
O “ATIVISMO JUDICIAL” NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

JUDICIAL ACTIVISM IN THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES

Carolina Scherer Bicca

*Procuradora Federal, no exercício do cargo de Procuradora-Chefe do Instituto de
Pesquisa Econômica Aplicada-IPEA.*

Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 As Bases do “Ativismo Judicial”; 2 Conceitos Modernos de “Ativismo Judicial”; 3 Nosso Conceito de “Ativismo Judicial”; 4 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente artigo visa analisar quando ocorre “ativismo judicial” no controle das políticas públicas. Para tanto, desenvolveremos um estudo sobre o “ativismo judicial”, adentrando na história do “ativismo” na busca pelo conceito em si do termo, o que nos permitirá elaborar nossa própria definição de “ativismo” voltada ao controle judicial das políticas públicas, o que será efetuado mediante a análise do esquema de Robert Alexy sobre as margens de discricionariedade conferidas ao legislador pela Constituição, a serem observadas pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Controle das Políticas Públicas. Poder Judiciário. Discricionariedade do Legislador. Robert Alexy.

ABSTRACT: The present essay aims to analyse when occurs “judicial activism” in the control of the public policies. To this end, we will develop a study on “judicial activism”, by deepening into the history of “activism” in order to seek for the conceptualization of the term, which will allow us to elaborate our own definition of “activism” directed to the judicial control of public policies, which will be made by analyzing the layout of Robert Alexy on the margins of discretion conferred on the legislature by the Constitution, to be observed by the judiciary power.

KEYWORDS: Judicial Activism. Control of Public Policies. Judiciary Power. Discretion of the Lawgivers. Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva delinear quando o “ativismo judicial” ocorre no âmbito do controle judicial das políticas públicas.

Referido assunto é de suma importância, pois com a instituição de um Estado Democrático Social em nosso país, a partir da Constituição Federal de 1988, a implementação dos direitos sociais previstos na Carta passou a ser fundamental para o sucesso de referido modelo de Estado, sendo que referidos direitos são concretizados mediante a adoção de políticas públicas, as quais são adotadas, predominantemente, pelos Poderes Executivo e Legislativo, podendo o controle do Poder Judiciário sobre essas políticas revelar-se, eventualmente, em uma afronta ao princípio da separação de poderes instituído em nosso ordenamento jurídico, princípio este que se afastou daquele modelo rígido de divisão

de poderes consolidado originariamente por Montesquieu¹, mas que não deve ser totalmente esvaziado, pois, afinal, vivemos em um regime democrático.

A fim de resolvermos o problema proposto no presente ensaio, buscaremos a origem da expressão “ativismo judicial” a fim de entendermos de forma adequada tal fenômeno e não cairmos naquelas armadilhas linguísticas, utilizando-se de uma determinada expressão sem a preocupação com a delimitação de seus contornos, o que, com o tempo, tornará a expressão inútil, em face de sua superabundância, o que seria maléfico, uma vez que o debate em torno do “ativismo judicial” se revela muito importante e necessário para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Além da referida digressão histórica, traremos novos conceitos de “ativismo judicial” para, posteriormente, adotarmos o nosso próprio conceito de “ativismo”, atrelado ao controle judicial das políticas públicas, em face do enfoque do presente artigo.

Para tanto, recorreremos à teoria de Robert Alexy sobre as margens de discricionariedade do legislador, delineadas pela Constituição, a serem observadas pelo Poder Judiciário, sob pena de se configurar uma afronta a opção do poder constituinte por uma democracia representativa e pela separação de poderes, o que configura, de acordo com nosso conceito, uma espécie de “ativismo judicial”.

É com este propósito, pois, que desenvolveremos a análise do tema em questão.

1 AS BASES DO “ATIVISMO JUDICIAL”

O “ativismo judicial” é uma daquelas expressões sem definição certa, como tantas outras existentes no meio jurídico, como, por exemplo, a “dignidade da pessoa humana”, mas que, apesar disso, é amplamente empregada nas mais diversas searas, seja no meio acadêmico, na política, na mídia e pela própria população, sem se saber ao certo do que se trata.

A imprecisão de tal expressão não é exclusividade do Brasil, sendo constatada, inclusive, nos Estados Unidos, onde o termo foi criado.

