

ATIVISMO JUDICIAL E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO

JUDICIAL ACTIVISM AND IMPLEMENTATION OF EDUCATION PUBLIC POLICIES

*Karen Karolyne Silva Rocha**
*Mônica Teresa Costa Sousa***

RESUMO

O artigo aborda a prática do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a implementar políticas públicas em substituição à Administração Pública. Apresenta-se a judicialização da política e a jurisdição constitucional como fatores relacionados ao aumento do protagonismo do Poder Judiciário e incremento de seu poder político. Em seguida, busca-se compreender o surgimento e o conceito do ativismo judicial, bem como os fatores de impulsão do fenômeno no Brasil. Enfim, são analisados acórdãos do STF sobre a intervenção do Poder Judiciário para implementar políticas públicas de educação e qual o posicionamento da Corte a respeito do princípio da separação de poderes e da cláusula da reserva do possível. A abordagem da pesquisa é qualitativa, utilizando-se como estratégia a análise de conteúdo dos acórdãos e como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Poder judiciário; Supremo Tribunal Federal; Políticas públicas; Educação.

ABSTRACT

The article discusses the practice of judicial activism by the Federal Supreme Court to implement public policies to replace the Public Administration. It shows the legalization of politics and constitutional jurisdiction as factors related to the increase of the judiciary role and increase its

* Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Mestranda do programa de pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR-UFMA). Advogada. karenksrocha@yahoo.com.br.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista de produtividade em pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão (Fapema). Professora do mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR-UFMA) e mestrado interdisciplinar em Cultura e Sociedade (PGCult). mtcostasousa@uol.com.br.

political power. Then we seek to understand the emergence and the concept of judicial activism, as well as the phenomenon of push factors in Brazil. Finally, it is analyzed decisions of the STF about the intervention of the judiciary to implement public education policies and what is the position of the Court regarding the principle of separation of powers and the clause of possible reserve. The research approach is qualitative, using a strategy of content analysis of judgments and methodological procedures as bibliographic and documentary research.

Keywords: Judicial activism; Judiciary power; Federal Supreme Court; Public policies; Education.

INTRODUÇÃO

No atual momento histórico, o Poder Judiciário apresenta-se dotado de um intenso poder político, voltado para a proteção do núcleo constitucional e dos direitos fundamentais, principalmente pela atividade interpretativa dos tribunais constitucionais.

Entre os fenômenos que destacam o Poder Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988 está o ativismo judicial, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Não há uma conceituação unânime para ativismo judicial, contudo, dúvidas não restam de que decorre do incremento político do papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

O presente artigo tem a finalidade de analisar o ativismo judicial sob o prisma da implementação de políticas públicas de educação pela Suprema Corte brasileira em substituição ao Poder Executivo.

Compreende-se que para atingir o objetivo proposto se faz necessário conceituar o ativismo judicial, ao menos na perspectiva que aqui ele será abordado, bem como refletir sobre o seu desenvolvimento no Brasil.

Procura-se destacar, em um primeiro momento, a judicialização da política e a contribuição da jurisdição constitucional para o aumento do protagonismo do Poder Judiciário. Os reflexos da globalização sobre o direito e a constitucionalização deste, assim como o descrédito na atuação do Legislativo e do Executivo que atribuem um novel papel político aos juízes, o que não autoriza a livre interpretação de regras e princípios e muito menos a intervenção indevida nas funções típicas dos outros poderes.

Em um segundo momento, o artigo tem o escopo de compreender o ativismo judicial: conceito, características, surgimento e como esse fenômeno vem se evidenciando no Brasil, ou seja, quais os principais fatores de impulsão do ativismo no Judiciário brasileiro.

Por fim, visa-se analisar acórdãos do Supremo Tribunal Federal que versem sobre o direito à educação, a fim de demonstrar que o Supremo tem atuado de

forma ativista ao condicionar atribuições típicas da Administração Pública. A análise terá como enfoque a interpretação dada pelos ministros do princípio da separação de poderes e da cláusula da reserva do possível.

A criação judiciária do direito, a discricionariedade e o controle jurisdicional de políticas públicas, assim como a necessidade de concretização dos direitos fundamentais permitiram novos desdobramentos à jurisdição, entre eles o ativismo judicial. Este fenômeno trouxe questionamentos e preocupações, principalmente quanto à preservação da segurança jurídica, o estabelecimento de limites objetivos ao processo hermenêutico e ao controle às intervenções do Judiciário nos demais poderes.

O ativismo judicial é um tema que ainda desperta controvérsias quanto às suas consequências, necessidade e compatibilidade democrática-constitucional, estas justificadas pela dificuldade de sua própria definição.

Portanto, relevante a sua compreensão por dizer respeito à atuação do poder de maior destaque na atualidade, a partir do aprofundamento dos estudos sobre o tema, com o escopo de não apenas investigar suas raízes e apresentar um conceito, mas de refletir acerca da atuação do Judiciário frente aos demais poderes na realidade brasileira.

