

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

4

Judicialization of politics and judicial activism

CAROLINA SCHERER BICCA

Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Procuradora Federal, pertencente à carreira vinculada à Advocacia-Geral da União, exercendo atualmente o cargo de Procuradora-Chefe do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea.

Recebido em: 02.03.2012
Aprovado em: 02.04.2012

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O presente artigo almeja demonstrar que a judicialização da política não deve ser considerada necessariamente sinônimo de ativismo judicial, pois ela é um fenômeno legítimo e amparado pela Constituição. Algumas decisões de natureza política, por sua vez, podem ser consideradas ativistas, de acordo com alguns critérios, entre eles: que não tenha havido omissão estatal; que eventual lesão a direito fundamental tenha decorrido da impossibilidade fática do Estado em garanti-lo; que os Poderes Executivo e Legislativo tenham atuado de forma razoável na implementação de um direito social, tendo adotado políticas públicas eficazes; bem como que o legislador tenha atuado dentro do livre espaço de conformação que lhe foi outorgado pela Constituição, com a observância da margem de discricionariedade a que estava adstrito.

ABSTRACT: This paper aims at demonstrating that the judicialization of politics should not necessarily be considered synonymous of judicial activism because it is a legitimate phenomenon and it is supported by the Constitution. Some decisions of political nature, in turn, can be considered activist according to some criteria including: the fact that there has been no default by the State, that an eventual injury to a fundamental right has elapsed from the factual impossibility of the State to grant it, that the executive and legislative branches have reasonably acted in implementing a social right, having adopted effective public policies, and that the legislator has acted within the free space of conformation that has been granted by the Constitution, with the observance of the discretion margin to which it was attached.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da política – Ativismo judicial – Limites de atuação do Poder Judiciário.

KEYWORDS: Judicialization – Judicial activism – Limits to the Judiciary Power Performance.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A judicialização da política – 3. O ativismo judicial – 4. A ocorrência de ativismo judicial no âmbito da judicialização da política – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A judicialização da política, entendida de forma sucinta como o controle pelo Poder Judiciário sobre a vontade do soberano,¹ atualmente, é um fato comum em países democráticos.

Muitas críticas, entretanto, ocorrem em relação à atuação política do Judiciário. O que pouco se tem ressaltado no meio jurídico, porém, é que a judicialização da política surgiu em razão de acontecimentos externos à alçada de referido Poder, não podendo ser relacionado com a pretensão direta do mesmo.

O surgimento do *Welfare State*,² a inserção de direitos sociais, com seu cunho genérico e indeterminado, no bojo das Constituições, bem como a instituição do controle de constitucionalidade das leis, especialmente do modelo de controle abstrato, cuja legitimidade, inclusive, restou ampliada pela Constituição Federal brasileira de 1988, dando azo à configuração do que Perter Häberle denominou de “sociedade aberta dos intérpretes”,³ são exemplos de acontecimentos que levaram à politização do Judiciário.⁴

1. VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47.
2. De acordo com Marcelo Medeiros, o *Welfare State* consiste em uma “mobilização em larga escala do aparelho de Estado em uma sociedade capitalista a fim de executar medidas orientadas diretamente ao bem-estar de sua população”. MEDEIROS, Marcelo. *A trajetória do Welfare State no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990*. Texto para discussão n. 852. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 8. Brasília, 2001. Disponível em: [www.ipea.gov.br/pub/td/td_2001/td_0852.pdf]. Acesso em: 20.10.2011.
3. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998. passim.
4. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social-Revista de Sociologia da USP*, vol. 19, n. 2, p. 39-41.

A partir desses fatos históricos, não se pode condenar o juiz por tomar decisões de cunho político, sendo que a judicialização da política, no caso brasileiro, encontra seu fundamento na própria Constituição da República.

A desatenção a este dado tem levado alguns, de forma equivocada, a confundir judicialização da política com ativismo judicial, considerando ambas as expressões como sinônimas, não havendo clareza quanto aos conceitos utilizados e diferenciação clara de ambos os fenômenos, tornando o debate público vazio e sem bases consistentes.