1 “No contexto de democracia atual, nota-se a organização dos Estados cada vez mais complexa, ultrapassando os limites conceituais da tripartição de poderes de Montesquieu. A tradicional cláusula dos “poderes independentes e harmônicos” passa a não mais ter ênfase no adjetivo “independentes”, o que ressaltaria o órgão, mas sim em “harmônicos”, o que sobressai a função.” Canotilho, J. J. Gomes (coordenador); Correia, Érica Paula Barcha (coordenador); Piovesan, Flávia; Sarlet, Ingo Wolfgang; Correia, Marcus Orione Gonçalves (coordenador); Tothenburg, Walter Claudius; Rosa, João Luiz Moraes; Federighi, Thaís de Figueiredo; Pereira, Ana Paula Magenis; Tourinho, Camila Galvão, *Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187.

Em tal país, o enfoque da discussão é variado, podendo centrar-se na nulidade da legislação liberal por juízes conservadores, na mudança brusca dos princípios do *common law*, bem como na modificação de políticas públicas².

Apesar da ampla discussão sobre o tema, o foco do assunto raramente se concentra na questão básica sobre o que constitui o “ativismo judicial” em si.³

O que se constata, na verdade, é que muitas das discussões sobre “ativismo judicial” possuem, na verdade, um fundo ideológico, sendo o “ativismo” equiparado, muitas vezes, com política liberal, em contraposição ao conservadorismo.

Por essa razão Lindquist e Cross defendem que se tornou lugar comum para aqueles que buscam o caminho político e para pessoas de todas as ideologias transformarem o “ativismo judicial” no alvo de todos os ataques demagógicos.⁴

Referidos autores encaram o “ativismo judicial”, isso sim, como um termo carregado, repleto de múltiplos significados e conotações politizadas, sendo que uma decisão é considerada “ativista” de acordo com os olhos de quem a enxerga.⁵

Cabe referir, todavia, que se a expressão é comumente utilizada em tom pejorativo, identificando-a com algo negativo e danoso para a sociedade, sendo que poucos juízes assumem ser “ativistas”⁶, não há, necessariamente, um sentido negativo na expressão, sendo o “ativismo”, muitas vezes, elogiado, em razão da promoção pelo Judiciário da adaptação do direito em face das novas exigências sociais e das novas pautas axiológicas, contrapondo-se ao “passivismo”.⁷

De acordo com Graig Green, a falta de precisão acerca do conceito de “ativismo” se deve, em parte, pela própria maneira como que foi criado, tendo aparecido pela primeira vez em um artigo de Arthur Schlesinger, publicado para a revista *Fortune*, em 1947, junto a comerciais de whisky e Aqua Velva, ocasião em que Schlesinger dividiu os Ministros da Suprema Corte americana em “ativistas” e em “campeões da auto-contenção”, enquadrando os juízes “ativistas” como aqueles mais inclinados a utilizar o poder judicial em nome de sua própria noção de bem social, enquanto

2 BRADLEY C. Canon. *Defining the Dimensions of Judicial Activism*. *Judicature*, 66.6, 1983, p. 237-238.

3 BRADLEY, op. cit. p. 237-237.

4 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. Oxford: University Press, 2009, p. 12.

5 LINDQUIST; CROSS, op. cit. p.1.

6 BRADLEY, op. cit. p. 240.

7 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. Parâmetros Dogmáticos. Saraiva: 2010 p. 110.

os “campeões da auto-contenção” como aqueles mais focados em garantir um processo legítimo preservando as legislações, sem ter Schlesinger, contudo, explicado o que se entendia como “ativismo” e se tal fenômeno era bom ou mal, e, ainda, o que aqueles Ministros fizeram para receber o título de “ativistas” ou “heróis da auto-contenção”, sendo o foco de Schlesinger, na verdade, sempre pessoal, em razão de divergências acadêmicas com aqueles Ministros.

