

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E OS LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS AND LIMITS TO JUDICIAL ACTIVISM IN THE CONTEXT OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Filipe Cortelletti¹

Silvana Hirsch²

Resumo: O ativismo judicial se fortaleceu e tornou-se uma linha de atuação defendida por muitos membros do Poder Judiciário. É notório que o advento da Constituição Federal de 1988 bem como a constitucionalização das relações sociais e do Direito influenciaram este fortalecimento. Além disso, a omissão da Administração Pública em efetivar direitos protegidos constitucionalmente impulsiona a disseminação dessa linha ativista de atuação judicial, que encontra na jurisdição constitucional seu espaço ideal de crescimento. É função do Poder Judiciário, em geral, proteger a Constituição Federal bem como resguardar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Apesar de possuir respaldo legal e legitimidade democrática para atuar nessa linha ativista, o Judiciário e seus membros possuem suas decisões limitadas pelo ordenamento jurídico vigente visando impedir a caracterização de uma hegemonia judicial. Este artigo, desta forma, visa discorrer sobre a atuação do Poder Judiciário face à omissão dos poderes Legislativo e Executivo, muitas vezes verificada na sociedade brasileira moderna. Tal atuação defendida por alguns autores e criticada por outros passou a ser mais frequente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, dando maior ênfase à presença do Ativismo Judicial no Brasil. Tal fenômeno que, de certa forma, é uma vertente da Judicialização da Política, consiste em uma maior atividade do Poder Judiciário em questões políticas sociais a fim de garantir, principalmente o acesso aos direitos fundamentais a uma parcela mais carente da população.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Judicialização; Jurisdição Constitucional; Constitucionalização.

Abstract: The judicial activism has strengthened and became a line of action advocated by many members of the judiciary. It is clear that the advent of the Federal Constitution of 1988 and the constitutionalization of social relations and the Law influenced this strengthening. In addition, the omission of Public Administration in effect constitutionally protected rights drives the spread of this activist line of judicial action, which is in its constitutional jurisdiction ideal space for growth. The role of the judiciary, in general, protect the Constitution and protects the fundamental principles of the democratic rule of law. Despite having legal support and democratic legitimacy to act in this activist line, the judiciary and its members have their decisions limited by the current legislation in order to prevent the characterization of a judicial hegemony. This article, therefore, aims to discuss the role of the judiciary due to the omission of the legislative and executive often seen in modern Brazilian society. Such action advocated by some authors and criticized by others became more frequent after the promulgation of the Constitution of 1988, placing greater emphasis on Judicial Activism presence in Brazil. Such a phenomenon that, in a way, is a branch of Legalization Policy, consists of a higher activity of the judiciary in social policy issues in order to ensure, particularly access to fundamental rights to the poorer part of the population.

Keywords: Judicial Activism – Judicialization - Constitutional Jurisdiction - Constitutionalisation - Omissions of Public Administration.

¹ Graduando do 8º semestre, do curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA, Porto Alegre - RS. E-mail: filipe.cortelletti@gmail.com

² Graduanda do 9º semestre do curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA, Porto Alegre – RS, Bacharel em Fisioterapia, pelo Centro Universitário Metodista – IPA, Especialização em Fisioterapia Dermatofuncional, pela Faculdade CBES e Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci – Porto Alegre, E-mail: silhirsch@gmail.com

1 Introdução

O presente estudo visa abordar a relação do ativismo judicial com o exercício da jurisdição constitucional e as deficiências do Poder Executivo e Legislativo. Isso posto, o advento da Constituição Federal de 1988 aliado à constitucionalização das relações sociais e do Direito influenciaram, de maneira notória, a ampliação da linha ativista de atuação judicial. Além disso, a crescente inobservância da Lei Fundamental da República por parte da Administração Pública é um dos principais fatores do aumento de demandas judiciais que acabam por obrigar o Poder Judiciário e seus órgãos a entregar uma postura ativista com vistas a sanar os efeitos decorrentes da inércia governamental bem como efetivar preceitos fundamentais expressos na Constituição.

Dessa maneira, em consonância ao exposto por Luís Roberto Barroso (2009), o "ativismo judicial" caracteriza-se por ser um "antibiótico poderoso", cujo uso deve ser eventual e controlado visto que a atuação do julgador está vinculada não a sua própria vontade política, mas sim à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico a fim de impedir a configuração da chamada hegemonia judicial.

Diante da notória importância do tema abordado, este estudo visa explorar a conceituação de ativismo judicial, evidenciando que a jurisdição constitucional é o espaço ideal de disseminação da linha ativista; demonstrar como as deficiências do Poder Executivo influenciam e impulsionam o ativismo judicial; bem como quais os eventuais limites que se impõem reconhecer ao ativismo judicial.