O problema a ser enfrentado no presente artigo, portanto, consiste em delimitar quando ocorre ativismo judicial no âmbito da judicialização da política, cuja conclusão dependerá da definição de ambos os conceitos, tarefa esta a ser realizada no decorrer do presente artigo.

Conforme acima aludido, a politização do Judiciário é um fato legítimo e permitido pela própria Constituição de alguns países, sendo os juízes convidados e até obrigados a adotarem decisões de cunho político.

Assim, podemos constatar de forma inicial que a tomada de decisões de cunho político pelos magistrados não configura, necessariamente, em ativismo judicial, o qual apenas ocorrerá quando os juízes ultrapassam determinados limites, sendo necessário, assim, identificá-los.

Logo, se faz imprescindível que se delimite até que ponto o Poder Judiciário pode adentrar em tal seara, definindo-se, no âmbito da judicialização da política, o seu espaço de atuação, de modo que, em o juiz o ultrapassando estará configurado o ativismo judicial.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização da política, comumente indicada como “a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas”,⁵ pode ser atribuído a fatores variados, os quais afastam a ideia de que o juiz ambiciona aumentar a sua força propositadamente em detrimento dos demais Poderes, não devendo, portanto, ser associada, necessariamente, a ativismo judicial.

De acordo com Werneck Vianna, Marcelo Baumann e Paula Martins, o fato de os juízes ocuparem, cada vez mais, lugares pertencentes às instituições responsáveis pela política e pela autorregulação societária, não decorre

5. XIMENES, Julia Maurmann. *O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

da ambição dos próprios juízes, mas sim de processos complexos e permanentes.⁶

Para os mesmos, tais processos decorrem das grandes alterações que afetaram as sociedades ocidentais, desde o segundo pós-guerra. Com efeito, a própria guerra iniciou o processo de punição de agentes estatais violadores de direitos humanos, dando ensejo a superposição de um direito de foro internacional sob o poder soberano nacional. Além disso, ocorreu, ainda, a explicitação de valores fundamentais no corpo das Constituições, a obrigarem o poder soberano, surgindo, com isso, a necessidade de um Judiciário capaz de exercer jurisdição sobre a legislação elaborada por aquele poder.⁷

Na sequência, os autores acima apontam como outro fator de impulsão da judicialização das políticas o surgimento do *Welfare State*, com seus objetivos de organizar o capitalismo e trazer harmonia entre as classes sociais, tendo contribuído em grande escala para a inserção do direito no centro da vida social. A partir de então, inverte-se a lógica da legislação, passando-se a regular o futuro a partir do tempo presente e não mais pelo tempo passado, como era feito quando a lei era orientada apenas em nome do princípio da certeza jurídica. Ademais, a legislação do *welfare* é aberta, indeterminada e programática, colocando o juiz na condição de um “legislador implícito”.⁸

Além disso, quando o Poder Judiciário já havia se inserido na sociedade e na política, a crise do *Welfare State*, nos anos 70, com o surgimento do neoliberalismo e a implantação de suas reformas, entre elas o enfraquecimento da implantação de direitos sociais pelo Estado e a retração do sindicalismo e de outras formas de associação, acarretou na sucessão de uma sociedade fragmentada entregue às leis do mercado, cujas ideologias e religião perderam sua força de coesão, fazendo com que “as expectativas de direitos deslizassem para o interior do Poder Judiciário”.⁹ Desde então, ressaltam os autores, o acesso à Justiça tornou-se em “política pública de primeira grandeza”.¹⁰

São apontados, ainda, como fatores propulsores da judicialização da política a aproximação do Judiciário com a população, mediante a criação de juiza-

6. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit., p. 39.