Quanto à metodologia, utiliza-se como estratégia de pesquisa a análise de conteúdo dos acórdãos do STF, fazendo-se o recorte do texto e categorização a partir dos objetivos estabelecidos para interpretação e inferência dos dados. Ela permite a análise do conteúdo explícito das decisões do Supremo para se chegar a dimensões que estão para além (e por trás) do conteúdo manifesto.

Finalmente, como procedimentos metodológicos, a pesquisa é bibliográfica e documental. Quanto a esta última, os acórdãos foram recolhidos no sistema de pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, com delimitação temporal de 2010 a 2015, por considerar ser este um período satisfatório e razoável para a obtenção dos dados necessários aos objetivos que se pretende alcançar com o estudo, afastando posicionamentos ultrapassados, mas que também seja suficiente para a percepção de uma linha de raciocínio da Corte.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Entre as características do Estado Democrático de Direito está a atuação mais vigorosa do Poder Judiciário, deslocando para ele maior atenção que para os demais poderes, como ocorreu no Estado Liberal de Direito e no Estado Social de Direito que, respectivamente, focaram no Poder Legislativo para limitação da interferência do Estado pela lei na vida privada, e no Poder Executivo para prover aos indivíduos condições mínimas de existência.

No atual estágio do Estado Democrático de Direito, passam a gravitar ao redor do Poder Judiciário relevantes decisões de cunho político, descortinando o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais.

Mas, antes de se iniciar o estudo da judicialização da política, são necessários alguns apontamentos sobre outro fenômeno que a precedeu, qual seja: a jurisdição da política.

De acordo com Souza, o nascedouro da jurisdição da política – que implica uma transformação da política em lei, entendida esta como ato organizado e racional, derivada da vontade e da soberania popular e componente de uma instituição representativa do poder político –, remonta ao século XVIII, fase inicial do Estado de Direito e da constitucionalização da atividade política, e que teve como marcos históricos a Revolução Americana e a Revolução Francesa. Aponta o autor que nesse período houve uma eclosão de direitos políticos com a positivação constitucional da vontade política do povo.¹

Os interesses e anseios do povo não podiam mais ser esquecidos nos discursos inflamados dos revolucionários, sendo necessária a contextualização e descrição, expressa e objetiva, das ações políticas que eram desenvolvidas, de modo que a política passou a ser reduzida a termo em leis, consagrando a era da política publicada em texto e ao alcance da população. Essa tentativa dos revolucionários em circunscrever suas ações políticas em legado escrito e objetivo gestou a jurisdição da política, implicando a correspondência entre o direito e a busca do comedimento entre a energia política emergida da revolução e a razão que conduziria à edificação do novo Estado, materializado na Constituição.²

A jurisdição da política representou a transformação de assuntos que antes eram exclusivamente políticos em temas de interesse jurídico como forma de impedir a arbitrariedade estatal e garantir direitos aos cidadãos com respaldo em instrumentos jurídicos sistematizados e, preferencialmente escritos.

A partir da jurisdição da política um novo fenômeno ganhou espaço, a judicialização da política, que não se confunde com aquela.

O fenômeno de transição ocorre da deliberação firmada na vontade popular (jurisdição) a um outro patamar em que o julgamento se sucede sob a coordenação de magistrados, visando em última instância o interesse público. Tal trajetória realiza-se do político ao técnico, do popular ao especialista, visto que consubstancia o aprendizado técnico

¹ SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 84.

² SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 84-85.

acumulado pelo Poder Judiciário como disponibilidade para punir e reparar os desvios dos atos administrativos e políticos. Em outras palavras, do julgamento eleitoral e moral recorre-se à apreciação formal e especializada. Ora, a política geradora da lei é agora julgada pela própria lei a que deu origem, o que, por sua vez, traduz uma maturidade político-institucional atingida no Estado Democrático de Direito.³

De acordo com Santos, o direito em tempos de globalização preocupa-se em viabilizar o funcionamento dos sistemas econômicos complexos que regem o mundo globalizado, mas também com a efetividade dos direitos fundamentais que compõem o núcleo do Estado Democrático. Assim, os princípios constitucionais são elevados à normatividade e avança a politização das decisões judiciais, para efetivação daqueles direitos.⁴

No Brasil, além das causalidades externas, a judicialização das relações sociais é um fenômeno decorrente do modelo constitucional adotado pelo constituinte, que normatizou analiticamente vários programas de caráter profundamente político como saúde, educação, previdência social, meio ambiente entre outros, bem como em razão do extenso rol de direitos fundamentais.

Assim, temas que antes diziam respeito apenas à política passaram para a seara do Direito, tornando-se exigíveis perante o Poder Judiciário em caso de não cumprimento pelo administrador público ou ausência/insuficiência de regulamentação pelos legisladores, por meio de amplo leque de instrumentos processuais como ações civis públicas, ações populares, mandados de segurança, sem falar das ações de controle concentrado de constitucionalidade com amplo rol de legitimados.

A desconfiança advinda do período de ditadura, aliada à constitucionalização do direito com a imposição de ações positivas ao poder público justificam o protagonismo político dos julgadores e a ascensão da judicialização da política.

Barroso assim define judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e

³ SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 85-86.