2 Ativismo Judicial: conceituação e panorama histórico

A pluralidade conceitual marca a noção de "ativismo judicial", isto é, a conceituação depende da visão valorativa que o intérprete tem a respeito do tema. Isto posto, a despeito do eventual viés positivo ou negativo que cada autor emprega, a ideia de ativismo judicial, segundo Luís Roberto Barroso (2009), está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas, notadamente, é uma das características principais do ativismo judicial.

Dimilis e Lunardi, 2011, referem que o termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo publicado na revista *Fortune*. Todavia, alegam que não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo - para definir como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes - e outros um critério qualitativo - de forma minimalista ou maximalista - na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho.

Por outro lado, o oposto do ativismo é a autocontenção judicial (BARROSO, 2009), conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes seja evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa seja não interferindo na definição de políticas públicas. Na realização de um breve panorama histórico percebe-se que o ativismo judicial não é um tema tão recente no cenário jurídico brasileiro, visto que Pontes de Miranda (1960, *apud* BOCCATO, 2015), por meio de seus comentários à Constituição de 1946, afirmava que o Poder Judiciário quando obrigasse os demais poderes a respeitar decisões que lhes invadissem a competência, concorreria para a desordem e o desprestígio dos princípios constitucionais, claramente salientando o viés negativo desse fenômeno.

Antigamente, tinha-se a ideia de que o Judiciário não passava de um departamento especializado, responsável pela aplicação das leis e solução dos conflitos existentes na sociedade. No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ativismo judicial ganhou força, uma vez que a implementação progressiva dos direitos fundamentais retrata alguns dos fatores que promoveram o avanço bastante significativo da atividade jurisdicional.

O ativismo judicial vem gerando debates e polêmicas há muitas décadas. No ano de 1921, Edouard Lambert já mencionou o perigo que poderia ser ocasionado por uma atuação judicial que extrapolasse os limites de sua tradicional função. Mas foi no ano de 1947, que o termo ativismo judicial foi utilizado por Arthur Schlesinger Junior ao analisar atos praticados por juízes da Suprema Corte norte-americana. Pode-se citar, como exemplo de atitudes ativistas naquele país, a jurisprudência progressista que envolveu negros e pôs fim à doutrina do *Separated But Equal* e também ao caso que reconheceu o direito do aborto. O ativismo praticado pela Suprema Corte norte-americana constitui na afirmação de direitos que não estavam constitucionalmente consagrados de forma expressa (FARIAS, 2014).

Lênio Streck afirma que o Ativismo Judicial é baseado no neoconstitucionalismo e que a expressão “Ativismo Judicial” vem sendo utilizado no Brasil de forma equivocada, uma vez

que não se pode considerar que o ativismo sempre foi considerado algo positivo. Para autores que corroboram com a ideia de Streck, não se pode confundir o ativismo judicial com o amplo acesso à justiça, posto que aquele pode gerar certa ameaça a um direito com a intromissão do Judiciário na esfera Legislativa e Executiva. Por fim, salientam que o Ativismo Judicial deve ser usado com cautela, em que pese não seja considerado uma afronta ao Estado Democrático de Direito, pois se trata de um dever-poder em que o Magistrado busca solucionar um conflito e combater desigualdades (STRECK, 2011).

É com o advento da Constituição Federal de 1988, no entanto, que o ativismo judicial se fortalece como linha de atuação do Judiciário em detrimento da autocontenção. Em decorrência desse fortalecimento, os críticos da postura ativista, em grande parte, destacam como aspectos negativos tanto a possível ausência de legitimidade democrática do Judiciário como a eventual hegemonia judicial que se instalaria levando, em casos extremos, a um governo de juízes (FERREIRA FILHO, 2009). Entretanto, com notória segurança, os adeptos dessa linha de atuação judicial tiram o fundamento que ampara suas decisões das normas constitucionais (regras e princípios) visando uma sólida legitimação democrática.

É possível observar no texto constitucional a existência de um conjunto de ações tendentes a garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Sendo assim, verifica-se que não só o fenômeno da constitucionalização favorece o crescimento do ativismo judicial, mas também o pleno exercício da jurisdição constitucional é o espaço ideal para a disseminação da postura ativista. É justamente a relação entre jurisdição constitucional e ativismo judicial que será abordada no tópico a seguir.