7. Idem, p. 39-40.

8. Idem, p. 40.

9. VIANNA, Luiz Werneck et al. Op. cit., p. 40.

10. Idem, ibidem.

dos de pequenas causas, a institucionalização da *class action*, a legislação dos direitos do consumidor, a invasão do direito no aspecto social, com a regulação dos setores mais vulneráveis, tornando-se o juiz o protagonista das questões sociais.¹¹

Há que se destacar, ainda, o exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, o que pode ser apontado como o grande responsável pela “nova arquitetura institucional”.¹²

Acresça-se a isso, a presença do direito no mundo do trabalho e a institucionalização da Justiça Eleitoral, tendo referido processo como ápice a Constituição de 1988, que:

“Afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente.”¹³

Ademais, a Carta de 1988 recriou o Ministério Público, consagrou o instituto das ações civis públicas e, primordialmente, “admitiu a sociedade civil organizada na comunidade dos intérpretes da Constituição”.¹⁴⁻¹⁵

Assim, concluem os supracitados autores que inúmeros fatores podem ser atribuídos à judicialização da política, sendo tal fenômeno um processo legítimo e comum nas democracias contemporâneas, mas que encontra “antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema da representação”.¹⁶

Há uma grande preocupação, hoje em dia, quanto ao novo papel que o Poder Judiciário vem assumindo no Brasil, com a superlativização de suas funções, mas não se atém, em geral, para a causa disso e se essa proatividade é permitida ou até mesmo exigida por nosso sistema jurídico.

11. Idem, p. 41.

12. Idem, ibidem.

13. Idem, p. 42.

14. Idem, ibidem.

15. Para Peter Häberle, a interpretação constitucional deve ser efetuada por uma sociedade aberta, devendo ser banida a taxatividade de intérpretes para estabelecer uma potencial participação de todos os cidadãos no processo de interpretação da Constituição. De acordo com ele, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, por cointerpretá-la, motivo pelo qual não deve apenas os intérpretes jurídicos da Constituição deter o monopólio da sua interpretação. HÄBERLE, Peter. Op. cit., passim.

16. VIANNA, Luiz Werneck et al. Op. cit., p. 40-41.

Essa nova face do Poder Judiciário, se deve, em grande parte, pela modificação do direito e, conforme acima mencionado, pela alteração provocada pelo texto constitucional com o próprio modelo de Estado.

Conforme Lenio Luiz Streck¹⁷ o novo texto constitucional superou o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), em face do seu caráter dirigente e compromissório, e publicizou espaços antes reservados aos interesses privados. Para o autor, neste momento, o direito não é mais ordenador e nem promovedor, mas sim transformador da realidade, fazendo com que aumente o foco de tensão acerca da jurisdição constitucional, que é a garantidora dos direitos fundamentais-sociais e, ao mesmo tempo, da democracia em nosso Estado Democrático de Direito.

De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior,¹⁸ tanto a divisão de Poderes quanto a neutralização do Poder Judiciário sofreram grandes transformações em nosso século, especialmente nos últimos 50 anos.

Referido autor atribui essas alterações ao advento da sociedade tecnológica, movimento este que altera o sentido dos controles sociais, políticos e, consequentemente, dos controles jurídicos, bem como as preocupações, que não se voltam mais para o passado, mas, sim, para o futuro, alterando, ainda, as fórmulas de governo, cujos valores máximos são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução, bem como o comportamento do Tribunal, que passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento pautado naquilo que ele poderá fazer.

Afirma, então, ser este o contexto em que se há de entender o advento do Estado do Bem-Estar Social, tendo acarretado uma profunda alteração na neutralização inerente ao Poder Judiciário, pois “trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado”.¹⁹

Conforme enfatiza Tercio Sampaio Ferraz Junior:

“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

17. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-16.

18. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista USP* 21/18.

19. *Idem*, p. 18.

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.”²⁰

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.²¹

Essas alterações, todavia, com a desneutralização política do juiz e a politização do Judiciário, são alvo de tensões e acirradas discussões acerca dos limites de atuação de referido Poder, o que faz com que o mesmo seja, por alguns, taxado de ativista.