Conforme o autor supracitado, a par desses equívocos, o uso do termo espalhou-se rapidamente nos mais altos níveis de debate, o que foi fomentado pelo fato de Schlesinger ter obtido um Prêmio Pulitzer. Sustenta, ainda, que outro fator que reforçou a atenção sobre a terminologia de Schlesinger ocorreu 7 (sete) anos depois, em 1954, quando a Corte derrubou a segregação racial em *Brown v. Board of Education*⁸, sendo que, desde então, o ativismo da Corte Federal americana em promover questões sociais tem sido, constantemente, uma preocupação dominante.⁹

As críticas ao Poder Judiciário, no entanto, são muito mais antigas, sendo certo que as bases da ideia do “ativismo judicial” existiam, historicamente, há muito mais tempo.

Um caso bastante polêmico é o caso Dred Scott que, segundo Green, representa hoje o pior caso imaginável de “ativismo judicial”, talvez o único com o qual todos concordem, sendo um desastre nacional, sem competidor na história judicial.¹⁰

Dred Scott foi um escravo afro-americano que fracassou em obter sua liberdade no caso decidido pela Corte em 1857. A Corte decidiu que nenhum descendente de escravo africano poderia ser considerado cidadão americano e, portanto, Scott não poderia ter ajuizado uma ação em um tribunal federal já que as regras de cidadania não o permitiam, tendo sido a reação pública e política imediata e avassaladora.¹¹

Não indo muito longe, na virada do século vinte, cobranças de tomadas de decisões políticas inapropriadas foram niveladas pelas

8 Crianças negras eram proibidas de serem admitidas em escolas públicas frequentadas por crianças brancas de acordo com leis permitindo a segregação de acordo com as raças. As escolas brancas e negras ofertavam igualdade em termos de prédios, currículo, qualificação e salário dos professores. Foi decidido que, apesar da igualdade das escolas em fatores objetivos, questões intangíveis promovem e mantêm a desigualdade. Segregação racial na educação pública tem um efeito danoso sobre as crianças em minoria porque isto é interpretado como um sinal de inferioridade. Separados mas iguais é inerentemente desigual no contexto da educação pública. A opinião unânime emitida foi pela destruição de todas as formas de separação racial mantidas pelo Estado. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1952/1952_1> Acesso em: 31 maio 2011.

9 GREEN Craig, *An Intellectual History of Judicial Activism*. Emory Law Journal, v. 58, 2009, p. 1201-1208.

10 GREEN Craig, op. cit. p. 1214.

11 GREEN Craig, op. cit. p. 1213.

decisões conservadoras da Suprema Corte americana, invalidando regulamentações econômicas, especialmente em 1905, no famoso caso *Lochner v. New York*, em que o Judiciário derrogou uma lei de New York que limitava o número de horas que os padeiros poderiam trabalhar.

Em tal era, a Corte, através de suas decisões como a adotada no caso *Lochner*, permitiu a realização de ampla escala de negócios, a operarem com poucos limites regulatórios, tendo se estabelecido o palco para as invalidações da legislação do *New Deal*, sendo referido caso frequentemente apresentado como um exemplo de “ativismo judicial”, no sentido de recusa da Corte em permitir a legislação sobre assuntos de regulação econômica.¹²

Apesar das críticas ao Poder Judiciário, efetuadas antes da publicação do artigo de Schelinger, não utilizarem a expressão “ativismo judicial”, elas claramente invocaram-no, em princípio, para criticar a Corte.

Porém, após o surgimento do termo, nos primeiros tempos, a expressão “ativismo judicial” teve uma conotação positiva, muito mais voltada ao “ativismo” dos direitos civis do que a autoridade mal utilizada pelos juízes.

De acordo com Lindquist e Cross, de fato, a decisão do caso *Brown v. Board of Education* pôs fim a segregação racial na educação, sendo que outras decisões da corte de Warren promoveram uma visão expansiva dos direitos sociais e políticos.¹³

Com efeito, ressaltam referidos autores que, assim como nos discursos acadêmicos e nos debates populares, a Corte de Warren tornou-se o retrato do “ativismo judicial”, sendo que referida associação foi esclarecida em um dicionário de política de 1992, que define “ativismo judicial” como a prática de alguns juízes da Suprema Corte de não considerar precedentes judiciais estabelecidos ou até mesmo princípios do direito, de modo a proteger e aumentar direitos individuais de acordo com as condições sociais, econômicas e políticas.¹⁴