3 Jurisdição Constitucional e Ativismo Judicial

O constitucionalismo moderno (BUCCI, 2014), ou contemporâneo, elevou as constituições do patamar de meras intenções políticas para o campo jurídico, conferindo a necessidade de submissão de todos, inclusive do Estado, às suas prescrições. Isso posto, após a afirmação do constitucionalismo, verifica-se o surgimento da constitucionalização das relações sociais (BARROSO, 2013), ou seja, a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Tal irradiação se dá por via da jurisdição constitucional, exercida por meio do sistema misto, na medida em que a atividade abrange a aplicação direta da Lei Fundamental a determinadas questões, a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis

e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral (BARROSO, 2013).

Em decorrência da utilização do sistema misto (difuso e concentrado) no Brasil, todos interpretam a Constituição, do juiz estadual aos ministros do Supremo Tribunal Federal, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou ato normativo inconstitucional (BARROSO, 2013). Sendo assim, verifica-se uma postura ativista, sobretudo, quando a jurisdição constitucional é provocada para proferir decisão atinente a direitos sociais e no controle de políticas públicas. Ora, é papel do Poder Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal não só proteger a Constituição, mas também resguardar os valores democráticos e arbitrar conflitos entre os Poderes ou entre estes e a sociedade civil de maneira que decisões proferidas nesse sentido, ou seja, em conformidade às funções do Judiciário possuem respaldo na Carta Federal e, portanto, legitimidade democrática (BARROSO, 2013). Exemplificando, seja quando um juiz estadual concede mediante decisão judicial o custeio de medicamentos e terapias seja um Ministro do Supremo Tribunal Federal que considera a educação infantil insuscetível de inadimplementos por parte do Poder Executivo, ambos não estão atuando de modo ativista por pura e simples vontade política, mas sim em conformidade à Lei Fundamental da República que expressamente afirma que a saúde² e educação³ é direito de todos e dever do Estado.

Há aqueles que considerem a postura ativista uma interpretação das leis e apreensão dos valores legais e constitucionais para solução juridicamente fundamentada dos casos concretos, onde sobressai-se uma visão progressista evolutiva e até “reformadora”, ou seja, o juiz não é um mero “boca da lei” (procedimentalista), mas sim um “juiz fazedor”, tentando efetivar o princípio constitucional, indo além do que a lei estabelece. A vertente de autores que criticam o ativismo judicial exacerbado refere que é excessiva a presença judicial nas relações sociais, além de haver uma afronta à separação dos poderes preconizada por Montesquieu. Ressalto que há uma crítica política embasada no fato de que representantes do judiciário, não eleitos pelo povo, acabam impugnando ferozmente a produção legislativa, além de praticarem o ativismo nas decisões prolatadas (FERNANDES, 2010, p. 265).

O ativismo judicial envolve a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional, diante de omissão ou violação por

² O art. 196 da Constituição Federal afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas.

³ O art. 205 da Constituição Federal afirma que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Cabe salientar que o inciso I do art. 208 expõe que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade.

disciplina normativa pelo legislador ou ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais. Abrange a invalidação de atos normativos emanados do Poder Legislativo ou Administrativo de constitucionalidade discutível, ou seja, com adoção de critérios menos rígidos do que aqueles onde inexistente patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais (MOURA, 2014).

No entanto, outra vertente defende que o ativismo seria considerado uma arbitrariedade judicial, na forma de discricionariedade em sentido forte ou totalmente desvinculada. Autores defendem, ainda, que a judicialização da política, faceta do ativismo judicial, é um problema atinente à relação entre o Poder Judiciário e os demais poderes do Estado, o que se agravou a partir da maior abertura das normas e da sua aplicação.

Entende-se, porém, que é dever do Judiciário apreciar a demanda judicial e fornecer tutela efetiva, mesmo que seja necessário adentrar no ativismo judicial; isto porque, muitas vezes, é indispensável tal atuação face a omissão ou inércia do legislador. Afinal, a constitucionalização das relações sociais e do próprio Direito é um fenômeno que significa muito mais que a simples irradiação dos valores constitucionais. Não obstante, desse fenômeno decorre uma concepção fundamental: a centralização da Constituição no ordenamento jurídico (BARROSO, 2013). A noção de centralização, que não contraria a clássica ideia de superioridade hierárquica, está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Assim sendo, o disposto na Carta Federal acaba por vincular o Poder Executivo e Legislativo, por exemplo, impondo determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais bem como o Poder Judiciário que se condiciona a interpretar todas as normas do sistema jurídico conforme a Constituição. Além disso, no contexto após a promulgação da Constituição Federal de 1988 evidencia-se a ascensão institucional do Poder Judiciário visto que juízes e Tribunais passaram a desempenhar um papel ativo e decisivo nos conflitos sociopolíticos (BARROSO, 2013).