⁴ SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 26-27.

tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.⁵

A redemocratização do Estado brasileiro de cunho *welfareano* (intervencionista), a consagração de uma Constituição valorativa e que transborda normas programáticas, bem como a desconfiança em relação aos Poderes Executivo e Legislativo são fatores que estreitaram os laços do Judiciário com a política e as relações sociais. Os conflitos políticos e sociais passaram a ser debatidos na seara jurídica, pelos órgãos judiciais principalmente, por meio de argumentos jurídicos e políticos (ou políticos revestidos de jurídicos?).

O fortalecimento da jurisdição constitucional também demonstra o poder político intenso exercido pelo Judiciário. Diz ela respeito à guarda da Constituição⁶ e ao controle de constitucionalidade, surgido nos Estados Unidos na emblemática decisão do *Justice Marshall* da Suprema Corte, no caso *Marbury versus Madison*,⁷ em 1803, cujo teor declarou a inconstitucionalidade de ato do Congresso em face da Constituição Americana, dando origem ao controle difuso de constitucionalidade (*judicial review*).

O Constitucionalismo impôs a observância ao princípio da supremacia da Constituição, sendo dever do Poder Judiciário protegê-la de quaisquer atos que possam alterar ou diminuir seu alcance. Portanto, a jurisdição constitucional é uma consequência natural da adoção de Constituições rígidas e da supremacia formal e substancial que elas detêm perante os demais atos normativos que compõem o ordenamento jurídico de determinado Estado.

Para Canotilho, jurisdição constitucional “consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou de fiscalização da legalidade”.⁸

Nesta senda, a jurisdição constitucional nada mais é do que uma decorrência da força normativa da Constituição, a qual deve atender aos anseios sociais,

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Themis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 24. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 23/09/2016.

⁶ Quanto à polêmica sobre quem deve ser o guardião da Constituição, interessante o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; SCMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁷ Sobre a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison*: BEARD, Charles. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

⁸ CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2000, p. 905.

porém, ela não permite aos juízes transpor os limites de sua competência judicante, legitimada democraticamente em virtude do princípio da separação de poderes.

Nesse sentido, Barroso assim aduz:

A jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. (...) Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo o mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.⁹

Assim, considera-se que a judicialização da política e o fortalecimento da jurisdição constitucional pelos Tribunais Constitucionais influenciaram sobremaneira o surgimento do ativismo judicial.

ATIVISMO JUDICIAL: UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO E AO SEU DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

A origem do ativismo judicial é atribuída à jurisprudência norte-americana, à atuação proativa da Suprema Corte dos Estados Unidos, cabendo registrar sua natureza conservadora em um primeiro momento, tendo amparado setores reacionários de segregação racial com a invalidação de leis sociais em geral. A partir da década de 1950, a situação se inverteu, e a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, particularmente envolvendo negros.¹⁰

Ao analisar o ativismo praticado pela Suprema Corte americana entre os anos de 1803 a 1969, Oliveira Junior e Ramos apresentam uma classificação em três fases: 1ª) ativismo de fortalecimento do governo federal por meio da contenção do poder legiferante dos Estados-membros durante as Cortes Marshall (1801-1835), Taney (1835-1864) e Chase (1864-1873); 2ª) ativismo de defesa da política econômica liberal, durante o período conhecido como “Governo dos

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 28-29.

¹⁰ COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 53.

Juízes” (1895-1937); e 3ª) ativismo de reafirmação das liberdades civis durante a Corte Warren (1952-1969).¹¹

A expressão *judicial activism* teria nascido em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, de autoria de Arthur Schlesing Jr., publicado na revista *Fortune*. No artigo o autor teria descrito as ideologias dos membros da Suprema Corte americana de sua época, dividindo-os em grupos: aqueles que eram ativistas judiciais e os que seguiam uma postura de autocontenção.¹²

Os autores se dividem entre aqueles que veem o ativismo judicial de forma positiva e aqueles que lhe atribuem um viés negativo. No primeiro grupo, pode-se citar o jurista italiano Capelletti, para quem certo grau de criatividade é inerente a toda interpretação, razão pela qual os juízes estariam constangidos a criar o direito e a ser ativistas.¹³

No segundo grupo importa mencionar o doutrinador norte-americano Dworkin. Para o autor, quando o juiz age de modo ativista ele ignora o texto constitucional, a história de sua promulgação e as decisões anteriores da Suprema Corte, impondo seus próprios pontos de vista sobre o que é justo.¹⁴

No Brasil, um dos autores que criticam o ativismo judicial é Streck, para quem o problema do ativismo é que ele possui uma razão solipsista, pois a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais dos juízes.¹⁵

Baum, por sua vez, adota uma concepção neutra de ativismo judicial, referindo-se à disposição da Suprema Corte de realizar mudanças significativas em políticas públicas estabelecidas por outras instituições, seja através da revisão judicial ou pela simples interpretação da Constituição e das leis.¹⁶

Para uma primeira aproximação ao tema, a partir da concepção que será adotada no presente artigo, pode-se conceituar ativismo judicial como uma interpretação ativa da Constituição pelo Judiciário para a concretização de direitos, atividade esta exercida pela ausência dos outros dois poderes, de modo que o Judiciário acaba por ultrapassar competência que é reservada, inicialmente, ao

¹¹ OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. ano 51, n. 2014, out./dez. 2014, p. 37. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509926/001032251.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17/08/2016.