Ocorre que essa postura de expansão dos direitos pelo Judiciário foi e continua sendo alvo de duras críticas, principalmente por políticos, sob o argumento de que os juízes estariam promovendo a sua visão pessoal de justiça social.¹⁵

12 LINDQUIST; CROSS, op. cit. p.2.

13 Ibid. p.2-3.

14 Ibid. p.3.

15 Ibid. p.4.

Richard Nixon prometeu em sua campanha que iria indicar Ministros para a Suprema Corte que não leriam suas próprias preferências em face de cláusulas ambíguas da Constituição.¹⁶

Como Nixon, Ronald Reagan começou seu governo sobre uma plataforma que incluía uma forte oposição ao “ativismo judicial”, proclamando que ele somente indicaria Ministros que entendessem o perigo de processos que privassem o povo de seus direitos civis ou eleitorais.¹⁷

Confirmando suas promessas de campanha, quando das nomeações para o judiciário federal, durante seu primeiro mandato como Presidente, Bush declarou que cada um de seus nomeados seriam pessoas que claramente compreendem o papel do juiz na interpretação da lei e que não legislam de suas tribunas.¹⁸

Conforme visto, não há um tratamento uniforme sobre o que se entende por “ativismo judicial”, o que fez com que alguns autores, entre eles Bradley C. Canon, buscassem dimensões específicas associadas ao ativismo.¹⁹

Canon propôs uma estrutura geral do conceito, identificando e elaborando seis diferentes dimensões sobre “ativismo judicial”, quais sejam:

- (1) Majoritarianismo – o grau pelo qual políticas adotadas através de processos democráticos são judicialmente negadas.
- (2) Estabilidade Interpretativa – o grau pelo qual recentes decisões das Cortes, doutrinas ou interpretações são alteradas.
- (3) Fidelidade interpretativa – o grau pelo qual provisões constitucionais são interpretadas contrariamente à clara intenção dos seus elaboradores ou à clara implicação da linguagem usada.
- (4) Distinção do Processo Substantivo/Democrático – o grau pelo qual decisões judiciais fazem políticas substantivas mais do que afetam a preservação do processo político democrático.

16 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. p.5-6.

17 Ibid. p.6-7.

18 Ibid. p. 17-18.

19 BRADLEY, op. cit. p. 237-247.

- (5) Especificidade da Política – o grau pelo qual uma decisão judicial estabelece a política ela mesma em oposição à discricção permitida de outras agências ou indivíduos.
- (6) Avaliação de um Produtor de Política Alternativo – o grau pelo qual uma decisão judicial ultrapassa sérias considerações do mesmo problema por outras agências governamentais.²⁰

De acordo com esse retrospecto sobre os períodos considerados “ativistas” nos Estados Unidos, em que se constatou a grande variedade de críticas voltadas a atuação do Poder Judiciário, e após analisar algumas das dimensões associadas ao “ativismo”, fica muito difícil, praticamente impossível, chegar-se a um consenso sobre um único significado da famosa expressão “ativismo judicial”, mesmo no contexto norte-americano onde a expressão foi criada.

O que se pode afirmar é que o “ativismo” é identificado com posturas mais arrojadas da Corte, sendo, entretanto, um fenômeno multidirecional, podendo ser apontado tanto por conservadores quanto por liberais, sendo utilizado, geralmente, por aqueles que não concordam com o sentido de determinada decisão, motivo pelo qual acabam por adjetivá-la como “ativista” mais como uma forma de ataque a determinado comportamento judicial.

Essa conceituação ampla de “ativismo judicial” encontrada nos Estados Unidos deve-se, em parte, ao sistema de direito por eles adotado (o *common law*), o qual considera os precedentes jurisprudenciais fonte de direito, o que dificulta a clara diferenciação entre as funções dos Poderes, principalmente entre as funções de julgar e de legislar.²¹

2 CONCEITOS MODERNOS DE “ATIVISMO JUDICIAL”

Na tentativa de conferir um novo conceito ao “ativismo judicial”, Graig Green, após refutar as interpretações mais modernas sobre o “ativismo” e partindo da premissa de que muitas decisões judiciais não são supervisionadas por outros órgãos governamentais, propõe que “o ativismo judicial deveria ser definido como o abuso do poder não supervisionado que é exercido fora dos limites do papel judicial”.²²

²⁰ BRADLEY, op. cit. p. 239.