Isso posto, a jurisdição constitucional, muitas vezes, é provocada para proferir decisão em casos envolvendo a omissão ou negligência do Poder Executivo com direitos fundamentais expressos na Lei Fundamental, abrindo espaço para uma atuação ativista do Poder Judiciário. É justamente essa relação entre as deficiências do Poder Executivo e o ativismo judicial que será abordada a seguir.

4 As deficiências do poder executivo e o ativismo judicial

Os Poderes constituídos no Estado brasileiro são o Executivo, Legislativo e o Judiciário em consonância ao princípio da separação dos poderes, expresso no art. 2º da Constituição Federal. Dessa forma, ao Executivo cabe a administração pública e a execução de políticas públicas que, no entanto, claramente devem estar em conformidade ao disposto no Texto Constitucional de maneira que é limitada a discricionariedade e imposto deveres de atuação. Além disso, em virtude da já citada constitucionalização do Direito, evidencia-se a possibilidade de controle judicial finalístico (ou de validade) do mérito administrativo e a aferição sobre sua compatibilidade com a Lei Fundamental. Nesse sentido, a incompatibilidade de atos da Administração Pública com o disposto na Constituição Federal é o que gera o maior número de ações questionando a maneira de atuar do Executivo bem como provoca o exercício da jurisdição constitucional na figura dos membros do Poder Judiciário (juízes, desembargadores ou ministros), que acabam se posicionando de uma maneira considerada ativista. Em outras palavras, é a deficiência do Poder Executivo em atuar conforme a Constituição um dos principais fatores de impulsão do ativismo judicial (FARIAS, 2014).

É visível em nosso país, o crescente papel do STF atuando em questões políticas e sociais. Isto se dá, pois, a população clama pela solução de demandas, não bastando uma simples declaração legislativa, uma vez que se busca uma resposta eficaz, ou seja, uma norma que possua eficácia e seja aplicada. Desta forma, o Judiciário tem cada vez papel mais importante na sociedade, para agir quando há omissão dos demais poderes.

Nesse contexto da judicialização e do ativismo judicial, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais sociais, destacam-se aspectos de suma importância ao direito constitucional: a “reserva do possível”, a proteção de direitos fundamentais e a observância do princípio da proporcionalidade, pois pode haver uma zona de conforto entre a legitimidade jurisdicional, legislativa e executiva. No Brasil, é justamente a crise de legitimidade que atravessa o Legislativo e o Executivo, que, muitas vezes, obriga o Judiciário a sanar o vácuo deixado por ambos (FARIAS, 2014).

Quando há um conflito de direitos fundamentais carregados de interesses políticos e econômicos, esta questão do ativismo judicial se mostra delicada e crítica, uma vez que não se mostra suficiente a invocação de princípios jurídicos, sendo necessária, inclusive, a justificação da competência decisória e a análise das consequências negativas da intervenção judicial em substituição ao legislador ou administrador. É neste contexto que surge o argumento da “reserva

do possível”, quando se exige a verificação e consideração dos limites fáticos e pragmáticos para a efetivação da decisão judicial (FAZIO, 2014).

Não obstante, é objeto de ações judiciais, sobretudo, a tutela referente a direitos sociais (direitos fundamentais de segunda dimensão⁴) que se encontram expressos no art. 6º da Carta Federal, sendo eles: o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e o direito dos desamparados à assistência. A causa dessa notória preponderância evidencia-se na medida em que os direitos sociais são exemplos de direitos a prestação material (MENDES, 2012), isto é, resultam da concepção social do Estado e dependem de uma ação positiva, sobretudo, por parte do Poder Executivo para realizá-los de forma efetiva. Ora, é exatamente essa negligência da Administração Pública em efetivar e cumprir o disposto no Texto Constitucional que acaba por obrigar o cidadão a provocar o exercício da jurisdição constitucional.

Dessa forma, é inegável que a atuação ativista de parte do Poder Judiciário não se fundamenta na simples e pura vontade política, mas sim no disposto na Constituição Federal e em conformidade com o princípio do Estado Democrático de Direito, sendo plenamente concebível, em tese, que o ativismo judicial seja uma postura necessária no atual cenário de deficiências do Poder Executivo. Isso posto, sendo dever do Estado, em particular do Poder Executivo, a efetivação dos chamados direitos sociais, cabe ao Poder Judiciário exercer a defesa da Constituição por meio da jurisdição constitucional, por óbvio, quando for provocado.