¹² BRANCO, Paulo Gustavo. Em busca de um conceito fugidio. In: FELLETT, André Luís Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 393-401.

¹³ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 73-74.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 23.

¹⁶ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Executivo e ao Legislativo, em contrariedade ao princípio da separação de poderes que se fundamenta na especialização funcional e na independência orgânica.

Segundo Barroso, o ativismo ultrapassa os limites constitucionais, transformando-se em um exercício deliberado de vontade política pelos magistrados. Assim entende o autor:

A idéia (sic) de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁷

No presente artigo, o ativismo judicial será apreciado sob a terceira perspectiva traçada por Barroso, ou seja, a de imposição de condutas ou de abstenções ao Legislativo e ao Executivo, especialmente ao segundo, em matéria de políticas públicas.

Afirma-se que o Judiciário brasileiro tem ultrapassado os limites funcionais da jurisdição, utilizando-se de interpretações equivocadas dos princípios constitucionais, como se fossem a panaceia de todos os conflitos jurídicos do ordenamento jurídico.

O ativismo judicial centra-se neste ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim “resolve” problemas políticos por critérios jurídicos. Isto se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos. (...) Quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos.¹⁸

O que se observa é que, apesar de o ativismo atender às demandas da sociedade brasileira não satisfeitas pelos legisladores ou pelos administradores públicos, legítimos representantes eleitos pelo povo, ele acaba por usurpar um papel que não lhe pertence, e agrava mais ainda a deficiência institucional dos poderes públicos.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 25-26.

¹⁸ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 73.

Enquanto o ativismo norte-americano parece ter por objeto a contenção da atividade legislativa, o ativismo brasileiro não visa à contenção de excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação do Poder Legislativo e Executivo, na implementação de determinados direitos previstos na Constituição ou em resposta a certos reclamos do corpo social.¹⁹

Fazendo-se um paralelo entre o ativismo judicial nos Estados Unidos e o praticado no Brasil pelo STF percebem-se distinções importantes. Nos Estados Unidos, o caráter sintético da Constituição e o sistema majoritário ensejaram uma postura ativista do Legislativo e do Judiciário, em que este último precisa conter o poder legiferante dos Estados-membros e do Governo Federal. Já no Brasil, o caráter analítico da Constituição de 1988 e o sistema proporcional de eleição têm levado a um passivismo legislativo e a um ativismo judicial.²⁰

A omissão do poder público em legislar para regulamentar os direitos fundamentais previstos na Constituição ou ainda para concretizar políticas públicas, como forma de evitar temas polêmicos e afastar o eleitorado são fatores de impulsão do ativismo judicial no cenário democrático-institucional nacional, posto que ao Judiciário é delegada a missão de decidir, contudo, sem a prerrogativa de se utilizar da conveniência e da oportunidade.

Registra-se essa peculiaridade porque o ativismo judicial não pode ser compreendido da mesma forma em sistemas de *Civil Law* (caso brasileiro) e em sistemas de *Common Law* (caso dos Estados Unidos e da Inglaterra). Como é cediço, o Estado de Direito possui dois grandes sistemas: o sistema da *Common Law* e o sistema romano germânico ou da *Civil Law*.

Na *Common Law*, a jurisprudência (*precedente*) ocupa o posto de principal fonte do direito, de modo que não há exagero em dizer que os juízes criam o direito.

A expressão judge-made-law tem esta profunda raiz no *Common Law*. Assim, o juiz neste sistema, por regra, não é ativista. Ele, em verdade, cumpre o seu papel de improvisação continuada, a cada vez que é chamado a se pronunciar sobre um caso concreto. Não se diga, entretanto, não poder existir ativismo judicial no *Common Law*. Ele existe, e quando verificado é profundamente expellido, respeitando, é claro, as peculiaridades do sistema em que este ativismo se verifica.²¹

¹⁹ OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil, p. 37.

²⁰ OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil, p. 38-39.

²¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 71.

Já no sistema romano-germânico, com base no princípio da legalidade jurídica devida, torna-se mais evidente a ocorrência de ativismo judicial. A lei é a fonte principal para se chegar às soluções justas dos casos concretos, e na ausência dela o intérprete não está autorizado a criar o direito, devendo decidir, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Inegável, desta forma, o risco da inovação do ordenamento jurídico pelos magistrados, como se fossem os juízes Hércules de Dworkin, de modo essencialmente moralista.²²

Cunha, ao tratar do ativismo judicial, criou a metáfora do juiz Zorro, que com sua “capa” e suas impressões pessoais de justiça, resolveria os conflitos causados pela judicialização da política.²³ Todavia, esse juiz age ao arrepio da autorização constitucional, pelo uso fictício da proporcionalidade, da razoabilidade e da técnica de ponderação de princípios para imprimir suas percepções particulares de justiça.²⁴

É necessário cautela e visão ampla da problemática para não se desembocar na arbitrariedade e no governo dos juízes, em afronta direta ao princípio da separação dos poderes e colocando em risco o Estado Democrático de Direito.