²¹ RAMOS, op. cit. p. 107.

²² GREEN Craig, op. cit. p. 1222.

Na doutrina brasileira, Elival da Silva Ramos apresenta um conceito amplo de ativismo judicial, mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, informado pelo princípio da separação dos poderes, qual seja:

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).²³

De acordo com o autor supracitado, o ativismo é claramente negativo, “por importar na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.”

O problema de tais definições é que elas trazem à tona a discussão sobre a própria redefinição do papel do Poder Judiciário, questão esta tão ou mais intrincada quanto a definição de “ativismo judicial” em si, mas não se atém, em geral, para a causa disso e se essa “hiperatividade” é permitida ou até mesmo exigida por nosso sistema jurídico.

Atualmente, há uma preocupação em relação ao novo papel que o Poder Judiciário vem assumindo no Brasil, com a superlativização de suas funções, principalmente quando se depara com decisões como, por exemplo, a adotada, recentemente, durante sessão extraordinária da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em que foi negado provimento ao Recurso Extraordinário nº 368564, interposto pela União contra autorização do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para realização de tratamento em Havana, Cuba, a um grupo de pessoas portadoras de uma doença rara (retinose pigmentar), que leva à perda progressiva da visão, em que pese a existência de um laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) afirmando não existir tratamento específico para a doença dentro ou fora do Brasil. No presente caso, mesmo não havendo cura para a doença em questão, o que acarreta um custo inócuo ao erário público e a impossibilidade de utilização dos recursos no tratamento de outras pessoas, cuja probabilidade de cura é real, decidiu a Suprema Corte, ainda assim, autorizar aquele tratamento, a fim de não frustrar a esperança dos requerentes.

Essa nova face do Judiciário pode ser atribuída em grande escala pela modificação do direito e pela instituição de um Estado Democrático Social em nosso país.

²³ RAMOS, Elival da Silva. *op. cit.* p. 129.

De acordo com Lenio Streck o novo texto constitucional rompeu com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), em face do seu caráter dirigente e compromissório, e publicizou espaços até então reservados aos interesses privados. Para o autor, atualmente, o direito não é mais ordenador e nem promovedor, mas sim transformador da realidade, o que aumenta o foco de tensão sobre a jurisdição constitucional, que é a garantidora dos direitos fundamentais-sociais e, ao mesmo tempo, da democracia em nosso Estado Democrático de Direito.²⁴

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, tanto a divisão de poderes quanto a neutralização do Poder Judiciário sofreram grandes transformações em nosso século, especialmente nos últimos cinquenta anos, sendo que:

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.

Com isso, ressalta o autor, a posição do juiz restou alterada, sendo ele corresponsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social.²⁵

Assim, como o juiz é convidado e, até mesmo, obrigado pela Constituição a tomar decisões políticas, não pode ser acusado de “ativista” ao adotar decisões dessa natureza.

No Brasil, como se pôde perceber, geralmente se associa o “ativismo judicial” com a invasão do Judiciário nas competências dos demais Poderes, principalmente na função legislativa, porém, não se delimita claramente quando esse tipo de invasão ocorre, até pela própria confusão das competências institucionais dos Poderes após a

24 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-16.

25 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>>, Acesso em: 05 ago. 2010, p. 19.

implementação do Estado Democrático Social, em que todos os Poderes são corresponsáveis pela sua concretização.

Isso não autoriza, todavia, que o juiz decida livremente e adentre nas competências de outros poderes, pois, afinal, vivemos em um regime democrático, motivo pelo qual devemos, ao menos, buscar definir alguns limites à prestação jurisdicional, que, ao serem desrespeitados, passarão a caracterizar uma decisão como “ativista”.

Para tanto, partiremos do esquema de Robert Alexy acerca do espaço de discricionariedade que deve ser reconhecido ao legislador, cujo desrespeito pelo Judiciário, a nosso ver, configura um tipo de “ativismo judicial” de conotação negativa e, portanto, a ser condenado.

