

Data do recebimento: 28/05/2019

Data do aceite: 23/06/2019

.....

ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES: ANÁLISE DO PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM CASOS QUE VERSAM SOBRE CONCESSÃO DE VAGAS DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES

.....

JUDICIAL ACTIVISM AND SEPARATION OF POWERS: AN ANALYSIS
OF THE ROLE OF THE UNION ATTORNEY GENERAL IN CASES
RELATING TO CONCESSION OF STUDENT LOAN (FIES)

Lia Carolina Vasconcelos Camurça¹

Sarah Linhares Ferreira Gomes²

Francisca Karine Lima Torres Damasceno³

1 - Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito pela UFC, área de concentração Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Advogada.

2 - Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza, Pesquisadora Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PROBIC) e membro do Núcleo de Estudos Sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social (NETDS). Teve dois artigos premiados entre os 5 melhores da Semana do Direito da Universidade de Fortaleza (2018), além de obter 1º lugar no XXIV Encontro de Iniciação à Pesquisa (2018).

3 - Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR - 2018), Graduada em Administração de Empresas pela Universidade Ceuma (UNICEUMA - 2007). Atuou como Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Direito do Trabalho e Previdenciário, além de possuir artigos científicos publicados em periódicos nacionais. Atualmente, é concludente do curso de Mediação e Conciliação Judicial pelo NUPEMEC/CE, reconhecido pelo CNJ.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Direito à Educação e a Separação de Poderes; 1.1 O Princípio da Separação de Poderes e os Direitos Fundamentais; 2. Um Ativismo Judicial Necessário?; 2.1 A Atuação da Advocacia-Geral da União em Face do Ativismo Judicial; 2.2 Análise de Três Casos de Pedidos de Concessão de Financiamento Estudantil - FIES; 3. Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem o escopo de analisar o fenômeno do ativismo judicial nas demandas que versam sobre a concessão de vagas no Financiamento Estudantil e a sua devida interferência no princípio da separação de poderes, norma basilar da República Federativa do Brasil. Opta-se por analisar especificamente tais processos, diante da importância e imprescindibilidade do papel exercido pela Advocacia-Geral da União – AGU. Dessa forma, utilizou-se de uma pesquisa bibliográfica e documental a fim de constatar se o ativismo judicial pode ou não lesionar a separação de poderes, previsão constitucional que visa, entre outros efeitos, a concretização de direitos fundamentais, entre os quais, o direito à educação. Nessa linha, este trabalho pretende abordar as problemáticas relacionadas à postura ativa da AGU em face de pedidos de ingresso no Fundo de Financiamento Estudantil – FIES, política governamental que facilita o acesso ao ensino superior não gratuito por meio de contratos dotados de condições mais vantajosas financeiramente. Contudo, para a devida operacionalização e sustentabilidade do programa, a concessão do benefício não é assegurada a todos os requerentes, causando iminente judicialização da questão. Para aprofundamento, ao final, o estudo contempla casos práticos de pedidos de concessão de vagas no FIES, bem como seu desenrolar mediante a atuação da AGU em seu proeminente dever de conter um malsinado excesso decisório judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Direito à Educação. Separação de Poderes. Advocacia-Geral da União. Financiamento Estudantil – FIES.

ABSTRACT: This essay aims to present studies on the phenomenon of judicial activism in litigations that deal with loans offered through the Brazilian Student Funding Program (FIES) and their interference in the principle of the separation of powers. It was decided to analyze specifically those claims, given the importance and indispensability of the role played by the Union Attorney General. Thus, a

bibliographical and documentary research was conducted to verify whether or not judicial activism has the capability to undermine the separation of powers, a basic principle of the Federative Republic of Brazil. This constitutional provision has as one of its main objectives the realization of fundamental rights, among them, the right to education. The Student Loan program (FIES) is a tool that aims to guarantee the access to higher education to several Brazilians who do not have access to public universities. However, for its proper operation, it is not possible to finance all of those who request it, causing imminent judicialization of the issue. Therefore, the performance of the Union Attorney General (AGU) stands out in its prominent duty to contain an decisioning judicial excess. Furthermore, this work aims to discuss such problems, deepening the study of practical cases of requests for funding vacancies, as well as their evolution from the active position of the AGU.

KEYWORDS: Judicial Activism. Right to Education. Checks and Balances. Union Attorney General. Student Loan – FIES.

INTRODUÇÃO

Tratar de ativismo judicial na contemporaneidade encerra diversos desafios. A judicialização de conflitos se torna, cada vez mais, inerente à sociedade brasileira. Citando Alexis de Tocqueville em sua análise dos Estados Unidos da América, mas igualmente válida para a República Federativa do Brasil, “Quase não há questão política que não se resolva, mais cedo ou mais tarde, em questão judiciária”.⁴

Nos Estados Unidos, a discussão sobre a validade da *judicial review*, traduzindo-se em português para o ativismo judicial, é de longa data e surgiu, nas palavras de George Marmelstein, principalmente, “do reconhecimento da supremacia da Constituição e a aceitação da criação judicial do direito”.⁵

Revelou-se mundialmente a necessidade de se inserir direitos e princípios fundamentais nos textos constitucionais ante as barbáries presenciadas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial, acobertadas pelo próprio sistema legal. Com isso, o sentimento de desconfiança legal passou a crescer cada vez mais, confiando-se, assim, na atuação das cortes para uma correta interpretação do caso.

Confia-se na intervenção judicial para dar uma última palavra, apesar de ser difícil a defesa de que se existe uma última palavra no Direito.⁶ A ideia da divisão dos poderes surge com o propósito de reprimir a tirania e limitar a atuação estatal sobre os direitos individuais. A partir do momento em que essa separação estabelece o devido controle entre os órgãos estatais, afasta-se a possibilidade de surgirem regimes arbitrários e despóticos. Assim, a doutrina da separação de poderes tem como ideia fundamental evitar a concentração e o exercício despótico do poder, até porque as consequências da concentração do poder são catastróficas. Desse modo, percebe-se que o princípio da separação de poderes é, acima de tudo, uma das principais garantias das liberdades públicas.

Utilizou-se de uma pesquisa bibliográfica e documental para constatar se o ativismo judicial possui ou não capacidade para lesionar a separação de poderes, norma basilar da República Federativa do Brasil, com foco no caso brasileiro da judicialização do programa de Financiamento Estudantil. Destaque-se que, diante da importância do papel exercido pela Advocacia-Geral da União, definiu-se analisar, no presente artigo, a correlação entre o ativismo judicial e a separação de poderes, à luz dos casos que versam sobre a concessão de vagas no programa denominado FIES.

Partindo-se da importância da reflexão sobre a hipótese de a separação de poderes estática ser a única forma benéfica a um regime constitucional, no próximo tópico, passa-se a discorrer sobre o princípio da separação dos poderes e o direito à educação, inserindo-se breve

4 - TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*: Livro 1 Leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 317.