O reconhecimento da força normativa dos princípios e da constitucionalização do direito, portanto, não pode ser considerado como um amplo espaço para a tomada de decisões embasadas em percepções pessoais ou na discricionariedade do juiz-intérprete, tão criticada pelos pós-positivistas. Muito menos permite ao julgador afastar-se da racionalidade ínsita ao juízo de fato (ou da instrução probatória).

O desvirtuamento – ou a ausência de parâmetros – no exercício do ativismo judicial dá espaço a um indesejável desprestígio das leis (regras) em favor de princípios que se amoldam às impressões pessoais do julgador. A atividade hermenêutica esvazia-se e a intervenção do Poder Judiciário nas políticas de Estado pode tornar-se arbitrária e, por conseguinte, desprovida de baldrame constitucional.²⁵

²² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*.

²³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Apud SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*, p. 50.

²⁴ Para Barcellos, o intérprete deve percorrer três etapas ao utilizar a ponderação. A primeira delas é a identificação de todos os enunciados normativos (conteúdo do texto dos dispositivos ou a enunciação de princípios ou regras implícitas) aparentemente em conflito na situação e agrupá-los de acordo com as soluções possíveis. Na segunda etapa, o intérprete deve examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os enunciados, que podem atribuir maior ou menor peso a alguns grupos de enunciados; e/ou podem esclarecer o grau de restrição que cada solução (norma) possível impõe aos diferentes enunciados envolvidos. A terceira etapa é o momento da decisão, considerando os enunciados e os fatos das etapas anteriores, de modo a construir a solução para o conflito. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁵ SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*, p. 48.

No Brasil, vários são os fatores de impulsão do ativismo judicial, como a judicialização da política e a jurisdição constitucional, já ventiladas neste artigo. Além desses fatores, também merecem ser destacados o modelo de Estado intervencionista, a expansão do controle abstrato de normas e a atividade normativa atípica do STF.

O primeiro fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil diz respeito ao modelo de estado democrático social, de perfil intervencionista adotado desde a Constituição de 1934 e que está expressa e implicitamente presente na Constituição Federal de 1988, como pode ser percebido pelos objetivos fundamentais da República insculpidos no artigo 3º; o extenso rol de direitos sociais garantidos no Capítulo II do Título I; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos; os vários instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico como o exercício direto de atividades que deveriam ser reservadas ao setor privado, medidas monetárias, de incentivo à produção e também de regulação do mercado por meio da tributação, dentre outros exemplos que poderiam ser citados.²⁶

Esse modelo de Estado atuante, provedor, intervencionista, conhecido como *Welfare State*, manifesta-se principalmente pela atuação das funções executiva e legislativa. Porém, o que se percebe, no caso brasileiro, é que a concretização dos programas sociais previstos na Constituição de 1988 foram repassados ao Poder Judiciário devido à falta de atuação dos outros poderes, ocasionado uma disfuncionalidade que (retro)alimenta o déficit democrático.

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente. (...) Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os

²⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 268-269.

limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno.²⁷

Um segundo fator que contribuiu sobremaneira para estimular o ativismo judicial no Judiciário brasileiro foi a expansão do controle abstrato de normas. Em decorrência do modelo de Estado intervencionista adotado, houve uma dilatação do campo de atuação estatal que se instrumentaliza, indubitavelmente, pela edição de leis. Ocorre que, a edição de tantas leis para atender aos anseios sociais levou à perda de qualidade formal e também substancial das mesmas, intensificando, conseqüentemente, o controle jurisdicional de constitucionalidade.²⁸

A expansão do controle abstrato de constitucionalidade brasileiro se deveu à ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, CF); ao alargamento do objeto dessas ações, abrangendo também a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º, CF), a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF e da ação direta declaratória de constitucionalidade.

Mas por que o espraiamento do controle abstrato de constitucionalidade levou ao aumento do ativismo? A resposta ao questionamento é simples e ramificada: devido aos efeitos gerais ou *erga omnes* que a decisão judicial impõe quanto à validade da lei, o que aproxima a atividade judiciária à função legislativa; bem como a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias de inconstitucionalidade; a interferência direta da jurisdição constitucional no conteúdo dos atos legislativos, estreitando a linha divisória entre legislar e jurisdicionar; e o fato das normas parâmetro de controle serem normas-princípio, dando maior liberdade ao órgão de controle.²⁹

Corroborando o entendimento de que o controle de constitucionalidade, assim como é realizado no Brasil, Reverbel incrementa o ativismo judicial:

O atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil também favorece o ativismo judicial. Se na Alemanha, na Espanha, na Itália, ou melhor, no sistema Europeu a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é restrita a uma Corte Suprema, a um Tribunal Constitucional; no Brasil, todos os juizes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei. O ativismo, assim, na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar a separação de poderes, faz do juiz um verdadeiro legislador e inclusive *ex post facto*,

²⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 271-273.

²⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 274-275.

²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 277.

contrariando o Estado de Direito, em que impera a lei, como decorrência, a justiça.³⁰

Outro fator a ser realçado é a atividade normativa atípica do STF, principalmente no que diz respeito à edição das súmulas vinculantes. A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 inseriu o artigo 103-A na Constituição Federal com a previsão do efeito vinculante à súmula de julgamentos oriundos do STF.

Os principais objetivos da súmula vinculante são: conferir maior celeridade aos julgamentos evitando o acúmulo desnecessário de processos em trâmite no Supremo; garantir a efetividade na aplicação da lei; e proporcionar uma uniformização da jurisprudência resultante da Suprema Corte, em consonância com o princípio da igualdade e da segurança jurídica, uma vez que impede que uma mesma norma seja interpretada de modos distintos, o que trazia um sentimento de descrédito da população com o Judiciário.

Como se viu o ativismo possui vários combustíveis de ordem estrutural, institucional, gerais e também peculiares ao contexto brasileiro, como também explica Reverbel:

Assim – em um sistema que tem por base a lei – a percepção do ativismo judicial parece ser um mal maior. Mas certamente este ativismo judicial, ao menos no Brasil, possui raízes mais profundas, como o desprestígio da lei, a ineficiência do executivo, a desestruturação do sistema, a irracionalidade das instituições, a ausência de uma boa política, a falta de consenso sobre pontos fundamentais.³¹

Delineados os contornos do ativismo judicial, passa-se à análise de acórdãos do Supremo Tribunal Federal que versam sobre a implementação de políticas públicas de educação.

PODER JUDICIÁRIO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de iniciar a análise de acórdãos que versam sobre o direito à educação, importa registrar uma das decisões mais emblemáticas da Suprema Corte brasileira sobre a intervenção do Poder Judiciário na função típica dos demais poderes, para implementação de políticas públicas.

³⁰ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 74.

³¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 69.

Trata-se da ADPF n. 45, de relatoria do ministro Celso de Mello, julgada em 29 de abril de 2004.³² Essa decisão é importante porque fez considerações sobre a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a cláusula da reserva do possível e sobre a escassez de recursos.

Afirma o ministro Celso de Mello que a Corte:

(...) não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

O ministro reconhece que não se inclui no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio o encargo reside, primeiro, nos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, em bases excepcionais, se e quando os órgãos estatais competentes descumprirem seus encargos políticos-jurídicos, poderá recair sobre o Judiciário tal incumbência, a fim de dar eficácia aos direitos individuais e/ou coletivos.

Também é ressaltado na decisão o vínculo financeiro à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, afirmando-se que “comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

Quanto à cláusula da reserva do possível, utilizando-se de farta fundamentação doutrinária, conclui o ministro que ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente quando a omissão puder causar nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais fundamentais.

Sustenta-se que a cláusula da reserva do possível está condicionada, para a imposição de encargo ao poder público, a um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder

³² Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O autor da ação constitucional sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC n. 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. A ação foi julgada prejudicada pela perda superveniente de seu objeto.

Público; e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Assim, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Para Liang Wang, a ADPF n. 45 trouxe considerações importantes e reveladoras em relação a decisões anteriores do STF que não consideravam a problemática da escassez dos recursos e cuja fundamentação imprimia um caráter absoluto aos direitos. No entanto, para o autor, a decisão proferida na ADPF n. 45, por ter sido em sede de controle abstrato de preceito fundamental, não conseguiu traçar critérios mais claros para servir como parâmetro aos administradores, aos juízes e aos próprios cidadãos.³³

Para o presente artigo, foi realizado um recorte temático e temporal, no sentido de coletar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acórdãos que versassem sobre o direito à educação, entre 2010 e 2015. Importa ressaltar, ainda, que além dos critérios temático e temporal de seleção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os acórdãos coletados são representativos da controvérsia analisada na pesquisa, posto que enfrentam a intervenção do Poder Judiciário em atribuições típicas da Administração Pública, a fim de implementar políticas públicas de educação.

A análise da fundamentação dos acórdãos e das teses apresentadas pela mais alta Corte do país, como se verá adiante, são de fundamental importância para a compreensão do ativismo judicial nos moldes aqui propostos.

Assim, no sistema de pesquisa de jurisprudência, a partir do recorte apresentado, foram encontrados cinco acórdãos, sendo o mais antigo de 2011, um de 2014 e três de 2015. Em ordem cronológica, passa-se à análise de cada um dos acórdãos.

O Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP, julgado em 23/08/2011,³⁴ de relatoria do ministro Celso de Mello, foi o acórdão mais longo dos cinco identificados, com 48 laudas. Nele, o ministro Celso de Mello repetiu os argumentos adotados na ADPF n. 45, na qual também foi relator.

³³ LIANG WANG, Daniel Wei. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV São Paulo*, jul./dez. 2008, p. 539-568, p. 549. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 16/08/2016.