3 NOSSO CONCEITO DE “ATIVISMO JUDICIAL”

O esquema de Alexy sobre as margens de discricionariedade do legislador²⁶ decorre da adoção pelo autor do modelo de Constituição material-procedimental, hipótese em que a sua teoria dos princípios²⁷ é capaz de estabelecer uma moldura ao legislador sem lhe retirar toda e qualquer discricionariedade.

De acordo com Alexy, a Constituição representa uma moldura, cujas bordas são delimitadas por aquilo que ela própria define como permitido e proibido, sendo que o interior da moldura pode ser preenchido pelo legislador, consistindo esse espaço a sua discricionariedade, sendo que, em o legislador não ultrapassando tais limites, sua opção deve ser respeitada pelo Judiciário.²⁸

Quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado, configura-se uma discricionariedade epistêmica, podendo ela ser causada pela insegurança das premissas empíricas ou normativas.²⁹ Nessas circunstâncias, também cabe ao juiz aderir à ponderação levada a cabo pelo legislador, pois essa margem de liberdade do legislador fica imune de críticas pelo Judiciário, tendo em vista os princípios formais da democracia representativa e da separação dos poderes.³⁰

26 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, POSFÁCIO. Passim.

27 Para Alexy os direitos fundamentais têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização.

28 ALEXY, op. cit. POSFÁCIO.

29 ALEXY, op. cit. p. 612.

30 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183-184.

Assim, de acordo com Alexy, pode-se dizer que se o juiz não respeita o espaço de interpretação das normas constitucionais conferido ao legislador, está havendo “ativismo”.

Gonet Branco, ao delimitar o conceito de “ativismo”, utilizou-se desse mesmo marco teórico, entendendo que na hipótese de o legislador agir no interior das bordas dessa margem de discricionariedade interpretativa não deve o magistrado desconsiderar as opções efetuadas por ele, “por força da separação de poderes e das exigências da democracia representativa”.³¹

A teoria de Alexy, embora focada basicamente nos direitos fundamentais individuais, também pode ser utilizada em relação aos direitos sociais, que são aqueles que demandam uma prestação material por parte do Estado.

Referidos direitos são implementados através da adoção de políticas públicas, sendo elas resultantes de um conjunto de processos – eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, administrativo – “visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”³², processos estes que culminam, muitas vezes, na edição de uma norma, cuja principal função é conformar e tornar exequível o direito social instituído pela Constituição.

Ocorre que a Constituição não trata com exaustão dos delineamentos de tais direitos, mas apenas institucionaliza-os, sem definir um prazo para a sua implementação, e estabelece algumas diretrizes a serem observadas pelo legislador.

Conforme Krell:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação”. Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da constituição. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios

31 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. Texto não publicado. Apresentado para discussão no Grupo de Estudos Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais em andamento no Instituto Brasileiro de Direito Público– IDP, no ano de 2011, p.15.

32 BUCCI, Maria Paula Dallari. (organizadora) *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

de efetivação desses direitos cabe principalmente aos governos e parlamentos.³³

A partir disso, poderão ocorrer duas situações: a) o legislador se omite na conformação da política, fazendo com que ela permaneça inexecutável; e b) o legislador, ao conformar o direito social, através da adoção de políticas públicas, restringe o direito.

Em relação à primeira hipótese, a força normativa atribuída à Constituição obriga o legislador a adotar as medidas necessárias para a concretização do direito dentro de um prazo razoável, de modo que, em se extrapolando excessivamente o tempo transcorrido, sua omissão será inconstitucional.

No tocante à segunda situação, qual seja, quando o legislador restringe o direito ao proceder na conformação da política, necessário que se esclareça ser possível e, em alguns casos, até mesmo, necessária a restrição de direitos, principalmente de direitos sociais, em face da existência de fatores condicionantes.

Para Canotilho tais direitos têm a sua proteção condicionada a uma série de fatores, designados por pressupostos de direitos fundamentais, entre eles “capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa”.³⁴

Nessa hipótese, deverão ser observadas a adequação e a necessidade da restrição imposta pelo legislador, de maneira que em elas sendo desarrazoadas, também se configurará um comportamento inconstitucional pelo legislador.

Em ambos os casos, ou seja, em o legislador se omitindo ou impondo restrições inadequadas, a intervenção do juiz estará legitimada.

