

LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS

LIMITS TO JUDICIAL ACTIVISM IN PUBLIC POLICY

LUIZ FERNANDO ARANTES PAULO

Analista de Planejamento e Orçamento do Ministério da Economia (Brasília, Distrito Federal, Brasil). Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Especialização em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública – ENAP e em Análise de Projetos pela Fundação Getulio Vargas – FGV. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP.
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-4555-5689>].
lfarantespaulo@gmail.com
DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.22.paulo>].

Recebido em: 26.10.2021 | Received on: Oct. 26th, 2021
Aceito em: 05.02.2022 | Accepted on: Feb. 5th, 2022

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O objetivo deste trabalho é demonstrar que, apesar de a elaboração e a implementação de políticas públicas serem matérias sujeitas a controle pelo Poder Judiciário, a Constituição não admite que isso se dê nos moldes de um ativismo judicial, sob pena de reforçar privilégios no gozo de direitos sociais de forma particularizada e patrocinar o improvisado na gestão pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional – Políticas públicas – Ativismo judicial – Precedentes – Sistema constitucional de planejamento e orçamento.

ABSTRACT: The objective of this work is to demonstrate that despite the development and implementation of public policies be matter subject to control by the judiciary, the Constitution does not admit that this be given in terms of a judicial activism, failing to strengthen privileges on the enjoyment of social rights individualized form of sponsor and improvisation in public administration.

KEYWORDS: Constitutional law – Public policy – Judicial activism – Precedents – Planning and budget constitutional system.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A juridicidade das políticas públicas. 3. Limites para o ativismo judicial nas instâncias inferiores. 4. Limites para o ativismo no Supremo Tribunal Federal. 5. Conclusão. 6. Referências. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

Entre¹ os direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, há uma série de direitos sociais, tais como direito à educação, saúde, moradia, lazer, entre outros, que dependem da atuação positiva do Estado, que se dá por meio de políticas públicas. Como o § 1º do art. 5º dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e como qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser submetida à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV), tem-se justificada a judicialização de políticas públicas toda vez que um indivíduo, ou mesmo uma coletividade, se veja privada do pleno gozo de alguns de seus direitos.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a atuação do Poder Judiciário prevista pela Constituição no âmbito das políticas públicas é marcada por uma série de limites, que se mostram incompatíveis com o ativismo judicial, tido esse como o Poder Judiciário expandindo suas próprias competências com o objetivo de determinar políticas públicas e corrigir lacunas legislativas, baseado na interpretação constitucional. Para tanto, está organizado em seis seções. A segunda seção trata da dimensão jurídica das políticas públicas e, conseqüentemente, sobre a possibilidade de ser exercido controle judicial sobre elas. Há maior atenção às políticas de cunho prestacional, que demandam o dispêndio de recursos públicos, e no caminho que a Constituição Federal detalhou para a sua definição e implementação, identificado neste trabalho como o sistema constitucional de planejamento e orçamento.

A terceira seção aborda a participação das instâncias inferiores do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas e esclarece por que o nosso ordenamento jurídico não admite o chamado “ativismo judicial”. Argumenta-se que um sistema jurídico não pode, simultaneamente, prestigiar a vinculação de precedentes e o chamado ativismo, pois são institutos incompatíveis que encontram fundamentos distintos. A quarta seção analisa os limites para o ativismo judicial, especialmente em relação ao Supremo Tribunal Federal. Busca-se demonstrar que a definição de políticas públicas é resultado de escolhas e que sua implementação está vinculada a uma série de dispositivos constitucionais, legais e regulamentares, não sendo razoável admitir que a Constituição conceda atalhos ao Poder Judiciário para desconsiderar essas definições.

1. Como citar esse artigo/*How to cite this article*: PAULO, Luiz Fernando Arantes. Limites ao ativismo judicial em políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 6, v. 22, p. 251-271, jul./set. 2022. DOI: [10.48143/rdai.22.paulo].

5. CONCLUSÃO

A Constituição assegura uma série de direitos sociais e os reconhece como direitos fundamentais, de aplicação imediata. Nesse sentido, há um ativismo da própria Constituição, que estabelece responsabilidades de prestações positivas ao Estado. Esses direitos sociais são materializados na forma de bens e serviços públicos, implementados mediante políticas públicas. Dessa forma, as políticas públicas não são matéria estranha ao direito, sendo possível o exercício do controle judicial. É importante consignar, contudo, que a construção das políticas públicas, especialmente daquelas que demandam dispêndio de recursos públicos, deve observar o caminho estabelecido pela própria Constituição, que é identificado neste trabalho como o sistema constitucional de planejamento e orçamento.