³⁴ Neste acórdão o STF ratificou sentença que obrigou o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis, sob pena de multa diária por criança não atendida. Na argumentação do acórdão, foi ressaltada a obrigação estatal quanto à educação infantil, e, por se tratar de um direito constitucional, o Poder Judiciário teria legitimidade para intervir em caso de omissão estatal na implementação das políticas públicas de educação, não havendo transgressão ao postulado da separação de poderes.

No longo voto, seguido pelos demais ministros do STF, Celso de Mello esforçou-se em demonstrar a relevância do direito à educação como direito fundamental de segunda geração, utilizando farta fundamentação doutrinária e precedentes da Corte, para reafirmar a não violação ao princípio da separação de poderes nos casos em que, excepcionalmente, o Poder Judiciário determina à Administração Pública a implementação de políticas públicas, assim como a inoponibilidade da cláusula da reserva do possível.

Tendo em vista que os argumentos são os mesmos da ADPF n. 45 e estes já foram apresentados alhures, não serão feitos maiores detalhamentos, destacando-se apenas a seguinte afirmação de Celso de Mello:

A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1.219-1.220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.

No Ag. Rec. no Recurso Extraordinário com Agravo 761.127/AP, julgado em 24/06/2014,³⁵ o ministro relator Roberto Barroso transcreveu na íntegra a extensa ementa do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP, tanto em seu relatório quanto na fundamentação.

O Estado do Amapá (agravante), assim sustentou:

(...) somente o Poder Executivo, que tem um plano de governo definido para todo o Estado do Amapá, inclusive na área da educação, pode, dentro de seu poder discricionário, escolher, levando em conta as limitações orçamentárias, onde devem ser aplicadas as verbas e em qual obra, compra ou serviço deve investir, dentro das prioridades.

Contudo, o ministro Barroso limitou-se a colacionar julgados que seguem o mesmo entendimento do ARE 639.337/SP, sem enfrentar diretamente o argumento da Administração Pública.

A ADPF n. 45 também foi citada expressamente no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 860.979/DF, de 14/04/2015, da Segunda

³⁵ Neste acórdão a Suprema Corte brasileira firmou o entendimento de que em situações excepcionais o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, o que não representa ofensa ao princípio da separação de poderes. O caso versava sobre a imposição à Administração Pública de construção de uma nova escola em virtude da deterioração das instalações da instituição pública de ensino.

Turma do STF e de relatoria do ministro Gilmar Mendes.³⁶ Por unanimidade, os ministros acordaram em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator, para manter decisão que determinou à Administração Pública do Distrito Federal o atendimento educacional especializado a portadores de deficiência auditiva.

O Distrito Federal argumentou nas razões do recurso violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que “as escolhas políticas sobre alocação de recursos públicos e definição de políticas públicas prioritárias devem ser realizadas pelos representantes eleitos pelo povo”.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, acerca da intervenção do Judiciário no mérito administrativo, foi no sentido de que o princípio da separação de poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas. Portanto, não haveria que se falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira quando a obrigação decorre de mandamento constitucional e, igualmente, seria inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, em razão da intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.

O restante da fundamentação do voto do ministro relator Gilmar Mendes foi apenas no sentido de colacionar ementas de precedentes de ambas as turmas da Corte e do Pleno – ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, *DJe* 15/09/2011; RE 642.536 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, *DJe* 27/02/2013; AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, 2ª Turma, *DJe* 20/08/2010; ADPF n. 45, rel. min. Celso de Mello, *DJ* 04/05/2004; ADI 2.649, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJe* 17/10/2008; e RE 440.028, rel. min. Marco Aurélio, 1ª Turma, *DJe* 26/11/2013 – sendo que apenas o primeiro precedente tratava de forma específica sobre o direito à educação. Os demais versavam sobre direito à saúde, transporte e acesso a prédios públicos para deficientes físicos.

Nos embargos de declaração no Recurso Extraordinário com Agravo 875.333/RS, julgado em 28/04/2015,³⁷ que versava sobre o fornecimento de educação especial, o Supremo Tribunal Federal reafirmou não haver violação ao princípio

³⁶ O caso enfrentado pelo STF dizia respeito à educação para deficientes auditivos e inserção de portadores de necessidades especiais, de uma forma geral, na sociedade. Para os Ministros do Supremo, quando há o inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional cabe a intervenção excepcional do Judiciário. Além disso, não há de se falar em aplicação da cláusula da reserva do possível em razão do núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais, porque não teriam sido apresentadas razões suficientes pelo recorrente para infirmar a decisão recorrida.

³⁷ Como nos acórdãos anteriores o Supremo, ao tratar do fornecimento de educação especial, afastou a aplicação da teoria da reserva do possível e a ocorrência de violação à separação de poderes.

da separação de poderes quando o Judiciário determina que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente garantidos. Para fundamentar esse posicionamento, utilizaram-se dois precedentes, cuja ementa o argumento se repetia: “É possível ao Poder Judiciário determinar implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo”.