No entanto, a problemática que se verifica atualmente é a ampla deficiência do Poder Executivo em efetivar o disposto na Lei Fundamental, sendo a principal causa dessa inobservância condutas omissivas e negligentes por parte do Estado. Exemplificando, o direito social a educação, que é recorrente objeto de casos julgados no âmbito seja da Justiça Comum seja nos Tribunais Superiores, representa prerrogativa constitucional deferida a todos, sendo notória a imposição de um dever de prestação positiva ao Poder Público. Não é raro, no entanto, que o Estado falhe na efetivação desse direito mediante condutas omissivas e, por conseguinte, desrespeite a Constituição.

Um outro exemplo de ativismo judicial no Brasil diz respeito à jurisprudência em que o SFT disciplinou o direito de greve do funcionalismo público. No caso, o STF apontou a omissão do Poder Legislativo sobre o assunto e, ainda, requereu que o Congresso Nacional editasse legislação sobre o tema, a fim de garantir a segurança jurídica.

⁴ Os direitos econômicos, sociais e culturais, conhecidos por representarem a segunda dimensão dos direitos fundamentais, caracterizam-se pela sua dimensão positiva, isto é, outorgam aos indivíduos direitos a prestações estatais, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 52).

Outra presença forte do ativismo judicial se dá quando o STF determina que o Poder Executivo, na instância do Ministério da Saúde, providencie a compra de medicamentos de alto custo para fornecer a pessoas com doenças graves. Nestes casos, os órgãos estatais argumentam que a condenação judicial do Estado ao fornecimento dos referidos medicamentos afeta a economia da Administração Pública; enquanto que o STF rebate alegando que julga cada caso sem prejudicar as finanças públicas, mas sim visando garantir o direito do cidadão à saúde (BORGES, 2014).

É notória, no decorrer dos anos, a expansão do papel do STF, atuando na análise e arbitragem de conflitos políticos. Nota-se que esta atuação ao passo que muitas políticas públicas passaram a ser alteradas pela ADIN's (Ação Direta de Inconstitucionalidade), ADF's (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), Mandado de Injunção e de Ação Civil Pública; mecanismos, estes, que têm produzido efeitos no controle de condutas omissivas e comissivas da administração pública (FARIAS, 2014).

Além disso, de acordo com o Ministro Celso de Mello (STF, 2016), em caso julgado a respeito de falta de vaga em creche municipal, é papel da jurisdição constitucional efetivar, quando provocada, os direitos econômicos, sociais e culturais visto que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa motivada por inaceitável inércia governamental. Dessa forma, o Ministro deu provimento ao recurso e restabeleceu a sentença proferida pelo magistrado estadual de primeira instância, condenando o Poder Executivo (representado na figura do Município) a fornecer o atendimento em creche municipal, em conformidade ao exposto na Constituição Federal⁵.

Os direitos sociais, em especial a educação, portanto, são mandamentos constitucionais juridicamente vinculantes e sua eficácia não pode ser comprometida por motivos de simples conveniência ou oportunidade. Portanto, a existência do ativismo judicial está estritamente ligada às deficiências do Poder Executivo que comprometem a plena efetivação das normas constitucionais bem como exigem do exercício da jurisdição constitucional decisões que visem à manutenção da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito.

⁵ O inciso IV, que possui redação determinada pela Emenda Constitucional n. 53 de 19-12-2006, do artigo 208 da Carta Federal explicita que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

5 Limites ao ativismo judicial?

O Poder Judiciário possui autolimitação, a qual se dá pela utilização de critérios de limitação. Desta forma, a necessidade de fundamentar, justificar e legitimar sua competência para tomar decisões baseadas em princípios seria a primeira indispensável autolimitação que se impõe ao Poder Judiciário.

Em contrapartida, diante do argumento de que o Legislativo seria ineficaz na defesa dos direitos da sociedade, tornam-se necessárias decisões que ficam a cargo do STF. Assim, o Judiciário participa de forma mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, onde o Magistrado adota uma postura que se contrapõe à lentidão ou omissão do Poder Executivo e Legislativo. Esta postura dá ensejo ao surgimento de jurisprudências, que criam outras decisões futuras, sem considerar a coerência do direito e os limites da segurança jurídica (BORGES, 2014).

Considera-se um juiz como ativista quando ele utiliza seu poder para contestar decisões de outros poderes do Estado, realiza promoção de políticas públicas, por meio de suas decisões e extrapola os limites dos princípios de coerência do Direito e da segurança jurídica.

Existem posições contrárias e favoráveis ao ativismo judicial. A teoria procedimentalista defende que a sociedade não tem o direito de exigir do Poder Judiciário que lhe garanta direitos constitucionais, uma vez que este poder não teria legitimidade democrática contra atos do legislativo ou executivo, e estaria ferindo politicamente o princípio da separação dos poderes.

Em contrapartida, a teoria substancialista defende que o Judiciário deve intervir quando direitos do cidadão não estejam assegurados, afirmando que o ativismo judicial seria um instrumento de promoção da cidadania.