5 - MARMELESTEIN, George. *A judicialização da ética*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018. p. 26.

6 - Cf. Idem, *ibidem*, p. 61. “Um dos pontos nucleares da presente tese é que não existe última palavra em matéria de ética ou direito.”

contexto histórico do Fundo de Financiamento Estudantil, doravante chamado de FIES. Insere-se, ainda, a discussão fática sobre a concessão de vagas no FIES e a atuação da Advocacia-Geral da União nos presentes casos. Nesse sentido, analisar-se-á a separação de poderes, nos dias de hoje, remetendo-se a um debate doutrinário acerca da jurisdição constitucional e seus limites, no que concerne a uma mudança do paradigma teórico e jurídico dos tribunais brasileiros, uma vez que as normas constitucionais não poderiam limitar-se ao campo normativo abstrato, devendo, ao contrário, ser aplicadas aos casos concretos.

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

A Constituição Federal de 1988, com o intuito de operacionalizar a obrigatoriedade do cumprimento das garantias nela insculpidas, prescreve em seu artigo 205:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Dessa forma, a educação é um direito social fundamental, constitucionalmente assegurado aos indivíduos, cumprindo ao Estado, pois, implementar medidas que visem assegurar a plena concreção desse direito. Apesar disso, faticamente, políticas públicas que sejam capazes de suprir as demandas sociais em todos os lugares deste imenso País são de difícil aplicabilidade.

O Estado, sozinho, não possui as devidas condições para oferecer um ensino gratuito e de qualidade para toda a demanda dos estudantes, buscando assim, a partir de uma parceria com a iniciativa privada, atender ao universo dos candidatos que desejam ingressar no ensino superior.

A fim de institucionalizar o Financiamento Estudantil em instituições privadas, ante o carecimento de porte das universidades públicas, foi criado, em 1975, o Crédito Educativo – CREDUC, sendo operacionalizado com recursos do Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e bancos comerciais.⁷ Contudo, consoante análise estatística de José Rezende, o FIES substituiu o CREDUC porque o programa foi mal executado, com inadimplência de 83%, sendo perdoada pelo governo federal, para a finalização do programa, a dívida dos contratantes.⁸

Com isso, o FIES foi criado pela Medida Provisória nº 1.827/1999 e concretizado pela Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001, para a criação do Financiamento Estudantil, buscando propiciar condições para que os alunos egressos das classes sociais menos favorecidas pudessem ingressar no ensino superior privado, haja vista as altas cargas de mensalidades a serem suporta-

7 - DIAS MOTTA, I.; PAPOTE DE OLIVEIRA, A. *A Educação e os Direitos da Personalidade: Fundo De Financiamento Estudantil (FIES)*. 24 mar. 2016. Disponível em: <https://figshare.com/articles/A_EDUCA_O_E_OS_DIREITOS_DA_PERSONALIDADE_FUNDO_DE_FINANCIAMENTO_ESTUDANTIL_FIES_/3123412/1>. Acesso em: 10 maio 2019

8 - PINTO, José Marcelino de Rezende. Uma análise da destinação dos recursos públicos, direta ou indiretamente, ao setor privado de ensino no Brasil. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 37, n. 134, p. 133-152, Mar. 2016, p. 147. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302016000100133&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2019.

das pela família do estudante, possivelmente ainda fora do mercado de trabalho.

José Rezende, ante a forma de implementação do programa atual, aponta uma visão pessimista que sinaliza o mesmo fim que teve o anterior CREDUC:

Ou seja, mais do que o subsídio embutido na taxa de juros, o grande e provável fim do FIES será uma dívida impagável para seus milhões de contratantes. Ocorre que essa hecatombe financeira de vários bilhões de reais começará a produzir seus efeitos apenas daqui a três ou quatro anos, quando os concluintes que ingressaram no boom do FIES tiverem de acertar suas contas com a Caixa Econômica Federal ou com o Banco do Brasil, os operadores do sistema.⁹

O autor destaca ainda que houve excessivo crescimento do programa, com decuplicação de contratos no período de 2009 a 2014, havendo um gasto correspondente à 12 bilhões de reais em 2014. Comparativamente ao investimento realizado no ensino superior público federal, esse montante corresponde à metade de toda a sua manutenção e desenvolvimento.¹⁰

Para Vera Chaves e Nelson Amaral, por sua vez, a escalada das despesas com o FIES revela que a política de expansão da educação superior deveria preferir a via da privatização à da subvenção pública, de forma a atender à demanda de ensino, sem a ampliação significativa de recursos do fundo público.¹¹

Wesley Pinheiro destaca ainda que o programa federal foi excessivamente utilizado como ferramenta de marketing pelas instituições privadas, “[...] onde a instituição prioriza e intensifica a busca por novos alunos, sem ações efetivas para controlar a perda deles durante o seu vínculo com a instituição”.¹² Essas propostas tentadoras de diploma fácil e barato influenciam os jovens “[...] sem que possam dimensionar o ônus financeiro que estão assumindo e muito menos a qualidade da formação que receberão”.¹³

A partir disso, tem-se que, nos últimos anos, o sonho do curso superior foi concretizado por vários brasileiros. No entanto, uma remodelação do FIES era necessária, de forma a garantir sustentabilidade ao programa. Desse modo, em 2015, a Portaria Normativa nº 13, do Ministério da Educação, inseriu parâmetros mais rígidos para a concessão do financiamento, o que acarretou uma maior judicialização para a obtenção de vagas financiadas.

A concessão de decisões com determinação de vaga em tal financiamento, por sua vez,

9 - PINTO, op. cit., p. 147.

10 - Idem, ibidem, p. 148.

11 - CHAVES, Vera Lúcia Jacob; AMARAL, Nelson Cardoso. EXPANSION POLICY FOR HIGHER EDUCATION IN BRAZIL - PROUNI AND FIES AS PRIVATE SECTOR FINANCERS. *Educ. rev.*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 49-72, Dec. 2016, p. 54. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982016000400049&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2019.

12 - PINHEIRO, Wesley Moreira. Captação X Inclusão: duas faces do financiamento estudantil. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, v. 13, n. 149, p.1-13, out. 2013, p. 07. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/21089>>. Acesso em: 11 maio 2019.

13 - PINTO, op. cit., p. 150.

torna questionável o princípio da separação de poderes, que consiste na independência e na harmonia entre os órgãos do poder político.