Parece ter sido este o espírito adotado pelo Supremo Tribunal Federal na seguinte decisão:

Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal

33 KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 22.

34 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 431.

Federal, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas, nas quais observa violação à Constituição.³⁵

Nesse sentido, Rogério Gesta Leal aduz que se estará diante de uma situação que autorize o controle jurisdicional das políticas públicas “quando o Legislativo ou Executivo agirem de modo desarrazoado ou procederem com a clara intenção de neutralizar ou comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais”.³⁶

Assim, a aplicação do esquema de Alexy sobre a discricionariedade do legislador se demonstra pertinente no campo das políticas públicas quando da análise de eventual omissão do legislador na conformação da política e da adequação e da razoabilidade de eventual restrição imposta pelo mesmo ao direito social, levando-se em conta os meios utilizados e os fins a serem alcançados pela norma.

Para tanto, necessário, em primeiro lugar, que se verifique a moldura constitucional aplicável ao direito social em discussão, de modo que em a restrição efetuada pelo legislador a tal direito situando-se naquele espaço a ele reservado, que é o interior da moldura, não se pode afirmar que a política adotada seja inadequada ou desproporcional.

Por outro lado, pode ser que a moldura constitucional não seja de clara definição, não se sabendo ao certo o espaço de liberdade concedido ao legislador, hipótese em que sua decisão deverá ser respeitada, pois configurado está um caso de discricionariedade epistêmica, devendo preponderar, como visto, o princípio formal da competência do legislador, em detrimento do princípio material do direito fundamental.

Ao adotarmos essa linha, o “ativismo judicial” estará configurado no âmbito das políticas públicas quando o juiz adentra na política, anulando a legislação que a regulamenta e “fazendo a própria política”, ainda que o legislador não tenha se omitido e tenha observado o espaço permitido pela Constituição, com a adoção de critérios razoáveis na conformação da política pública.

Assim, devemos averiguar se:

- a) a norma constitucional atinente ao direito social em questão permite alguma margem de discricção ao legislador;

35 MS 26.915/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes.

36 SARLET, Ingo Wolfgang (organizador) *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. V. I, Tomo I, Anuário 2004/2005 Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Porto Alegre: Livraria do Advogado, ed. 2006, p. 160.

- b) o legislador se omitiu; e
- c) a regulamentação da política pública é razoável, ou seja, o legislador não extrapolou a moldura constitucional e não aniquilou com o direito fundamental objeto de regulamentação.

Se a primeira resposta for positiva, a segunda negativa e a última positiva, caso o juiz tenha desconsiderado a decisão do legislador, substituindo-a pela sua decisão, pautando-se na adoção dos seus próprios critérios, o “ativismo judicial” estará configurado.

Nessa linha, podemos citar como exemplo de “ativismo judicial” no controle das políticas públicas o comportamento judicial adotado em relação ao Benefício de Prestação Continuada – BPC, previsto no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal de 1988.

Através do supracitado dispositivo constitucional foi instituída:

A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Ao mesmo tempo em que o poder constituinte criou o benefício a ser pago ao idoso e ao deficiente, delegou a sua conformação ao legislador, tendo sido concedida a ele certa discricionariedade.

O legislador, no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, estipulou um critério de renda familiar no valor de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para fins de concessão de referido Benefício. Ao proceder desta forma, acabou por restringir o direito social em questão, o que é permitido, conforme acima mencionado.

Da leitura dos dispositivos constitucionais que permeiam a concretização de referido benefício, entretanto, não se pode afirmar que o legislador transbordou os limites da moldura constitucional a que está adstrito, pois estipulou um critério de miserabilidade, levando em conta o salário mínimo, tendo respeitado a garantia de um “mínimo existencial” e, ao mesmo tempo, cumpriu com o dever de observância da seletividade e da distributividade na concessão do benefício, conforme determina o inciso III do parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal de 1988. A constitucionalidade de referido benefício fora, inclusive, atestada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.231– DF.

Assim, ainda que o direito social tenha sido restringido e, com isso, alguns cidadãos não tenham sido contemplados com o benefício em questão, não pode o magistrado, sob o pretexto de que se devem adotar outros critérios de miserabilidade que, a seu ver, são mais adequados, alterar a política pública adotada, adentrando no espaço reservado ao legislador, quando foram respeitadas as margens de discricionariedade a que ele estava adstrito pela Constituição.

