CF/88). Não obstante, diante de decisões judiciais que afastem o argumento da reserva orçamentária (art. 167, II) determinando a realização de despesas a serem efetuadas por meio do recurso que tiveram seu uso já desenhado pelo Poder Legislativo, de modo que só podem ser efetuados por meio da abertura dos créditos suplementares, que devem ser autorizados pelo Poder Legislativo, de modo a sanar eventual irregularidade no orçamento.

Desse modo, a implementação de políticas públicas deve considerar as disposições das leis orçamentárias, o limite de recursos alocados e as normas de responsabilidade que o gestor está submetido. Sobre este último aspecto, o gestor público está por um lado obrigado a cumprir as decisões judiciais sob pena de crime de responsabilidade, mas está submetido as disposições do orçamento programa que se descumpridos podem gerar penalidades relacionadas a improbidade administrativa.

Neste diapasão, as decisões judiciais individuais que concedem a tutela de direitos fundamentais sociais representam gastos excessivos que devem ser realizados em curto prazo, sem observar o sistema jurídico, como por exemplo a previsão constitucional (art. 37, XXI, da CF/88) que determina que os gastos públicos devem ser efetuados por meio do procedimento da licitação pública.

Neste sentido, há um desarranjo no sistema ante a inspirações imediatas, de modo a prover a ideia de um judiciário milagroso que pode criar despesas sem atenção aos limites constitucionais orçamentários.

Desse modo, é que a terceira parte da tese de repercussão geral do tema número 698 do STF prevê que no que tange aos serviços de saúde, havendo ações civis coletivas que pleiteiem a tutela jurisdicional para determinação de realização de concursos públicos, em caso de déficit de profissionais, tanto o concurso público pode ser uma medida para suprimir a deficiência dos

profissionais de saúde, quanto o remanejamento de recursos humanos e também a contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Nesse ponto, é curioso como o espaço jurídico dar forma e segurança para práticas neoliberais de fragmentação do Estado, de modo que o estado passa a ser composto por várias partes, como organizações da sociedade civil que irão gestar atividades que são tradicionalmente de competência do poder público por meio de seus agentes que integram a administração pela via do concurso público ou cargo eletivo.

Pelo exposto, o poder judiciário tem o dever constitucional de corrigir ilegalidades impetradas pelos que tem competência de fazer as políticas públicas para implementação de direitos fundamentais sociais. Entretanto, não todos os poderes conferidos ao Legislativo, Executivo e Judiciário são plasmados pelo Texto Constitucional. E de igual modo, não é aceitável, para os padrões de justiça hodiernos, que decisões judiciais acabem beneficiando particulares em detrimento da coletividade.

Pelo exposto, a constituição orçamentária parece desenhar claramente os limites de atuação de cada poder, mas também há uma clara conformação do Estado brasileiro à ordem neoliberal estabelecida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática deste trabalho centra-se nos limites da decisão judicial em cotejamento com a tese de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal – STF no tema nº 698, deixando claro que a tese em estudo tem validade para ações coletivas, porém tem clara influência nas decisões judiciais individuais atinentes a matéria estudada.

Pelo exposto, evidenciou-se que o poder judiciário não pode deixar de julgar, mas por outro lado deve ater-se aos limites dispostos na constituição orçamentária, no que tange a implementação de políticas públicas.

Os parâmetros abordados relativos à teoria da decisão judicial revelam que na tradicional teoria pura do direito há uma moldura para atuação juiz, de modo que dela seja possível extrair diversas normas jurídicas em potência, porém só a norma de fato proferida pelo poder judiciário terá eficácia, as outras simplesmente não ocorrem no mundo jurídico.

Os parâmetros dessa moldura judicial não podem caminhar para o cerceamento do direito de pedir aos órgãos públicos a implementação de direitos subjetivos, uma vez que o poder judiciário não pode deixar de julgar alegando lacunas, nem pode decidir sem base em norma vigente. Assim, a tese do tema 698 do STF avança por estabelecer a regra da intervenção do poder judiciário para implementação de políticas públicas, como também tempera tais decisões aos aspectos relativos à eficiência da administração.

Porém, no tocante aos gastos públicos parece haver uma clareza herdada pelo constituinte originário determinado os limites de atuação de cada poder, inclusive, desde que haja recurso, com a possibilidade da criação de créditos suplementares autorizadas pelo Poder Legislativo para implementar gastos determinados pelo poder judiciário.

O presente artigo não esgota a matéria, pois além da teoria da decisão judicial e dos aspectos orçamentários previstos na legislação, bem como a tese em estudo, faz-se necessário avançar pesquisas sobre a ótica neoliberal que adentra sobre o Estado democrático de direito, havendo uma conformação das decisões judiciais a um mercado que exige da administração pública uma seletiva austeridade sobre seus administrados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas. Rio de Janeiro: Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Escola da Magistratura Regional Federal, 2019.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de; ADEODATO, João Maurício. Uma Hermenêutica Retórica, em direção ao controle público da linguagem. Revista AJURES, ano 26, n. 75. Porto Alegre: AJURES, 2023. p. 13-29.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy in: Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes; Lopes, Aziz Tuffi Salia; Sette, Mônica(org). Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2018.

BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Planalto, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL, Lei Complementar 187 de 2021. Brasília, DF: Planalto, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp187.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 684.612. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 03/07/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359836904&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 45. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. Decreto – lei nº 4.667. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em 11 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em 11 jan. 2024.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 12 ed., Atlas, 2023

HIRSCH, Joachim. Teoria materialista do Estado: processos de transformação do sistema capitalista de Estado. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HOLMES, S; SUSTEIN C. O custo dos direitos: por que a Liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009.

LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da Decisão Judicial paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MAFFINI, Rafael, and Juliano Heinen. "Análise Acerca Da Aplicação Da Lei De Introdução às Normas Do Direito Brasileiro (na Redação Dada Pela Lei 13.655/2018) No Que Concerne à Interpretação De Normas De Direito Público: Operações Interpretativas E Princípios Gerais De Direito Administrativo." *Revista De Direito Administrativo* 277.3 (2018): 247. Web.

PESSOA, Robertônio Santos. Constituição e Vinculação Política: Jurisdição Constitucional e Direitos Sociais em Tempos de Crise. In: Araújo Neto, Raul Lopes de; Costa, Sebastião Patrício Mendes da (org). *Direito, Democracia e Mudanças Institucionais: Homenagem ao prof. Manfredi Mendes Cerqueira*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 127-142

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Desigualdade e tributação na Era da austeridade seletiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROCHA, Márcio Oliveira; MEDEIROS, Gláucio Guimarães. A NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO: UMA CRÍTICA RACIONAL SOBRE A DENSIFICAÇÃO DOS VALORES DE UMA DECISÃO. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife* - ISSN: 2448-2307, v.92, n.2, p.136-155 Dez. 2020. ISSN 2448-2307. <Disponível m:<https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/248420>>

Acesso em 20 jan. 2024.

SAVARIS, José Antônio. Uma teoria da decisão judicial da Previdência social: contributo para superação da prática utilitarista. 2010. Tese (Doutorado com área de concentração em direito da seguridade social) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25082011-161508/pt-br.php>. Acesso em 11 jan. 2024.

STRECK, Lenio. Luiz Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Valle, Vanice. Tema 698: o STF “lacrou” o controle de políticas públicas? Revista Consultor Jurídico, 20 de julho de 2023. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-jul-20/interesse-publico-stf-lacrou-controle-politicas-publicas-julgar-tema-698/>> Acesso em 18 de janeiro de 2024.