As preocupações existentes acerca da assunção pelo Judiciário desse seu novo papel não é analisada apenas sob a ótica da necessidade de observância da divisão de Poderes, mas, também, sobre o dever de respeitarmos a escolha do poder constituinte por um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que a própria concepção de Estado Democrático de Direito se mostra ambígua, segundo Oscar Vilhena,²² se considerarmos a democracia apenas em seu significado procedimental, como governo da maioria, e o Estado de Direito em seu sentido substantivo, enquanto governo das leis, ressaltando que a conciliação entre essas duas concepções, que estão em constante tensão, é tarefa das democracias constitucionais contemporâneas, sendo que os tribunais constitucionais, em face do seu dever de zelar pela aplicação das normas constitucionais, são essenciais na concretização do ideal deste Estado.

Como visto, na nossa estrutura jurídica o juiz é convidado a tomar decisões políticas, dessa forma, o juiz brasileiro não pode ser acusado de ser “ativista” quando adota decisões de tal natureza, pois ele está exercendo uma competência prevista na própria Constituição Federal.

Nem por isso, todavia, o juiz pode decidir livremente, sem parâmetros de decisão, pois, afinal, vivemos em um regime democrático, motivo pelo qual devemos ao menos tentar definir certos limites à prestação jurisdicional, limites estes que, ao serem desrespeitados, passarão, aí sim, a caracterizar uma decisão como “ativista”.

20. Idem, *ibidem*.

21. Idem, p. 19.

22. VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da Corte? *Revista da USP* 21/72.

Delimitado os contornos da judicialização da política, necessário, assim, que se identifique, então, qual é o conceito em si de ativismo judicial.

3. O ATIVISMO JUDICIAL

Comumente, utiliza-se a expressão “ativismo judicial” em tom pejorativo, identificando-o com algo negativo e danoso para a sociedade, motivo pelo qual poucos juízes assumem ser “ativistas”.²³

Cabe ressaltar, todavia, não haver, 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.²⁴

Pode-se dizer assim que a expressão ativismo judicial possui um caráter ambivalente, sendo considerada por alguns como algo positivo e por outros como algo ruim.

A par de sua qualificação, poucos esforços se têm empreendido em relação à questão básica sobre o que constitui o “ativismo judicial” em si.²⁵

O enfoque da discussão é variado, podendo centrar-se na nulidade da legislação liberal por juízes conservadores, na mudança brusca dos princípios do *commow law*, no caso dos países que adotam referido sistema, bem como na modificação de políticas públicas,²⁶ entre outros.

A expressão ativismo judicial é tão utilizada que alguns autores passaram a se dedicar na identificação de quais as condutas do Poder Judiciário são comumente associadas ao ativismo, as quais passaram a ser chamadas de dimensões do ativismo judicial.

Lindquist e Cross, condensando as dimensões identificadas em outros estudos, agruparam-nas em quatro categorias: (1) majoritarianismo e deferência a outros atores governamentais; (2) estabilidade e fidelidade interpretativa; (3) engrandecimento institucional (do Poder Judiciário); e (4) julgamento com resultado orientado.²⁷

23. CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, s. I, n. 6, vol. 66, p. 240.

24. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

25. CANON, Bradley C. Op. cit., p. 237-247.

26. Idem, p. 237-238.

27. LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 32.

De acordo com os autores, a primeira dimensão apontada corresponde à situação na qual a Corte opta por não acatar decisões adotadas por outros atores governamentais. Já a segunda dimensão está relacionada com a desestabilização de um precedente judicial. A terceira, por sua vez, significa a simples expansão da autoridade institucional judicial através de suas decisões sobre certos casos e controvérsias. Por fim, a quarta e última dimensão apontada é aquela em que o Judiciário declara uma lei inconstitucional segundo as preferências políticas pessoais do julgador.²⁸

Bradley C. Canon, da mesma forma, não procurou definir um significado definitivo sobre “ativismo judicial”, tendo se limitado a propor 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.

(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.”²⁹

Tomando por base referidas associações torna-se praticamente impossível chegar-se a um consenso sobre o significado da famosa expressão ativismo judicial.

Alguns autores, entretanto, têm tentado definir o ativismo judicial de forma mais objetiva, ou, ao menos, preocupam-se com essa questão.

28. *Idem*, p. 32-39.