Destarte, se o Executivo, mesmo por intermédio de políticas públicas e até por repasses no orçamento, não consegue viabilizar a aplicabilidade igualitária desse direito, vê-se uma brecha para que o Judiciário interfira e garanta tal isonomia. Contudo, como pode haver harmonia enquanto um dos poderes possui a pretensa última palavra? A esse respeito, George Marmelstein aduz que:

[...] uma das principais notas características da jurisdição é a sua pretensão de definitividade, decorrente de seu poder de fazer coisa julgada. Num sistema que atribui a um órgão jurisdicional a guarda da Constituição, isso significa o poder de dar a última palavra sobre praticamente qualquer assunto que seja levado a julgamento. Sendo assim, os críticos da jurisdição constitucional questionam: quem controlaria o controlador? *Quis custodiet ipos custodes?* [...]. [grifos do autor]¹⁴

Apesar disso, possui-se, ao reverso, um abasileiramento do sistema de freios e contrapesos, ante a ineficiência estatal em suprir todos os comandos estabelecidos constitucionalmente. O financiamento estudantil, que, ao seu modo, também pode ser chamado de empréstimo estudantil, deve observar limitações orçamentárias e financeiras da União, não sendo passível de concessão a todos os alunos indiscriminadamente. Com isso, ante tal limitação, aumenta a probabilidade de uma iminente judicialização.

1.1 O Princípio da Separação de Poderes e os Direitos Fundamentais

A ideia do Estado constitucional da separação de poderes surgiu na metade do século XVIII, durante o período entre a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa. Originou-se sobremaneira das ideias de Locke e Montesquieu, em que se encontram vestígios introdutórios da divisão das funções do Estado e da separação dos poderes, ferramentas que seriam interpostas entre o monarca e a massa de súditos, em contraposição ao poder político excessivo da monarquia absoluta sobre as camadas sociais.¹⁵

Em sua obra *Política*, Aristóteles reconhece a existência de três funções estatais (legislação, administração e jurisdição) desempenhadas pelo soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais oponíveis a todos, a de aplicar os atos normativos e também a de dirimir conflitos gerados na aplicação desses no caso concreto. Embora haja várias divergências acerca do autor original da doutrina separacionista, muitos entendem que Locke foi um mero precursor da doutrina, sendo a autoria de fato creditada a Montesquieu.

14 - MARMELSTEIN, George. *A judicialização da ética*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018, p. 362.

15 - ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil. *Instituto Brasileiro de Direito Público*. Escola de Direito do IDP, n. 1, v. 1, p. 1-22, 2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>>. Acesso em: 17 jul. 2018, p. 3.

Nesse ínterim, Paulo Bonavides¹⁶ explica os precursores da separação de poderes, enfatizando que a sistematização do princípio se deu com a obra de Montesquieu, apesar de John Locke ter sido mais teórico do que este na concepção da teoria original da separação das funções estatais.

Nesse cenário, Locke identificou dois poderes, o Legislativo e o Executivo, propondo uma separação dual: o Legislativo, que era considerado o poder supremo e posto nas mãos de diversas pessoas que, reunidas, tinham o poder de elaborar as leis; e o Executivo, subordinado ao Legislativo, para o exercício permanente da execução das leis, embora abarcasse a função executiva, a função federativa e a prerrogativa.¹⁷ No pensamento de Locke, ainda não existia uma ideia de um poder judicial autônomo e o equilíbrio entre os demais poderes do Estado diante de um sistema de freios e contrapesos. Entretanto, ele parte da existência de um estado de natureza, no qual os homens eram, por natureza, livres e iguais, todos subordinados à lei natural, conforme aduz Dirley da Cunha.¹⁸

Já na concepção de Jorge Neto,¹⁹ a doutrina da separação dos poderes foi idealizada por Montesquieu como um “meio de evitar o despotismo real”, sendo favorável à moderação do poder soberano do monarca pelo parlamento por meio de leis fundamentais gerais, fixas, imutáveis e não escritas. Por outro lado, foi Montesquieu, inspirado pelas ideias de Locke, que sistematizou, definitivamente, as diferentes funções do Estado, relacionando-as aos organismos estatais distintos, aspirando a um poder limitado e com um governo moderado. Nesse sentido, Márcia Freixo expõe que:

A primeira teoria de separação dos poderes, já na era moderna, foi sistematizada por John Locke, na obra intitulada *Segundo Tratado do Governo Civil*. Locke dividiu os Poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Federativo, cabendo ao primeiro a elaboração das leis, ao segundo sua aplicação aos membros da comunidade e ao terceiro a função de relacionamento com outros estados. Para Locke, o Poder Legislativo era o poder supremo, sendo essencial sua separação do Poder Executivo. O Poder Judiciário não é mencionado na teoria de Locke como um poder autônomo.²⁰

Para Montesquieu, em cada Estado, havia três poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, em que cada um desses poderes correspondia a determinadas funções: a função de legislar, a função de administrar e a função de julgar, respectivamente. De acordo com André Cambuy, a referida teoria é inteligível, considerando-se que “todo homem que concentra diversas competências em suas funções tende historicamente a abusar dos privilégios que elas concedem”.²¹

16 - BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 147.

17 - CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2009. p. 516.

18 - Idem, *Ibidem*, p. 515.

19 - JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2009. p.60.

20 - FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O ativismo judicial e o princípio da separação de poderes. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, Ourinhos - SP, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/8>>. Acesso em: 17 jul. 2018, p.60.

21 - ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil. *Instituto Brasiliense de Direito Público*. Escola de Direito do IDP, n. 1, v. 1, p. 1-22, 2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

Sendo assim, o supracitado autor também destaca que a independência e a autonomia dos órgãos estatais se apresentaram mais como uma interpretação dos seus visionários do que a exposição de Montesquieu. Contrapondo essa tese, hoje, fala-se não em separação do Estado ou dos poderes, mas, tão somente, em separação de funções.²² Da mesma forma é o entendimento de Roberto Eros,²³ ao considerar que o poder estatal compreende várias funções, concernentes aos ofícios ou às autoridades que as exercem, sendo classificadas de funções orgânicas ou institucionais, sendo elas a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

A partir daí, o princípio da separação dos poderes passou a vincular-se à ideia de consuetudinismo, alterando a essência da estrutura organizacional do Estado. Nesse rumo, é importante ressaltar que a Constituição Brasileira de 1988 preocupou-se em destacar, desde logo, em seu artigo 2º, a separação dos poderes e o modo de atuação entre eles, quando declara que são “independentes e harmônicos entre si”. Isso significa que, na independência orgânica, não deve haver qualquer relação de subordinação ou dependência entre os poderes no que tange ao exercício de suas funções, concretizando-se, assim, cada competência de forma adequada e satisfatória. A par dessas premissas, Márcia Freixo comenta sobre o novo cenário da separação de poderes no constitucionalismo:

A separação rígida dos poderes tornou-se, na prática, inviável, restando superada. Atualmente, fala-se em separação de poderes flexível, havendo uma maior interpenetração, coordenação e harmonia entre os poderes. Cada poder exerce sua função predominante, mas, também, de modo acessório, funções que seriam típicas dos outros poderes, por exemplo, quando o Judiciário exerce funções administrativas relativas a seus assuntos internos, ou quando o Executivo edita normas, ou, ainda, quando o Legislativo julga autoridades nos crimes de responsabilidade.²⁴

No princípio da harmonia entre os poderes (ou da harmonização), a atuação dos entes estatais somente será eficaz quando houver entre eles uma verdadeira colaboração e controle recíproco para o cumprimento dos objetivos do Estado. Nas palavras de José Afonso, “cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas”. Por conseguinte, defende, ainda, que a Constituição da República estabeleceu um mecanismo de controle mútuo, no qual:

Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca de equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um detrimento do outro e especialmente dos governados.²⁵

22 - ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil. *Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito do IDP*, n. 1, v. 1, p. 1-22, 2012, p. 07. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

23 - GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 232.