Mas o que se observa, de fato no Brasil, é que a existência dos direitos sociais levou uma parcela da população, principalmente os mais fragilizados, a ver no Judiciário um local de afirmação de seus direitos, isto é, o Judiciário passou a agir no sentido de determinar ao Poder Legislativo e Executivo a realização de políticas públicas.

Entretanto, a interrogação que se oferece é a seguinte: quais os limites e desafios que se impõem à intervenção coativa do Poder Judiciário frente ao descumprimento, pelos Poderes Executivo e Legislativo, das tarefas essenciais de proteção aos direitos sociais, seja pela ação seja pela omissão? Normalmente, como já destacado, uma análise dessa ordem perpassa pelo

tema da discricionariedade administrativa e legislativa que, para muitos, limita a esfera de ingerência do Judiciário.

Ainda hoje, há uma forte corrente jurisprudencial no Brasil que não admite a possibilidade de ser obtida, junto ao Judiciário, a condenação da Administração Pública em obrigações de fazer, consistentes na adoção de medidas positivas de proteção do meio ambiente, tudo com base na impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo (pautado pelo binômio “oportunidade e conveniência”), salvo se este ofender ao princípio da legalidade. Do contrário, estar-se-ia permitindo ao Judiciário atuar como administrador, ferindo de morte o princípio da separação dos poderes. Assim, o controle judicial dos atos administrativos estaria adstrito ao exame das prescrições legais, expressamente determinadas, “[...] quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma” (FAGUNDES, 1984, p. 129).

No tocante especificamente à esfera de competência do Poder Executivo, não há falar em ingerência indevida do Poder Judiciário, ou mesmo ofensa ao princípio da separação dos Poderes, quando, diante de uma flagrante omissão ou desvio de sua tarefa-fim (jus fundamental) de proteção dos direitos sociais, impõe à Administração Pública o cumprimento de obrigações de fazer que objetivem corrigir a proteção estatal insuficiente. Afinal não está o Judiciário, quando assim age, criando uma norma inexistente ou uma determinada política pública, penetrando no mérito administrativo e nas esferas da conveniência ou da oportunidade. Definitivamente não. Está, sim, impondo o cumprimento de uma obrigação pública objetiva implícita ou expressamente prevista na Constituição ou na legislação infraconstitucional. Uma forma de melhor compreender essa questão passa por uma adequada compreensão do significado de discricionariedade administrativa.

Na clássica lição de Karl Engisch (1996), a discricionariedade administrativa provém do Direito e consiste em uma margem de liberdade que tem o administrador na escolha de uma dentre duas ou mais alternativas⁶. Deve-se ter claro, portanto, que a discricionariedade administrativa está condicionada pela finalidade jurídico-constitucional do ato a ser praticado pela Administração, daí que o controle que se permite ao Judiciário realizar nesta seara é o controle finalístico da discricionariedade administrativa, podendo ser impostas à Administração, caso verificado o desvio de finalidade (na ação ou na omissão das políticas

⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 219-220.

públicas adotadas), obrigações de fazer ou de não-fazer, sem caracterizar com isso ofensa à separação dos poderes.

Ao comentar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ingo Sarlet (2012) constata a aderência da Corte constitucional pátria ao entendimento de que o princípio da separação dos poderes não acarreta uma visão estanque ou compartimentada dos poderes estatais, mas sim implica o reconhecimento de um sistema complexo e dinâmico de “freios e contrapesos”, no qual as funções de cada poder estatal se caracterizam por serem funções preponderantes, mas não exclusivas.

O mesmo ocorre com relação ao Poder Legislativo. Omissões legislativas ou mesmo legislações que se desviem da tarefa estatal de proteção dos direitos sociais, notadamente quando reduzem ou flexibilizam a proteção já consolidada no plano normativo, também são passíveis de controle finalístico pelo Poder Judiciário. Como bem destacam Sarlet e Fensterseifer (2013), tanto a discricionariedade administrativa quanto a liberdade de conformação legislativa - assim como a própria atividade jurisdicional - encontram-se sujeitas sempre a um controle com base nos princípios e regras constitucionais.