29. CANON, Bradley C. *Op. cit.*, p. 239.

Graig Green, partindo da premissa de que muitas decisões judiciais não são supervisionadas por outros órgãos governamentais, apresenta a sua própria definição, propondo que “o ativismo judicial deveria ser definido como o abuso do poder não supervisionado que é exercido fora dos limites do papel judicial”.³⁰

No Brasil, 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).”³¹

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”.³²

Ambas as definições concentram na questão do papel do Poder Judiciário, considerando como “ativistas” aquelas decisões que extrapolam a atividade típica de tal Poder.

Referidas definições, todavia, demonstram-se muito amplas, pois o problema consiste na definição da atividade típica do Poder Judiciário, a qual não se encontra expressamente na Constituição ou em outros atos normativos, havendo mais de uma teoria a respeito, o que não contribuiria para afirmar, com segurança, quando uma determinada decisão é “ativista” ou não, pois dependeria da teoria a ser adotada.

Na verdade, não há uma única definição, clara e precisa, sobre o que é o ativismo judicial, mas inúmeras definições utilizadas de acordo com a posição ideológica do autor.

Lindquist e Cross encaram o “ativismo judicial”, na verdade, 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 vê.³³

30. GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, s. I, vol. 58, p. 1222.

31. RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 129.

32. Idem, *ibidem*.

33. LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 1.

Em razão dessa imprecisão terminológica, necessário se faz que o autor delimite desde o princípio qual é o conceito de ativismo judicial por ele adotado.

No campo específico da judicialização da política entendemos que o ativismo judicial se configura quando o Judiciário extrapola determinados limites, configurando sua conduta uma afronta ao sistema representativo e à democracia, valores estes também consagrados na Constituição Federal.

4. A OCORRÊNCIA DE ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Daquilo que foi dito até agora decorre, portanto, que a judicialização da política em si não pode ser encarada necessariamente como ativismo judicial.

Mesmo aqueles autores que identificam a judicialização da política como uma espécie de ativismo judicial, conforme dimensionado por alguns autores acima mencionados, equivocam-se quando o fazem de forma geral, pois apenas algumas condutas do Judiciário podem ser consideradas ativistas em tal seara, sendo necessário, pois, que se delimite que tipo de decisão merece referido tratamento.

Alguns Ministros do nosso STF já se pronunciaram a respeito, tendo delimitado algumas hipóteses em que referido Tribunal pode e deve tomar decisões políticas sem estar sendo ativista.

Com efeito, o Min. Celso de Mello asseverou que:

“A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República. Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo STF, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o STF, ao suprir omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.”³⁴

34. STF, ADIn 4.277/DF, Pleno, j. 05.05.2011, rel. Min. Ayres Britto, DJ 14.10.2011. Disponível em: [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>]. Acesso em: 15.10.2011.

Julgando o MS 26.915/DF, o Min. Gilmar Mendes fez constar em seu voto:

“Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o STF 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 STF, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas, nas quais observa violação à Constituição. Os diversos casos levados recentemente ao Tribunal envolvendo atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação.”³⁵

Conforme entendimento dos supracitados Ministros, portanto, nos casos de omissões inconstitucionais dos Poderes estatais e de violação de direitos assegurados pela Constituição a intervenção do Tribunal no campo político é permitida e necessária, não podendo ser considerada ativista naquele sentido negativo comumente utilizado por alguns.

Em um âmbito mais específico da judicialização da política, que seria o controle jurisdicional das políticas públicas, 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, essas seriam algumas balizas a serem consideradas quando se pretende classificar determinada decisão judicial como ativista.

É claro que a eventual omissão dos Poderes estatais, a violação a direitos protegidos pela Constituição e a atuação desarrazoada dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de direitos sociais demandam a análise do caso concreto, devendo tais situações ser devidamente comprovadas e baseadas em elementos fáticos que servirão de lastro para a fundamentação da decisão judicial. Necessário frisar que o julgador deve constatar tais problemas, pautado em bases sólidas e fundamentar sua decisão de forma racional, não se baseando

35. STF, MC no MS 26.915/DF, j. 08.10.2007, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16.10.2007. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2826915%2E%2E+OU+26915%2EDMS%2E%29%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas]. Acesso em: 20.09.2011.

36. LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006. p. 160.

apenas em princípios abstratos e genéricos como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A suposta lesão a direito fundamental, por exemplo, deve ser averiguada pelo Tribunal de forma racional, pois haverá casos em que o Estado não tem condições de assegurar determinado direito a um indivíduo ou a todos os indivíduos em razão da existência de inúmeros fatores condicionantes, principalmente quando se trata de garantir direitos sociais.

Com efeito, de acordo com Canotilho os direitos sociais têm a sua proteção condicionada a uma série de fatores, designados por pressupostos de direitos fundamentais, entre eles “capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa”.³⁷

Recentemente, entretanto, durante sessão extraordinária da 1.^a Turma do STF, foi negado provimento ao RE 368.564, interposto pela União contra autorização do TRF-1.^a 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, sob a simples fundamentação de que não cabe ao magistrado frustrar a esperança dos requerentes.

Voltando à discussão objeto do presente artigo, *a contrario sensu*, em não se configurando nenhuma das hipóteses acima mencionadas (omissão inconstitucional dos entes estatais, lesão a direitos fundamentais e conduta exacerbada dos Poderes Legislativo e Executivo na execução de políticas públicas), entre outras, o Judiciário não pode reformar uma decisão de natureza política sob pena de estar sendo ativista.

Outro limite que poderia ser utilizado como parâmetro para se considerar uma decisão judicial ativista no âmbito da judicialização da política é quando

37. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 431.

há o desrespeito à discricionariedade do legislador, principalmente naquelas hipóteses em que a Constituição utiliza conceitos indeterminados, cabendo ao legislador democraticamente legitimado preencher referido conceito de acordo com os critérios que entender cabíveis, desde que razoáveis.

Referido critério pode ser extraído a partir do esquema de Robert Alexy acerca das margens de discricionariedade que devem ser reconhecidas ao legislador, cujo desrespeito pelo Poder Judiciário, a nosso ver, configura um tipo de “ativismo judicial” de conotação negativa.

Referido esquema decorre da adoção por Alexy do modelo material-procedimental na relação entre Constituição e Legislativo, em que a sua teoria dos princípios³⁸ é capaz de estabelecer uma moldura ao legislador sem lhe retirar toda e qualquer discricionariedade.

Assim, a metáfora da moldura é definida da seguinte maneira: aquilo que é obrigatório ou proibido em virtude das normas constitucionais constitui a moldura, sendo que o interior da moldura é aquilo que é facultado ou permitido, podendo ser conformado pelo legislador, consistindo essa faculdade naquilo que Alexy chama de discricionariedade estrutural, sendo que, em não se ultrapassando os limites da moldura, a opção do legislador deve ser respeitada pelo Judiciário.³⁹

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.⁴⁰ 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.⁴¹

De acordo com Alexy:

“É exatamente esse o ponto no qual entra em jogo o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Esse prin-

38. Para Alexy os direitos fundamentais têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Posfácio.

39. Idem, *ibidem*.

40. Idem, p. 612.

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

cípio é um princípio formal, porque ele não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos. Por isso, seria possível também denominá-lo ‘princípio procedimental’. Enquanto princípio procedimental, ele exige que as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado.

Nesses termos, o princípio formal colide com o princípio material de direito fundamental. Este último exclui *prima facie* a competência do legislador para fundamentar decisões desvantajosas para o direito fundamental em premissas empíricas incertas; o primeiro requer *prima facie* exatamente essa competência.”⁴²

Assim, baseando-se na tese de Alexy, pode-se dizer que se o juiz não respeita o espaço de interpretação das normas constitucionais (margem de discricionariedade) conferido ao legislador, está havendo “ativismo”.