24 - FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O ativismo judicial e o princípio da separação de poderes. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, Ourinhos - SP, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/8>>. Acesso em: 17 jul. 2018, p.61.

25 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 114.

Dessa maneira, a participação de um poder na função típica do outro não dilapida, infirma ou ameaça a separação das funções estatais, uma vez que tal modelo estrutural de Estado não pode ser considerado absoluto, mas relativo, o que vem completar a ideia implícita da separação de poderes, garantindo a harmonia entre eles. É relevante mencionar que um dos objetivos da consagração do princípio da separação de poderes na atual ordem constitucional brasileira, promulgada em 1988, diz respeito à garantia dos direitos fundamentais, tendo como diretriz basilar a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, os direitos fundamentais foram consolidados como categoria especial de direitos com o advento da Constituição Federal de 1988. Conceituar os direitos fundamentais sempre foi uma das tarefas mais complexas no mundo jurídico. Desde a sua origem, essa espécie de direitos passa por um processo de aprofundamento de percepção, representado pelas gerações e dimensões. Dessa forma, os direitos fundamentais são considerados “[...] netos dos direitos naturais e filhos dos direitos humanos”. (..) Ou melhor, “[...] são uma decorrência histórico-evolutiva dos direitos naturais”, segundo compreendido por Jorge Neto.²⁶

Norberto Bobbio esclarece que os “direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.²⁷ De forma genérica, o direito fundamental é definido como aqueles direitos positivados no ordenamento jurídico de um determinado Estado. Tal definição não é satisfatória, tendo em vista que importa saber o que dá a esses direitos a característica de fundamentais.

Por isso, Jorge Neto²⁸ se propôs a definir os direitos fundamentais como sendo “[...] todos aqueles constitucionalmente assegurados que visam a proteger, assegurar, implementar ou promover a dignidade da pessoa humana”. Com efeito, os direitos fundamentais transcenderam a ordem institucional, exteriorizando-se, doravante, em três gerações sucessivas, que remetem aos direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, quais sejam, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, como foi amplamente assinalado por renomados juristas, com base nos comentários de Bonavides.²⁹

Vale ressaltar que há também os direitos fundamentais da quarta geração, quais sejam, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Nesse contexto, Paulo Bonavides assinala uma quinta geração, que, no contexto da normatividade jurídica, condiz com a concepção da paz, por configurar um dos mais elogiáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais. Em razão das limitações espaciais e temáticas, dar-se-á ênfase aos direitos de segunda geração, que correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos e também aos direitos coletivos, por serem objeto de estudo neste momento.

Para Uadi Lammêgo,³⁰ os direitos fundamentais de segunda geração visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, por fazer algo de natureza social em favor do homem. Por sua vez, José Afonso esclarece que os direitos sociais são definidos como:

26 - JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2009. p. 29.

27 - BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 30.

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

29 - BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 581.

30 - BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 528.

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.³¹

Com isso, é relevante a atuação harmônica dos três poderes para garantir a concretização dos direitos sociais, cada qual exercendo sua função dentro da competência determinada pela Constituição Federal. Tal assertiva se torna de fácil percepção quando se trata do direito à educação, considerado relevante direito fundamental, uma vez que reúne as características dos direitos fundamentais constitucionais, como, por exemplo, aplicabilidade imediata e eficácia plena.

Ademais, o art. 6º do texto constitucional exalta a educação como categoria dos direitos fundamentais. Segundo esse dispositivo, combinado com o artigo 205, todos têm direito à educação, tendo o Estado e a família o dever de proporcioná-la. Isso significa que os objetivos básicos da educação só se realizarão mediante um sistema educacional democrático. Significa, em primeiro lugar, que, na visão de José Afonso:

O Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art.206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização.³²

O direito à educação materializado pelo FIES, por sua vez, pode ser visto como forma de driblar o art. 213 da Constituição Federal, que só admite a destinação de recursos para instituições privadas não lucrativas. Para José Rezende:

Como se viu, recursos públicos estão sendo destinados diretamente (Pronatec) ou indiretamente (ProUni) para instituições lucrativas, sem falar na compra de vagas na educação infantil. O caso do FIES é ainda mais paradigmático dessa estratégia. Uma enorme quantidade de recursos públicos tem sido destinada a instituições privadas lucrativas, muitas de qualidade duvidosa, sem qualquer controle e sem que elas tenham qualquer responsabilidade.³³

Por esse motivo, são questionáveis a exigibilidade da educação como direito social e a sua efetividade por meio de instrumentos individuais, se é considerado um processo socialmente justo e independente do atendimento de demandas individuais que privilegiam somente aqueles que têm a oportunidade de acesso ao Judiciário e veem seu pedido atendido, em detrimento de

31 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 289.

32 - Idem, *ibidem*, p. 316.

33 - PINTO, José Marcelino de Rezende. Uma análise da destinação dos recursos públicos, direta ou indiretamente, ao setor privado de ensino no Brasil. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 37, n. 134, p. 133-152, Mar. 2016. p. 149. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302016000100133&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 maio 2019.

outros que aguardam pelo Poder Público, mas sem possibilidade de recorrer à via judicial para concretizar o mesmo direito.

2. UM ATIVISMO JUDICIAL NECESSÁRIO?

A Constituição Federal de 1988 representou um marco histórico para a incorporação de uma nova sistemática ao ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Uadi Lammêgo,³⁴ foram trazidas características e ideias próprias do neoconstitucionalismo, apresentando um novo modelo de Estado de Direito que favorece a força normativa e axiológica do texto constitucional, bem como defende a observância dos princípios e a aplicabilidade das normas constitucionais, entre outros. Com a inserção das ideias defendidas pelo “constitucionalismo contemporâneo”, ocorreu uma mudança no paradigma teórico e jurídico dos tribunais brasileiros, uma vez que as normas constitucionais não poderiam limitar-se ao campo normativo abstrato, devendo, ao contrário, ser aplicadas aos casos concretos.

Dessa forma, o Poder Judiciário assumiu um papel mais ativo na concretização das normas constitucionais, especialmente na garantia dos direitos fundamentais, tendo como fundamento normativo o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estatuído no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Sendo assim, mesmo diante da inércia ou exercício insatisfatório das competências dos poderes Legislativo e Executivo, os direitos fundamentais podem ser concretizados pela via judicial, caso haja a devida postulação, ocasionando o fenômeno do ativismo judicial.