Quanto à cláusula da reserva do possível, afirmou-se não ser possível que ela fosse invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente. No caso em julgamento, considerou-se que o Estado do Rio Grande do Sul “não logrou êxito em demonstrar, de forma objetiva, ou seja, mediante detalhamento orçamentário, a impossibilidade de assegurar à parte recorrida o acesso à educação infantil especializada garantida pelo artigo 208, III, da Constituição Federal”.

Neste acórdão, em contraposição aos demais, houve ao menos a menção de que a Administração Pública não apresentou detalhamento orçamentário e, portanto, caso tivesse assim feito, a questão da escassez de recursos poderia ter sido melhor debatida pelo Supremo Tribunal Federal.

No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 545.882/SP, julgado em 27 de outubro de 2015,³⁸ também de relatoria do ministro Gilmar Mendes, os ministros acordaram pela possibilidade do Poder Judiciário determinar, excepcionalmente, a implementação de políticas públicas definidas pela Constituição, pelos órgãos estatais inadimplentes.

No acórdão foi destacada a educação como direito fundamental e indisponível dos indivíduos, não estando sujeito a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, bem como o dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Além disso, ressaltou-se ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer, a fim de assegurar o acesso à educação básica.

Portanto, após a análise dos acórdãos selecionados, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal tem interferido e condicionado a atividade típica da Administração Pública, no tocante à implementação de políticas pública de educação. Além disso, percebeu-se a superficialidade com que os argumentos do administrador são enfrentados, ou seja, não há análise dos fatos, e a fundamentação dos acórdãos se resume à transcrição de ementas de precedentes da Corte

³⁸ Em caso que analisou a imposição de obrigação de fazer à Administração Pública de fornecer transporte público, o STF mais uma vez afirmou a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para implementar políticas públicas.

que também não trazem nenhuma profundidade ao tema, à exceção da ADPF n. 45 e do primeiro acórdão analisado que era uma repetição da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Para Appio, o controle judicial das políticas públicas implicará a substituição da vontade dos membros dos demais poderes pela vontade dos juízes, ou seja, a vontade dos agentes estatais eleitos será substituída pela vontade dos não eleitos, de modo que somente a Constituição poderá fornecer um argumento forte para superar o impasse e evitar o desequilíbrio político no país. Para o autor, o sistema representativo é de fundamental relevância na democracia brasileira, portanto, não se pode conceber como regra a alteração de decisões de cunho político em consideração estrita das expectativas dos perdedores do processo eleitoral. A intervenção judicial, assim, somente seria cabível quando o governo violasse diretamente uma determinação constitucional.³⁹

Não pode o juiz, ainda, desconsiderar que todos os direitos possuem um custo e que o orçamento do Estado não é ilimitado, como já alertavam os autores Sunstein e Holmes. Além disso, o magistrado geralmente não detém do conhecimento necessário de finanças públicas ou simplesmente não tem como controlar um orçamento do qual não é gestor e desconhece as outras necessidades e urgências que se apresentam para a autoridade administrativa.⁴⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que a judicialização da política e a jurisdição constitucional influenciaram sobremaneira o aumento do protagonismo do Poder Judiciário e o incremento de seu papel político. No Brasil, essa consequência também ocorreu pela redemocratização do país e pelo caráter analítico da Constituição Federal de 1988, que delegou ao Poder Judiciário a função de concretizar o extenso rol de direitos fundamentais quando os demais poderes de tornam omissos.

O ativismo judicial, surgido na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, não possui conceito unânime, mas, entre as concepções apresentadas pela doutrina, trata-se da implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário em substituição aos demais poderes, o que implica uma intervenção indevida e contrária ao princípio da separação de poderes.

No Brasil, o ativismo judicial teve fatores de impulsão peculiares que o distinguem do ativismo judicial praticado nos Estados Unidos. Aqui, a prática do ativismo decorre principalmente da omissão dos Poderes Legislativo e Exe-

³⁹ APPIO, Eduardo. *Discrecionabilidade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁰ SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

cutivo, enquanto nos Estados Unidos o ativismo judicial surgiu como forma de conter a atividade legiferante dos Estados-membros e do governo federal.

Por fim, importa ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura ativista especialmente quando se trata da implementação de políticas públicas. No tocante ao direito à educação, os acórdãos analisados permitiram inferir que o STF compreende não haver violação ao princípio da separação de poderes quando o Judiciário, em bases excepcionais, impõe obrigação de fazer à Administração Pública. Além disso, em todos os acórdãos foi afastada a cláusula de reserva do possível sem o enfrentado do caso concreto, apenas com a repetição de ementas de precedentes, especialmente a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n. 45.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- APPIO, Eduardo. *Discrecionalidade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Themis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 23/09/2016.
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BEARD, Charles. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- BRANCO, Paulo Gustavo. Em busca de um conceito fugidivo. In: FELLET, André Luís Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, p. 393-401, 2011.
- CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2000.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LIANG WANG, Daniel Wei. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV São Paulo*, jul./dez. 2008, p. 539-568. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 16/08/2016.
- OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. ano 51, n. 2014, out./dez. 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509926/001032251.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17/08/2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2014.

SCMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

Data de recebimento: 10/08/2016

Data de aprovação: 27/09/2016