Paulo Gustavo Gonet Branco, na tentativa de delimitar o conceito de “ativismo”, utilizou-se do mesmo critério, tendo considerado que:

“Quando atua (o legislador) dentro das fronteiras dessa margem de discricionariedade interpretativa não se abre ao julgador, por força da separação de Poderes e das exigências da democracia representativa num Estado Democrático de Direito, desmerecer as opções feitas pelos Poderes políticos-representativos. Se o faz, a decisão pode ser materialmente comportável na Constituição, mas se desmerecerá por invadir espaço próprio de outros Poderes.”⁴³

Elival da Silva Ramos, da mesma forma, considera inadmissível a obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa pelo Judiciário naqueles casos de textos normativos veiculadores de conceitos jurídicos indeterminados.⁴⁴

A fim de conferir um pouco de pragmatismo a esta situação, podemos citar como exemplo, o comportamento judicial adotado em relação ao Benefício de Prestação Continuada – BPC, previsto no art. 203, V, da CF/1988.

Reza o supracitado dispositivo constitucional o dever de instituição pelo Estado de uma “garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de

42. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 615.

43. 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, 2011, p. 15.

44. RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 139.

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 art. 20, § 3.º, da Lei 8.742, de 07.12.1993, estipulou um critério de renda familiar no valor de 1/4 do salário mínimo *per capita* para fins de concessão de referido benefício.

Referido dispositivo legal foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 1.231/DF) tendo o STF julgado improcedente a ação e reconhecido, por conseguinte, a constitucionalidade do mesmo.

Apesar disso, a maioria das instâncias judiciárias brasileiras ignora o critério de renda de 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,⁴⁵ desrespeitando a discricionariedade do legislador.

Ao verificarmos se o legislador, no presente caso, comportou-se no âmbito de sua discricionariedade, a partir da análise dos dispositivos constitucionais que devem ser observados na conformação do Benefício de Prestação Continuada, não se pode afirmar conclusivamente que o critério de renda de 1/4 do salário mínimo é inadequado e desarrazoado, de modo que a legislação que o fixou não extrapolou os limites a que o legislador estava jungido, tendo o mesmo observado a garantia de um “mínimo existencial” e os princípios da seletividade e da distributividade na concessão do benefício, objetivos estes que devem ser observados na organização da Seguridade Social. Ademais, entende-se que a opção pelo critério de renda *per capita* familiar é o mais adequado para o Brasil, sendo vantajosa a adoção de uma linha político-administrativa na fixação dos critérios para programas assistenciais.⁴⁶

45. STJ: REsp 397.943/SP (2001/0192662-1); AgRg no REsp 529.928/SP (2003/0072902-0); EDcl no AgRg no REsp 824.817/SP (DJ 11.12.2006); AgRg no REsp 688.089/SP (DJ 21.03.2005); REsp 536.451/SP (DJU 23.08.2004); EDcl no REsp 308.711/SP (DJU 03.05.2004); e REsp 434.417/RS (DJU 24.03.2003); STF: Rcl 4.164/RS; Rcl 3.805/SP; Rcl 4.280/RS; Rcl. 4.374/PE; TRF-4.ª Reg., ApCiv 2003.72.00.001108-0/SC etc.

46. De acordo com estudo elaborado por pesquisadores de entidade federal especializada na avaliação de políticas públicas: A despeito da “acientificidade” e do caráter contingente, as linhas de pobreza administrativas são a melhor fonte para uma linha de

Assim, ainda que o benefício assistencial acima aludido tenha sido restringido e, com isso, alguns cidadãos não tenham sido contemplados com o mesmo, 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.

Em face do exposto, conclui-se que apenas algumas condutas do Poder Judiciário adotadas no âmbito da judicialização da política podem ser identificadas como ativistas, entre as quais, as acima mencionadas por desrespeitarem a atuação dos demais Poderes e afrontarem o Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

Muitas críticas são efetuadas atualmente em relação à atuação proativa que o Poder Judiciário vem adotando, passando o mesmo a adentrar, cada vez mais, em questões de natureza política, as quais eram tomadas predominantemente pelos demais Poderes.

Referidas críticas parecem concluir que os magistrados adotam decisões dessa natureza com o intuito de obter fortalecimento institucional e individual da categoria, como se os magistrados tivessem usurpado essa competência dos outros Poderes.