Recorrer ao Judiciário já está imbuído na mentalidade brasileira. “Buscar os meus direitos”, para a maioria das pessoas, implica apenas a proposição de ações judiciais. Esquecem-se de que, como parte de sua cidadania, implica também buscar seus direitos por meio do voto, associações, petições públicas ou por meio de negociação direta entre as partes. Essa judicialização é estimulada, principalmente, por uma cultura litigante brasileira. Na explicação de George Marmelstein:

A palavra judicialização ou judiciarização é um neologismo que designa a possibilidade de submeter uma questão à análise do Poder Judiciário, a fim de que a controvérsia seja dirimida por órgãos jurisdicionais dentro de um processo judicial com todas garantias e ritos a ele inerentes.³⁵

A garantia de acesso à justiça é essencial, mas não deve ser colocada como única solução para o equacionamento de problemas crônicos. Quiçá, como a resolução se dá de forma relativamente mais imediata para que se cumpra o que foi pedido, não se utiliza o cidadão das ferramentas de autocomposição para uma solução duradoura naquela política pública.

Para o mesmo autor, há um processo de enfraquecimento do Poder Legislativo como ins-

34 - BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 528.

35 - MARMELSTEIN, George. *A judicialização da ética*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018.

tância tomadora de decisões, justificando-se, como principal causa desse enfraquecimento, o manto de legalidade que se deu por esse Poder aos regimes totalitários.³⁶ Hoje, esse enfraquecimento se dá, principalmente, por via dos escândalos de corrupção presenciados no país nos últimos anos. Assim, têm-se um sentimento de que a lei não ajudará a população, restando ao Poder Judiciário a suposta missão da aplicação direta dos direitos fundamentais.

Destaque-se, portanto, a ocorrência de um exagerado individualismo e uma apatia geral do povo em relação aos interesses políticos. Consoante as palavras de Alexis de Tocqueville, teórico do despotismo democrático:

Não se deve dizer de maneira absoluta e geral que o maior perigo de nossos dias seja a licença ou a tirania, a anarquia ou o despotismo. Ambos são igualmente temíveis e podem decorrer facilmente de uma só e mesma causa, que é a *apatia geral, fruto do individualismo*; é essa apatia que faz que o dia em que o poder executivo reúne algumas forças, está em condição de oprimir, e que, no dia seguinte, quando um partido pode pôr trinta homens em batalha, está também em condição de oprimir. [grifo nosso]³⁷

Dessa forma, uma remodelação do sistema estatal é indispensável para conter essa exorbitante tendência egoísta, de modo que não exista nenhum poder cujo exercício não possa ser controlado por outro poder. A separação de poderes surgiu para evitar a tirania dos governos e limitar a atuação estatal sobre os direitos individuais, atuação esta baseada no axioma de que todo homem que detém o poder tende a dele abusar, de forma ilimitada. E, nesse sentido, Paulo Bonavides salienta que “[...] para que não se possa abusar desse poder, faz-se mister organizar a sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder”.³⁸

Nesse contexto, é importante frisar que a ideia de separação de poderes referida por Montesquieu não é exata e nem deve ser compreendida de modo absoluto, da mesma forma como foi aplicada no início da formação dos Estados modernos. Todavia, como bem alude Paulo Bonavides, percebe-se que:

O princípio se inaugura no moderno Estado de direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então toda a forma básica de Estado.³⁹

Com efeito, o ativismo judicial ganhou notoriedade com o advento da Constituição Federal de 1988, que concedeu amplos poderes ao Judiciário. Contudo, destaque-se que o termo “ativismo judicial” não se limita ao campo jurídico, tendo sido, em um primeiro momento, utilizado

36 - MARMELSTEIN, op. cit., p. 21.

37 - TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 418.

38 - BONAVIDES, PAULO. *Ciência Política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 148.

39 - Idem, *ibidem*, p. 152.

na seara política pelo historiador Arthur Meier Schlesinger Jr., que aludiu aos nove juízes com posicionamentos mais ativistas, assim considerados aqueles que adotavam postura mais ativa na concretização dos direitos fundamentais. Sendo assim, em virtude do estudo de tal fenômeno em diversos campos do conhecimento científico, foram apresentadas várias concepções acerca do ativismo judicial, predominando, nos dizeres de Luís Barroso “[...] 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”.⁴⁰

É relevante destacar que o ativismo judicial constitui um fenômeno que ocorre em virtude, muitas vezes, da ausência de observância satisfatória das competências determinadas pelo constituinte aos Poderes Legislativo e Executivo, notadamente com relação às normas programáticas, que necessitam da elaboração e ulterior concretização de políticas públicas referentes aos direitos sociais.

À vista disso, Milard Lehmkuhl⁴¹ aduz que o Poder Judiciário não pode mais ser considerado como “simples aplicador frio da letra da lei”, devendo desempenhar uma participação ativista, aproximando as normas jurídicas dos acontecimentos sociais, com o fito de superar a insuficiência demonstrada pelos demais poderes da República Federativa do Brasil.

Todavia, não obstante os evidentes benefícios decorrentes da postura ativista apresentada pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos constitucionais, o ativismo judicial sofre diversas críticas de estudiosos do tema, como bem aduzido por Luís Barroso,⁴² que faz referência à politização do Direito, aos limites da capacidade institucional e à legitimidade democrática. No que diz respeito à politização do direito, os magistrados, quando aplicam o direito no campo da política, sem o reconhecimento da devida diferenciação entre os campos jurídico e político de atuação, ocasionam consequências nefastas, uma vez que, de acordo com Eduardo Figueiredo, “acaba fazendo uma má política, por critérios jurídicos”.⁴³

Por sua vez, Luís Barroso⁴⁴ defende que o ativismo judicial deve ser visto como um fenômeno que favorece a democracia, na hipótese de o campo jurídico não se confundir com o campo político. Nesse mesmo sentido, argumenta que os magistrados que adotam uma postura ativista não podem atuar por “vontade política própria”, de maneira a pretender a concretização das maiorias políticas, devendo agir de forma “contramajoritária”, mesmo que confronte os interesses da maioria em virtude da concretização dos direitos fundamentais de determinados indivíduos. Atuando os juízes desse modo, o instrumento em estudo, portanto, não pode ser considerado em desfavor da democracia.

40 - BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n.º 21, jan./jun. 2012. p. 9.

41 - LEHMKUHL, Milard Zhaf Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. *Revista Bonijuris*, Paraná, v. 27, n. 2, p. 13-32, fev. 2015. p. 17.

42 - Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Espanha, n. 13, p. 17-32, dez. 2009. p. 10-12.