Não é o que tem sido observado, entretanto, na maioria das instâncias judiciárias brasileiras, pois grande parte dos magistrados ignora o critério de renda de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, estipulado pelo legislador, determinando a concessão de referido benefício com base em outros critérios, aferidos pelo juiz de acordo com o caso concreto.³⁷

4 CONCLUSÃO

Apesar de não existir uma definição certa sobre “ativismo judicial”, sendo ela multidirecional, a expressão é muito utilizada, principalmente por aqueles que pretendem, de alguma forma, criticar o comportamento do Poder Judiciário, por discordar de certas posições adotadas em determinadas decisões judiciais.

Esse uso indiscriminado do termo, todavia, deve ser controlado, pois essa superabrangência acaba por enfraquecer a discussão sobre o “ativismo judicial”, sendo ela fundamental para o debate acerca da consolidação de uma democracia ideal.

Geralmente, o “ativismo” é identificado com posturas mais arrojadadas do Judiciário, mas a discussão deve ser atrelada às causas desses comportamentos e se tais condutas encontram respaldo na Constituição Federal.

Atendo-se ao nosso caso, aqui no Brasil, percebe-se que a Constituição Federal atribuiu ao Poder Judiciário um novo papel, com a instituição de um Estado Democrático Social, quando referido Poder passou a ser corresponsável pela implementação dos direitos sociais, tendo ele deixado de ser neutro e passado a ser responsável pelo sucesso das finalidades sociais e políticas de referido Estado, motivo pelo qual, não podem os juízes ser taxados de “ativistas” quando adotam decisões com este viés.

37 STJ: Recurso Especial nº 397.943 – SP (2001/0192662-1); AgRg no Recurso Especial nº 529.928 – SP (2003/0072902-0), EDcl no AgRg no Recurso Especial n. 824.817 – SP (DJ 11/12/2006), no AgRg no REsp 688.089 – SP (DJ 21/03/2005), no Resp 536451 – SP (DJU 23/08/2004), nos Edcl no Resp 308711 – SP (DJU 03/05/2004) e no Resp 434417/RS (DJU 24/03/2003); STF: Rcl 4.164/RS, Rcl nº 3.805/SP, Rcl 4.280/RS, Reclamação 4374 MC/PE; TRF4: Apelação Cível nº 2003.72.00.001108-0/SC, etc.

Por outro lado, em respeito a igual opção do poder constituinte por uma democracia representativa e pela separação de poderes, não podem os magistrados agir ilimitadamente. Como tais limites não foram previstos expressamente e de forma clara na Constituição, devemos recorrer a outros instrumentos, sendo a doutrina um deles.

Assim, a teoria de Robert Alexy sobre as margens de discricionariedade do legislador pode ser utilizada como um limite à atuação do Poder Judiciário, limite este que, ao ser ultrapassado, configura um tipo de “ativismo judicial” a ser evitado.

Aplicando-se referida teoria no controle judicial das políticas públicas, o “ativismo” ocorre, conforme anteriormente afirmado, quando o juiz adentra na política, anulando a legislação que a regulamenta para “fazer a própria política”, mesmo quando não tenha havido omissão por parte do legislador e o mesmo tenha observado o espaço permitido pela Constituição, com a adoção de critérios razoáveis na conformação da política pública.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRADLEY, C. Canon. *Defining the Dimensions of Judicial Activism*. Judicature, 66.6, 1983.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. Texto apresentado para discussão no Grupo de Estudos Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais – IDP, no ano de 2011.

_____, Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. (organizadora). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes (coordenador); CORREIA, Érica Paula Barcha (coordenador); PIOVESAN, Flávia; SARLET, Ingo Wolfgang; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (coordenador); TOTHEBURG, Walter Claudius;

ROSA, João Luiz Moraes; FEDERIGHI, Thaís de Figueiredo; PEREIRA, Ana Paula Magenis; TOURINHO, Camila Galvão. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. Emory Law Journal v. 58, 2009.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. Oxford: University Press, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. Saraiva: 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (organizador) *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. v. I, Tomo I, Anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.