Ocorre que a judicialização da política, com a desneutralização do Judiciário, é um fenômeno decorrente de fatos históricos que acarretaram na alteração do papel do Poder Judiciário, passando o mesmo a ser corresponsável pelo sucesso dos fins almejados pelo Estado de Bem-Estar Social; pela implementação dos direitos sociais, cuja previsão na Constituição não pode ser encarada como mera formalidade; pelo controle de constitucionalidade das leis, que tem se fortalecido consideravelmente no decorrer do tempo, principalmente após a Constituição Federal de 1988, entre outros fatores.

pobreza extrema, por resultarem de um processo político que, idealmente, levou em consideração diferentes percepções e juízos sobre a pobreza, além das limitações orçamentárias. Estas linhas não agradam a todos, mas produzem alguns consensos: por exemplo, no debate político sobre o valor das linhas, frequentemente a alegação de que ele é baixo para representar a pobreza acaba produzindo um consenso sobre sua capacidade de representar a pobreza extrema. OSORIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei Suarez Dillon; SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. Erradicar a pobreza extrema: um objetivo ao alcance do Brasil. Texto para Discussão n. 1619. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 18. Brasília, 2011. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1619.pdf]. Acesso em: 23.08.2011.

Diante disso, torna-se equivocada à associação despreocupada da judicialização da política com ativismo judicial.

O ativismo judicial, na verdade, é um mito, não havendo uma definição clara e precisa sobre seu significado, sendo considerado positivo e negativo ao mesmo tempo, dependendo da ótica quem se utiliza do termo.

Essa imprecisão terminológica acarreta a necessidade de sempre explicitarmos de antemão qual o conceito de ativismo judicial adotado, ou seja, o que o autor considera como um comportamento ativista, a fim de conferir ao debate bases sólidas e seguras.

No âmbito da judicialização da política, portanto, o simples fato de se adotar uma decisão desta natureza não pode ser considerada ativista. Alguns comportamentos adotados nesta seara podem ser assim enquadrados a partir de alguns critérios, como quando o Poder Judiciário adentra em determinada questão política ainda que os Poderes estatais não tenham se omitido; quando eventual lesão a direito fundamental decorreu da impossibilidade fática do Estado em garanti-lo e não de seu descaso; quando os Poderes Executivo e Legislativo atuaram de forma razoável na implementação do direito social, tendo adotado políticas públicas eficazes; bem como quando o legislador atuou dentro do livre espaço de conformação que lhe foi outorgado pela Constituição, com a observância da margem de discricionariedade a que estava adstrito.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- 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, 2011.
- _____. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série IDP.
- CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*. s. I. n. 6. vol. 66. p. 237. 1983.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*. n. 21. p. 12-21. São Paulo: FDUSP, 1994.
- GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*. s. I. vol. 58. p. 1196-1263. 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998.

- LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006.
- LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press, 2009.
- MEDEIROS, Marcelo. A trajetória do *Welfare State* no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990. Texto para discussão n. 852. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, 2001. Disponível em: [www.ipea.gov.br/pub/td/td_2001/td_0852.pdf]. Acesso em: 20.10.2011.
- OSORIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei Suarez Dillon; SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. Erradicar a pobreza extrema: um objetivo ao alcance do Brasil. Texto para discussão n. 1.619. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, 2011. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1619.pdf]. Acesso em: 23.08.2011.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- _____; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social-Revista de Sociologia da USP*. vol. 19. n. 2. p. 39-85. São Paulo: FFLCH-USP, 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da Corte? *Revista USP*. n. 21. p. 70-77. São Paulo: FDUSP, mar.-maio 1994.
- XIMENES, Julia Maurmann. *O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A judicialização da política, de Roger Stiefelmann Leal – *RDCI* 29/230;
- Democracia e ativismo judicial, de Geocarlos Augusto Cavalcante da Silva – *RDPriv* 46/43;
- Expansão da jurisdição constitucional e Separação de Poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania, de Eduardo Cambi e Diego Nassif – *RT* 916/249; e
- O papel político do Poder Judiciário, de Flávia de Almeida Viveiros de Castro – *RDCI* 42/167.