43 - FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. *O ativismo judicial, o princípio da separação de poderes e a ideia de democracia. Percursos: Sociedade, Natureza e Cultura*. Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-124, 2016. p. 116.

44 - BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n.º 21, jan./jun. 2012. p. 28

É válido ressaltar a importância de ser observada a capacidade institucional do Poder Judiciário em face das demandas que versem sobre políticas públicas, devendo tal atuação ser compartilhada com os demais poderes da federação brasileira, até mesmo porque a discussão nos âmbitos dos Poderes Legislativo e Executivo proporciona um debate mais próximo da sociedade, limitando-se, na via judicial, apenas às partes integrantes daquele processo. Contudo, tal argumento não pode ser justificativa para negar a concretização dos direitos fundamentais, sob pena de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outra crítica frequentemente desenvolvida nos estudos que permeiam o presente tema diz respeito à legitimidade democrática do ativismo judicial, questionando se tal fenômeno afeta e lesiona o princípio da separação de poderes, consagrado na atual ordem jurídica brasileira. Essa indagação advém do próprio modelo estrutural de Estado que foi consagrado pelo constituinte de 1988, em que cada Poder da República possui funções típicas e atípicas, todas com o escopo de concretizar os ditames constitucionais. Dessa maneira, quando o Poder Judiciário atua de forma ativista para a concretização de direitos sociais que necessitam de políticas públicas, adentra na esfera de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo necessário esclarecer se essa interferência é constitucional e legítima.

A propósito, André Cambuy⁴⁵ avalia que, quando o ativismo judicial se manifesta com o escopo de suprir a omissão legislativa ou a ausência de efetividade das políticas públicas, cuja função é do Poder Público, não fere o princípio da separação de poderes, visto buscar, em última medida, a concretização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, entre eles, o direito à educação. Contudo, deve se atentar ao fato de que o crescimento do ativismo judicial revela uma “debilidade da democracia jovem do país” e demonstra que ainda é muito necessário o seu desenvolvimento, uma vez que os direitos consagrados de forma abstrata estão sendo concretizados primeiramente pelos tribunais e não pelo Parlamento ou pelo Executivo.

No mesmo sentido, defende Milard Lehmkuhl que “o Judiciário não necessita de uma prévia ação do legislador, nem mesmo da adoção de políticas públicas e orçamentárias do administrador”.⁴⁶ O autor salienta ainda a existência de questões que estão intrinsecamente relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana, norma basilar da Constituição Federal e de responsabilidade de todos os poderes da federação brasileira, devendo ser empreendidas, para efetivação desse princípio, intervenções assecuratórias dos direitos fundamentais.

Desse modo, faz-se imprescindível o reconhecimento e a observância da competência de cada um dos poderes republicanos, uma vez que a Carta Magna determinou a esfera de atuação de todos, seja Legislativo, Executivo ou Judiciário. Contudo, essa repartição constitucional de funções estatais não pode servir de fundamento para a inércia de determinado poder no exercício de suas tarefas. Assim, o ativismo judicial constitui um instrumento bastante eficaz do sistema de freios e contrapesos, pois impede a abusividade ou arbitrariedade dos poderes Legislativo e Executivo, devendo intervir na seara destes apenas e tão somente quando houver a devida necessidade de tutela dos direitos fundamentais, sob pena de ferir o princípio da separação de poderes.

45 - ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil. *Instituto Brasiliense de Direito Público. Escola de Direito do IDP*, n. 1, v. 1, p. 1-22, 2011. p. 18. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

46 - LEHMKUHL, Milard Zhaif Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. *Revista Bonijuris*, Paraná, v. 27, n. 2, p. 13-32, fev. 2015. p. 17.

Em consonância com os estudiosos que reprovam o ativismo judicial por ferir o modelo tripartite de poderes, Eduardo Figueiredo afirma que, quando o Estado brasileiro permite o ativismo judicial, corre o risco de não observar a legitimidade democrática, “[...] uma vez que o povo abre mão do voto para, supostamente, usufruir de bons serviços públicos, o que se agrava ainda mais, com desrespeito ao princípio da separação de poderes [...]”.⁴⁷

Sendo assim, verifica-se que uma das fontes do ativismo judicial é a crise de representatividade que aflige a atual democracia brasileira, uma vez que os poderes representativos do povo perderam em grande parte sua credibilidade política devido ao não cumprimento satisfatório de suas funções constitucionais, entre elas, a concretização do direito à educação. Com isso, os indivíduos utilizam a via jurisdicional para concretizar os direitos fundamentais estatuídos na Carta da República, evitando prejuízos à sua individualidade. Todavia, essa postura ativista demonstrada pelos magistrados deve ser vista com cautela e realizada apenas quando estritamente necessária, em observância ao princípio da separação de poderes e à garantia dos direitos fundamentais.

2.1 A Atuação da Advocacia-Geral da União em Face do Ativismo Judicial

A partir da presente análise teórica, portanto, vislumbra-se a necessidade de que o Poder Judiciário seja árbitro somente na exceção.⁴⁸ Para isso, de forma a confirmar os casos de excepcionalidade, conta-se com a atuação da Advocacia-Geral da União. Essa instituição, consoante definição do art. 131 da Constituição Federal de 1988, representa os interesses da União judicial e extrajudicialmente.

Na lição de George Marmelstein, houve uma mudança no paradigma do fundamento do poder, de forma que as funções institucionais se guiam pelos valores fundamentais relacionados ao respeito à pessoa. Com isso, essa mudança de paradigma:

[...] provocou uma transformação de sentido no princípio da separação de poderes, pois colocou o órgão responsável pela proteção dos direitos fundamentais numa *situação de contrapoder*, funcionando como o árbitro final dos conflitos jurídicos, inclusive para controlar a validade material dos atos emanados dos demais órgãos estatais. [g.n.]⁴⁹

No mesmo sentido, defende Ronald Dworkin:

Creio que está errado e, no fim, profundamente a idéia e o Estado de Direito. O argumento que exorto os alemães a adotar, de que o direito, bem compreendido, pode apoiar o que

47 - FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação de poderes e a ideia de democracia. *Percursos: Sociedade, Natureza e Cultura*, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-124, 2016. p. 118.

48 - Frase de Dias Toffoli na abertura do Seminário “Os 30 Anos da Constituição Brasileira”, promovido pela Advocacia-Geral da União. EM seminário na AGU, presidente do STF defende mudança na cultura da judicialização. *Notícias STF*. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=396981>. Acesso em: 07 maio 2019.