O papel do Poder Judiciário, nesse particular, assume um viés corretivo. Disso resulta a possibilidade de reconhecer, via controle finalístico realizado pelo Poder Judiciário, a prática de condutas inconstitucionais (por ação ou por omissão), decorrentes da não adoção de medidas protetivas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Vale a pena reproduzir, nesse particular, a lição de Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 49-50):

[...] a ação estatal acaba por se situar no âmbito do que se convencionou designar de uma dupla face (ou dupla dimensão) do princípio da proporcionalidade, entre proibição de excesso de intervenção, por um lado, e a proibição de insuficiência de proteção, por outro. Posto de outra forma, se por um lado, o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, também é certo que o Estado, por força dos deveres de proteção aos quais está vinculado, também não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente na promoção e proteção de tal direito, sob pena de sua atuação (no primeiro caso) ou omissão ou mesmo ação insuficiente (no segundo caso) implicar violação da ordem jurídico-constitucional.

Mas não podem ser olvidados certos limites que se impõem à atuação do Poder Judiciário nesse âmbito. Dois em especial são destacados por Luis Roberto Barroso. O primeiro relaciona-se com a questão da *capacidade institucional*, ou seja, sobre qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Para Barroso (2012), certos temas exigem conhecimento técnico e científico de grande complexidade, não sendo o juiz o árbitro mais indicado ou qualificado, justamente por lhe faltar o conhecimento específico que

o caso exige. Isso implica que o controle finalístico exercido pelo Judiciário se restrinja ao âmbito de verificação da lesão à ordem jurídico-constitucional, evitando adentrar no campo de definição de políticas públicas a serem adotadas, priorizando que a elaboração concreta dessas políticas seja realizada pelos Poderes Legislativo e Executivo, “[...] cedendo passos para juízos discricionários dotados de razoabilidade” (BARROSO, 2012, p. 30).

Porém, esse primeiro limite apontado por Barroso não pode ser tomado em absoluto. Concorde-se aqui com a posição defendida por Wilson Antônio Steinmetz e Bruno Gabriel Heinz (2013) ao afirmarem que, excepcionalmente, o Judiciário pode ver-se obrigado a impor a providência a ser adotada, notadamente quando a omissão ou proteção insuficiente por parte do Legislativo ou Executivo acarretar risco grave, atual ou iminente, ao destinatário do direito em questão. Em situações tais, entendemos, ao lado dos autores referidos, que o limite da capacidade institucional cede em face da urgência e da “[...] inexistência de alternativa eficaz para afastar a situação de vulnerabilidade” (STEINMETZ; HEINZ, 2013, p. 233).

O segundo limite referido por Barroso (2012) é o do risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis decorrentes da intervenção judicial no âmbito de políticas públicas. O limite em questão relaciona-se com a possibilidade de o Judiciário vir a adotar políticas públicas que se mostrem desastrosas no futuro, sobretudo pelo desconhecimento e até mesmo despreparo dos magistrados nesse campo. Porém, Barroso admite que na hipótese de afronta clara a normas constitucionais ou violação evidente de direitos fundamentais esse limite também deve ser flexibilizado.

Importante destacar que muitos autores entendem que o ativismo judicial está sendo aplicado de forma excessiva, uma vez que não caberia ao Judiciário “legislar”, mas, sim, apenas aplicar as Leis. Lênio Streck (2016, p. 724) destaca que a questão da judicialização da política está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Logo, quanto ampla a possibilidade de discussão de ações governamentais, maior será o grau de judicialização.

Além disso, verifica-se um posicionamento no sentido de questionar a legitimidade democrática do Poder Judiciário, uma vez que a judicialização e eventuais decisões judiciais acabariam funcionando como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, a participação popular e a política majoritária (FRANÇA, 2017). A imposição de limites ao ativismo judicial é determinante para preservar o regime democrático e o princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, visando evitar que juízes e tribunais se transformem em instância hegemônica é necessário que acatem as escolhas legítimas feitas pelo legislador e observar o campo discricionário da Administração Pública, sobretudo quando não estejam em discussão direitos fundamentais, não sendo cabível que a jurisdição constitucional, em geral, substitua a vontade popular e os canais de expressão da sociedade (FRANÇA, 2017).

Ademais, um ativismo judicial que expresse uma postura interpretativa expansiva das normas constitucionais, para além marco constitucional estabelecido, externando um juízo claramente axiológico baseado nas convicções particulares do julgador, é um problema a ser superado, aí sim residindo sérios riscos à legitimidade democrática e à separação dos poderes. A observância dos limites e a busca de superação dos desafios aqui pontuados legitimam o controle finalístico que o Judiciário deve exercer no âmbito das políticas públicas (executivas e legislativas) em matéria ambiental, e o consolidam como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.

6 Considerações finais

O ativismo judicial caracteriza-se por uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização de fins e valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, segundo conceito de Luís Roberto Barroso. Além disso, após o advento da Constituição Federal de 1988 verifica-se a constitucionalização das relações sociais e do Direito bem como a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tais fatores não só contribuíram para afirmar a linha ativista de atuação judicial, mas também para consolidar a jurisdição constitucional como o espaço ideal para a proliferação do ativismo judicial.