Em um primeiro momento, foi demonstrado que o papel do Poder Judiciário no âmbito das políticas não deve se aproximar do ativismo judicial, em razão da incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, ressaltou-se que a implementação de políticas públicas é marcadamente construída por escolhas, e procurou-se demonstrar que o Poder Judiciário não está apto ou autorizado pela Constituição a substituir os demais Poderes nessas escolhas, posto que seria a própria desconsideração do sistema constitucional de planejamento e orçamento. Diante de todo o argumentado, é possível concluir que decisões judiciais identificadas como ativistas, que determinam a realização de determinada despesa em atendimento ao interesse individual e particular sem examinar o que está disposto nos instrumentos constitucionais de planejamento e orçamento, representam uma afronta à própria Constituição Federal.

O Poder Judiciário deve dedicar atenção às escolhas presentes em planos e orçamentos, zelando para que estejam em conformidade com a Constituição Federal, e quando necessário, decidindo pela correção ou aprimoramento desses instrumentos. A reverência ao sistema de planejamento e orçamento consiste em limite ao ativismo judicial, e a sua ampla proteção em dispositivos constitucionais serve como mecanismo de proteção de princípios fundamentais da República, como o regime democrático e a separação de Poderes. Em resumo, assumir o sistema constitucional de planejamento e orçamento como limite ao ativismo judicial em políticas públicas justifica-se por uma dupla razão: (i) impedir que o gozo de direitos sociais se dê de forma particularizada e privilegiada por uns poucos que podem movimentar o Poder Judiciário de forma tempestiva; (ii) impedir que o Poder Judiciário seja um patrocinador do imprevisto na gestão pública.

6. REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. *Direito das políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*, apresentadas perante a Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), organizado pelo Instituto Victor Nunes Leal, em set.-out. de 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista [Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32. 2012.
- BRITTO, Carlos Ayres; ROCHA, Lilian Rose Lemos; VARELLA, Marcelo Dias. Editorial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, n.p, 2015.
- BUCCI, Maria Paula. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? *Blog Os Constitucionalistas*, 17.05.2010. Disponível em [www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito]. Acesso em: 19.05.2015.
- DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. *Journal of Public Law*, [S.l.], n. 6, p. 279-295, 1957.
- GADAMER, Hans-Georg. La hermenéutica como tarea teórica y práctica. In: *Verdad y método II*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Pra que serve uma teoria de direitos fundamentais? *Revista Direito Público*, Brasília, n. 13, p. 24-34, jul.-ago.-set. 2006.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neo-pragmatismo*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2010.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Statutes: a comparative study*. Burlington: Ashgate Publishing, 1991.
- MACEY, R. Jonathan. The internal and external costs and benefits of stare decisis. *Chicago Law Review*, Chicago, v. 65, n. 1, p. 93-113, 1989.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2012.

- MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POLICHUK, Renata. Precedente e segurança jurídica. A previsibilidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- POSNER, Richard A. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 119, p. 32-102, 2005.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PUIG BRUTAU, José. *Prólogo da obra El problema de la creación del Derecho*. Granada: Comares, 1999.
- SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.
- SOTELO, José Luis Vásquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na civil law. XVI *Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual* (Brasília). Rio de Janeiro: Forense; Brasília: IBET, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- TRINDADE, André Karam. O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, n. 1, p. 203-228, jan.-jun. 2016.
- VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 178, p. 131-139, abr.-jun. 2008.

Legislação

- BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 05.10.1988.
- ITÁLIA. *Constituição da República Italiana de 1948*.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A utilização do diálogo institucional como fator limitador ao ativismo judicial, de Artur Barbosa da Silveira – *RDCI* 115/47-57;
- Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas, de Roberto Omar Berizonce – *RePro* 190/37-70;
- Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário, de Francisco José Borges Motta e Clarissa Tassinari – *RePro* 283/481-499; e
- O ativismo judicial e a ingerência do Poder Judiciário na escolha de políticas públicas, de Rachel Nunes de Carvalho Farias – *RDCI* 101/57-81.