49 - MARMELSTEIN, George. *A judicialização da ética*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018. p. 131.

chamamos de desobediência civil, só pode ser um argumento efetivo quando rejeitamos esse aspecto do positivismo e insistimos em que, embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, *a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa*.⁵⁰

Com isso, para evitar que esse contrapoder seja utilizado de forma desmedida, cabe destacar os argumentos levantados pela Advocacia-Geral da União. Há alguns anos, essa instituição vem travando embates relativos à judicialização da saúde, sendo relevantes também as questões diretamente ligadas ao direito à educação. Dessa maneira, busca-se que o Judiciário não se transforme em uma espécie de poder onipresente e onipotente, que apresenta soluções que não necessariamente passaram pelo crivo democrático, pois esse pequeno número de juízes não foi eleito, nem presta contas à sociedade.⁵¹

2.2 Análise de Três Casos de Pedidos de Concessão de Financiamento Estudantil - FIES

Passa-se agora à análise de três casos relacionados às vagas no Programa de Financiamento Estudantil, destacando-se os pedidos realizados, o deferimento ou não de medida de segurança, bem como os argumentos levantados pela Advocacia-Geral da União. Ressalte-se que os casos não se tratam de *leading cases*, eis que estes apenas se constituiriam caso determinassem uma regra importante, sobre qual as demais decisões posteriores gravitam.⁵² Os casos escolhidos são exemplos dos argumentos utilizados pela AGU, bem como do desenrolar processual relacionado a pedidos de concessão de financiamento estudantil.

De início, tem-se a suspensão de liminar e de sentença nº 2.277 – DF, em sede do Agravo de Instrumento nº 0014524-41.2017.4.01.0000, em que o desembargador federal relator determinou à União e ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) a emissão e o repasse de certificados financeiros do Tesouro (CTFs) para a entidade educacional autora, no montante total de R\$ 266.782.090,71 (duzentos e sessenta e seis milhões, setecentos e oitenta e dois mil, noventa reais e setenta e um centavos). Diante disso, a União e o FNDE protocolaram pedido de contracautela no STJ, argumentando, principalmente:

[...] só para a UNIESP, o impacto no orçamento representa mais de R\$ 266 milhões, de modo que, o efetivo cumprimento da r. decisão poderá interromper a concessão de novos financiamentos “ (fl. 34), pois tal valor “representa o equivalente à concessão de 45 mil novos financiamentos no 2º semestre de 2017” (ibidem); o) há risco de efeito multiplicador, pois eventual extensão da antecipação de tutela para as demais entidades mantenedoras com mais de 20.000 matrículas financiadas “causaria um impacto de mais

50 - DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 171.

51 - Idem, *ibidem*, p. 362.

52 - SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a “Common Law”:, em particular, a dos EUA. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 92, p. 163-198, 1 jan. 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

de R\$ 2,5 bilhões, o que representa 12,5% total do orçamento de 2017” (fl. 33) – impacto orçamentário que “equivale à concessão e aditamento de renovação semestral de aproximadamente 416 mil estudantes, quantidade que equivale a quase 30% do total de graduandos com recursos do Fies. [...]”⁵³

O emprego da via suspensiva foi acatado pela ministra Laurita Vaz, ante a acentuada ofensa à economia pública, com ordenação de despesa sem a devida previsão orçamentária. Vislumbrar-se-iam os danos ao erário, em função de única mantenedora de instituições de ensino, caso a decisão em sede de agravo de instrumento houvesse permanecido.

Em outro caso, no Processo nº 1007741-69.2015.4.01.3400, que tramitou na Seção Judiciária do Distrito Federal, a autora impetrou mandado de segurança em face do Presidente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), eis que foi aprovada no vestibular do Curso de Medicina na 57ª posição, realizando matrícula por meio do contrato de prestação de serviços educacionais. Como razão do mandado, aduziu que o número de vagas ofertadas pela faculdade no curso de medicina foi de 80 vagas e, tendo a faculdade nota 4 no SINAES, teria, com isso, direito a 75% das vagas autorizadas para o curso, totalizando, assim, 60 vagas no FIES, e não apenas as seis disponibilizadas. A segurança foi denegada. Posteriormente, em prestação de informações, o presidente do FNDE, por meio da AGU, aduziu que:

A definição de limitação das quantidades de vagas ofertadas em razão do conceito atribuído no Sinaes ao código de curso, objetiva, como forma de transição impedir que um determinado curso, IES ou mantenedora dependa excessivamente do Fies, o que, no plano macro, pode significar uma distribuição desigual e não razoável dos recursos disponibilizados pelo Fundo e, de outro lado, pode repercutir na utilização indevida da política pública, desvirtuando seu objetivo de permanência dos estudantes na educação superior.⁵⁴

Com isso, em sede de sentença, o magistrado federal aduziu, entre outras teses, que:

Não cabe ao Poder Judiciário intervir em matéria atinente a previsão e execução orçamentária estabelecida pelo governo, **sob pena de violar o postulado da separação de poderes, essencial para o regime democrático**, pois cabe ao administrador, mediante critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, conduzir da melhor forma as políticas públicas para o acesso ao ensino superior. (Grifo nosso)

Destaque-se a postura do magistrado em citar claramente o princípio da separação dos poderes como essencial ao regime democrático, de forma a manter o equilíbrio entre os poderes da federação.

Por fim, analisa-se último caso, desta vez, relativo ao aditamento contratual de FIES, o Processo nº 0816517-25.2017.4.05.8100, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ingressou a parte autora com ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela provisória de urgência, para realização de aditamento contratual. Segundo ela:

53 - Consulta da decisão de suspensão de liminar e de sentença nº 2.277 - DF. Disponível em: <http://twixar.me/vDKn>. Acesso em: 10 maio 2019.

54 - Processo nº 1007741-69.2015.4.01.3400. Mandado de Segurança Cível, 3ª Vara Federal Cível da SJDF. Consulta via PJE.

Após erros por parte da faculdade no lançamento de informações no SisFIES destinadas ao aditamento de seu contrato, teve um prazo exíguo para os procedimentos junto à instituição bancária, o que a levou a perder o prazo para tanto”.⁵⁵

A tutela provisória foi denegada e, em contestação, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, por meio da Advocacia-Geral da União, aduziu que:

Verifica-se que a não formalização do contrato do FIES do aluno em 2018.1 NÃO se deu em razão de problema no SisFIES ou mesmo em função de qualquer conduta que possa ser imputada ao FNDE, mas sim em função da perda de prazo junto ao banco, [...] Não se poderia ainda pretender que o FNDE fizesse o repasse de valores a IES, isto porque o repasse só ocorreria validamente se o aditamento fosse formalizado corretamente, sob pena de os recursos público serem repassados à IES sem autorização legal, o que importaria em responsabilidade pessoal da autoridade competente. Não se cogita, portanto, qualquer responsabilidade do FNDE, não havendo qualquer obrigação de indenizar a parte autora. Não se poderia, sem sérias lesões às normas do FIES, à isonomia, à legalidade e à segurança jurídica, firmar contrato de forma impositiva entre o autor e o FIES mediante intervenção do Poder Judiciário, de forma a surtir efeitos retroativos a 2016.2.⁵⁶

Tal posição foi confirmada pelo Juízo, determinando-se que:

Com efeito, constata-se que o aditamento do contrato foi iniciado dentro do prazo com os valores corretos, mas o comparecimento ao banco para regularizar sua situação no prazo estabelecido pelo FIES é de responsabilidade da autora, não sendo plausível atribuir as suas pendências contratuais a falhas do sistema eletrônico SISFIES.⁵⁷

Dessa forma, verifica-se que, quanto à concessão de vagas de FIES, existem maneiras de se evitar um ativismo judicial nocivo ao erário, preservando-se o direito fundamental à educação àqueles que efetivamente atendem aos critérios da política do programa.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo trouxe uma análise crítica sobre o ativismo judicial nas demandas que versam sobre a concessão das vagas em Financiamento Estudantil e o seu impacto no princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal de 1988. Tal política afirmativa se refere ao desdobramento do direito à educação, tido como fundamental e, portanto, portador das

55 - Trechos da decisão denegatória da tutela de urgência. Processo nº 0816517-25.2017.4.05.8100. Procedimento Comum Cível – Obrigação de Fazer, 3ª Vara Federal da JFCE. Consulta via PJE.

56 - Trechos da contestação. Processo nº 0816517-25.2017.4.05.8100. Procedimento Comum Cível – Obrigação de Fazer, 3ª Vara Federal da JFCE. Consulta via PJE.

57 - Trechos da sentença. Processo nº 0816517-25.2017.4.05.8100. Procedimento Comum Cível – Obrigação de Fazer, 3ª Vara Federal da JFCE. Consulta via PJE.

características que são próprias dos direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira, como a aplicabilidade e a eficácia imediata.

A partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, constatou-se que o ativismo judicial, a ser utilizado de forma reflexiva e sem exageros principiológicos, é um instrumento para concretização da democracia brasileira e a garantia da força normativa da Constituição Federal, visto que possibilita a efetivação dos direitos fundamentais. Contudo, deve ser sopesado, para evitar a descaracterização do sistema de freios e contrapesos existente no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, verificou-se também que o princípio da separação de poderes não pode ser interpretado de forma absoluta, pois, tendo em vista o sistema de freios e contrapesos, deve-se permitir a interferência de um poder no outro quando necessário, objetivando a harmonização da sociedade. No entanto, ante a atuação de órgãos como a Advocacia-Geral da União, há a efetiva concretização dos ditames constitucionais que expressam que todos os entes federativos possuem o dever de tutelar o direito fundamental à educação. Portanto, quando houver políticas públicas devidamente adequadas e satisfatórias para o exercício do direito supramencionado, deve o Judiciário se abster de adentrar na esfera do Legislativo e do Executivo, em respeito à separação de poderes.

Por outro lado, o direito à educação – espécie do gênero direitos sociais –, nos casos que versam sobre a concessão de vagas no Financiamento Estudantil, também não pode ser interpretado como um direito absoluto, que deve ser concretizado em todas as demandas que o pleiteiam. Tal entendimento decorre da necessidade de se respeitar a estrutura organizacional do Estado de direito brasileiro, o princípio da separação de poderes e os limites da capacidade financeira estatal para concretizar direitos programáticos.

Assim, o ativismo judicial deve ser exercido nos limites estabelecidos na Constituição Federal, estritamente nos casos em que se verifiquem condutas inconstitucionais de um poder da República, devendo-se observar, de qualquer forma, o sistema de freios e contrapesos, sob pena de converter-se em um instituto gerador de insegurança jurídica. Entretanto, esse não é o caso dos processos que versam sobre a concessão de vagas no Financiamento Estudantil, uma vez que não há omissão estatal quanto à regulamentação do programa e sua execução pela iniciativa privada.

Desse modo, os magistrados devem agir com a cautela necessária no exame de tais processos, uma vez que, nesses casos, não há conduta omissiva, o que seria afrontoso ao texto constitucional, mas apenas limitação de concretização de todos os direitos sociais incondicionalmente. Assim, rechaçar o ativismo judicial indiscriminado é assegurar o equilíbrio do sistema federativo brasileiro e evitar a potencial insegurança jurídica que pode advir de tal conduta.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil. *Instituto Brasiliense de Direito Público. Escola de Direito do IDP*, n. 1, v. 1, p. 1-22, 2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

_____. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Espanha, n. 13, p. 17-32, dez. 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Ciência Política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 abr. 2019.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHAVES, Vera Lúcia Jacob; AMARAL, Nelson Cardoso. EXPANSION POLICY FOR HIGHER EDUCATION IN BRAZIL - PROUNI AND FIES AS PRIVATE SECTOR FINANCIERS. *Educ. rev.*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 49-72, dec. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982016000400049&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

DIAS MOTTA, I.; PAPOTE DE OLIVEIRA, A. *A Educação e os Direitos da Personalidade: Fundo De Financiamento Estudantil (FIES)*. 24 mar. 2016. Disponível em: <https://figshare.com/articles/A_EDUCA_O_E_OS_DIREITOS_DA_PERSONALIDADE_FUNDO_DE_FINANCIAMENTO_ESTUDANTIL_FIES_/3123412/1>. Acesso em: 10 maio. 2019

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Análise histórica da separação de poderes na ótica do poder judiciário no Brasil. *Revista Direitos Culturais*, n.18, maio 2014. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR,XM,EA/analise+historica+da+separacao+dos+poderes+na+%C3%B3tica+do+poder+judici%C3%A1rio/BR/vid/546287118>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação de poderes e a ideia de democracia. *Percursos: Sociedade, Natureza e Cultura*, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-124, 2016.

FREIXO, Márcia Aparecida de Andrade. O ativismo judicial e o princípio da separação de poder-

res. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, Ourinhos - SP, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/8>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

LEHMKUHL, Milard Zhaf Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. *Revista Bonijuris*, Paraná, v. 27, n.º. 2, p. 13-32, fev. 2015.

MARMELSTEIN, George. *A judicialização da ética*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. Reflexões sobre o ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD*, Rio de Janeiro, n. 27, 2015.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da; MARCHETTI, Vitor. JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DAS VAGAS EM CRECHES NA CIDADE DE SÃO PAULO. *Educação & Sociedade*, [s.l.], v. 39, n. 144, p.652-670, 26 mar. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/es0101-73302018176112>. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v39n144/1678-4626-es-es0101-73302018176112.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

PINHEIRO, Wesley Moreira. Captação X Inclusão: duas faces do financiamento estudantil. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, v. 13, n. 149, p.1-13, out. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/21089>>. Acesso em: 11 maio 2019.

PINTO, José Marcelino de Rezende. Uma análise da destinação dos recursos públicos, direta ou indiretamente, ao setor privado de ensino no Brasil. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 37, n. 134, p. 133-152, Mar. 2016, p. 147 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302016000100133&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 92, p. 163-198, 1 jan. 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360>>. Acesso em: 18 de jun. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: Livro 1 Leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.