Não obstante, a dificuldade do Poder Executivo em cumprir o disposto na Lei Fundamental é uma das principais causas de impulsão dessa linha ativista de atuação judicial. É notório que a Administração Pública, por meio de suas omissões e negligências, compromete postulados básicos expressos na Carta Federal, tais como o direito à educação, à saúde, ao meio ambiente etc. Ora, é papel do Poder Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em especial, atuar em defesa da Constituição Federal de forma que através de suas decisões obrigue o Executivo a concretizar os direitos garantidos constitucionalmente. Isso posto, evidencia-se que essa linha de atuação judicial estará presente nos casos que algum dos Poderes descumprir ou contrariar o disposto no Texto Constitucional.

No entanto, o ativismo judicial é limitado seja pelo ordenamento jurídico seja pelas normas constitucionais visando impedir a hegemonia judicial e um eventual governo de juízes. Também encontra limites na exigência de uma adequada fundamentação que permita identificar que a intervenção judicial no campo das políticas públicas decorre de um controle finalístico, de validade, e não mero controle da discricionariedade administrativa. Ademais, uma postura ativista dos Magistrados deve levar em consideração a capacidade institucional para decidir sobre temas não afeitos à realidade e a experiência dos membros do Judiciário, bem como os efeitos sistêmicos das decisões que venham a ser tomadas.

Diante do exposto, com a observância dos limites acima expostos, para uma grande parcela de escritores, o ativismo judicial mostra-se eficiente não só como instrumento de defesa da ordem constitucional, mas também um mecanismo necessário para sanar os danos causados pela omissão da Administração Pública. Sempre, contudo, observando-se sua prática com cautela, a fim de não comprometer o Estado Democrático de Direito e a separação dos poderes, conquistas tão importantes adquiridas e vigentes até a atualidade.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 26 de maio de 2016.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/>. Acesso em 31 de maio de 2016.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOCCATO, ESDRAS. **As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 90/2015, p. 63-76, jan-mar. 2015.

BORGES, André Kenji Moreira. **Judicialização, Ativismo Judicial e Direitos Constitucionais no Brasil**. Dissertação. Brasília, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva. 21ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUCCI, Eduardo Sadalla. **A jurisdição constitucional e a contextualização do texto da Constituição Federal de 1988: mutação constitucional.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 87/2014, p. 213-238, abr-jun, 2014.

CANALEZ, Jorge Baptista Junior. **STF e o Direito Fundamental à Saúde: Judicialização, Ativismo e Bricolagem.** Dissertação. São Paulo: Estácio de Sá, 2012. Disponível em [HTTP://portal.estacio.br/media/4111713/jorge%20baptista%20canalez%20junior.pdf](http://portal.estacio.br/media/4111713/jorge%20baptista%20canalez%20junior.pdf)

CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo Judicial ou Inativismo Parlamentar?** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19047/ativismo-judicial-ou-inativismo-parlamentar>> Acesso em 26 de maio de 2016.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade** in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** São Paulo: Jus Podvim, 2011.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Trad. J. Baptista Machado. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. **O Ativismo Judicial e a Ingerência do Poder Judiciário na Escolha de Políticas Públicas.** Revista dos Tribunais, 2014.

FAZIO, Cesar Cirpiano de. **Panorama sobre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política no Direito Brasileiro.** Revista dos Tribunais, 2014.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo.** 2010. 313f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas). Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13175/1/Diss%20Ricardo.pdf>>

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos de Direito Constitucional contemporâneo.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA, Phillip Gil. **Estado, Separação dos Poderes e a Legitimidade Democrática do Juiz: uma leitura prática do controle judicial da discricionariedade administrativa.** Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 239-256, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional.** 6ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Judicialização, ativismo e direitos fundamentais: a garantia dos pressupostos essenciais ao processo democrático pelas cortes constitucionais.** Revista do Direito Público, Londrina, v.9, n.1, p. 227-244, jan/abr.2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e a efetividade de direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação de poderes – anotações ao AGRG no AGIN 708.667 do STF. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, jul. 2012.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; _____. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental, **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 58, p. 41-85, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio; HEIZ, Bruno Gabriel. A face prestacional do direito ao ambiente: políticas públicas e gestão ambiental. In: JOBIM, Marco Félix (Org.). **Inquietações jurídicas contemporâneas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas** – 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba – SC: UNOESC, v. 17, n. 3, p. 721-732, set/dez. 2016.

STF. **RE 956475/RJ**, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU de 12-05-2016.

Recebido em: 21 set. 2018

Aceito em: 14 dez. 2018