

## MORA DO LEGISLATIVO X ATIVISMO JUDICIAL NA IMPLANTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS A DIREITOS HUMANOS

Edilon Volpi Peres<sup>1</sup>  
Juvêncio Borges Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar a implementação dos direitos para o cidadão e deveres fundamentais ligados a inúmeras políticas públicas relacionadas à saúde, educação, segurança pública, meio ambiente, entre outras, consagrados pela Constituição Federal de 1988, que foi pródiga em estabelecer verifica-se que o Estado permanece em mora na implantação de políticas públicas aptas ao enfrentamento da estrondosa desigualdade social presente no Brasil. Uma das causas dessa mora resulta da ineficiência do legislador em regulamentar os dispositivos constitucionais. Diante dessa lacuna criada pela ausência de vontade política do legislador e da constante mudança social, e diante dos inúmeros conflitos decorrentes de relações interpessoais não regulamentadas, que muitas vezes vão parar no poder judiciário, o qual não pode se abster de julgar, surge a necessidade de muitas vezes decidir questões não definidas em lei. Esta atuação do judiciário, decidindo sem base em dispositivos legais, ou além do que neles é definido, dá ensejo ao ativismo judicial. Como resultado, concluímos que o Poder Judiciário não deve atuar como legislador mas havendo a falta de um ato normativo que impeça o exercício de um direito fundamental pelo cidadão, constituindo-se uma inércia negligente, desarrazoada e desidiosa do Poder que tinha a obrigação de legislar, deve-se sempre buscar a satisfação desses direitos fundamentais. O método de abordagem a ser usado é o analítico-dedutivo, para que seja visualizado o objeto de estudo como resultante de múltiplas determinações e fatores, sobretudo de ordem histórica e constitucional. A extração dos verdadeiros conteúdos dos institutos jurídicos é satisfatória com a sua indagação sob a ótica analítico-dedutiva.

**Palavras-Chave:** Mora do Legislativo, ativismo judicial e políticas públicas

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the implementation of rights for citizens and fundamental duties related to numerous public policies related to health, education, public safety, environment, among others, enshrined in the Federal Constitution of 1988, which was lavish in establishing verifica that the State remains in default in the implementation of public policies able to face the resounding social inequality present in Brazil. One of the causes of this delay is the inefficiency of the legislature in regulating constitutional provisions. In the face of this gap created by the lack of political will of the legislator and constant social change, and in the face of the numerous conflicts arising from unregulated interpersonal relations, which often go to the judiciary, which can not refrain from judging, often decide issues not defined by law. This action of the judiciary, deciding without legal devices, or beyond what is defined in them, gives rise to judicial activism. As a result, we conclude that the Judiciary should not act as legislator but there is a lack of a normative act that prevents the exercise of a fundamental right by the citizen, constituting a negligent, unreasonable inertia and inertia of the Power that had the obligation to legislate , we must always seek the satisfaction of these fundamental rights. The method of approach to be used is the analytic-deductive, so that the object of study is visualized as resulting from multiple determinations and factors, especially of a historical and constitutional order. The extraction of the true contents of legal institutes is satisfactory with their inquiry from the analytic-deductive point of view.

---

<sup>1</sup> Possui graduação em DIREITO pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1998). E-mail: [edilonperes@gmail.com](mailto:edilonperes@gmail.com)

<sup>2</sup> Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2010). E-mail: [jsilva@unaerp.br](mailto:jsilva@unaerp.br)

**Key words:** Mora of the Legislative, judicial activism and public policies

## INTRODUÇÃO

Após 30 anos da Constituição de 1988, que foi pródiga em estabelecer direitos para o cidadão e deveres fundamentais ligados a inúmeras políticas públicas relacionadas à saúde, educação, segurança pública, meio ambiente, entre outras, verifica-se que o Estado permanece em mora na implantação de políticas públicas que façam frente à estrondosa desigualdade social presente no Brasil. Tal mora na efetivação dos princípios e normas definidos pela Constituição Federal, tem como uma de suas causas a ineficiência do legislador em regulamentar os dispositivos constitucionais, como por exemplo, o direito de greve dos servidores públicos, a união estável de pessoas do mesmo sexo, a tributação de grandes fortunas, entre outros. Devemos ter em mente que a função legislativa tem prioridade em face da Administração, principalmente em função do princípio da legalidade, em razão da administração não pode agir sem que a norma determine o que deve ser feito, assim, uma vez definidas as políticas públicas pelo Legislativo, cabe ao Executivo simplesmente executar.

Diante dessa lacuna criada pela ausência de vontade política do legislador e da constante mudança social, onde a sociedade está em constante evolução, não sendo possível aguardar a vontade do legislador para regulamentar questões já consolidadas socialmente, e diante dos inúmeros conflitos decorrentes destas novas relações não regulamentadas, que muitas vezes vão parar no poder judiciário, o qual não pode se abster de julgar, surge a necessidade de muitas vezes decidir questões não definidas em lei. Além disso, temos que nos atentar que o Poder Judiciário dispõe de meios compulsórios para a execução de suas decisões que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou a efetuar uma prestação omitida, no entanto, não dispõe de meios jurídicos para constranger o legislador a cumprir a obrigação de legislar, ainda que efetivamente omissor. Esta atuação do judiciário, decidindo sem base em dispositivos legais, ou além do que neles é definido, dá ensejo ao ativismo judicial. A discussão a que nos propomos no presente artigo é: até que ponto a mora do legislador, enseja o ativismo judicial?

## DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Os Direitos Humanos surgiram com a proposta de irem além dos discursos teóricos, para atingirem, também, questões práticas. Assim, na medida em que surge a necessidade de trazer estes direitos para o plano concreto, principalmente no que tange aos direitos sociais, surge a necessidade de adoção de políticas públicas para sua implementação. O estudo das políticas públicas avulta em enorme importância no Brasil atual. Primeiro, pela grande quantidade de tarefas que foram cometidas ao Estado com o advento da Constituição Federal de 1988; segundo, pela significativa carga tributária imposta aos cidadãos, com o intuito de subsidiar a realização destes objetivos sociais. Com o avanço das reivindicações populares e com a organização de movimentos sociais, os quais tiveram, e ainda têm, importantes papéis quanto ao exercício da cidadania plena, foram percebidos os pontos fracos de um Estado ausente frente aos indivíduos e suas necessidades básicas.

Houve, assim, a evolução de um Estado meramente Liberal para um Estado também Social, o qual assumiu uma função protetora e atenta a determinados interesses sociais, mediante a criação de programas de efetivação dos direitos sociais, dentre os quais se destacam o direito à educação, à saúde, à moradia, à proteção ao trabalho e previdência social, e todos os demais previstos no texto constitucional e em tratados internacionais, visando à observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, as políticas públicas surgem no contexto de um Estado Social, cujo fundamento se assenta na existência dos direitos sociais, como direitos humanos fundamentais constitucionalmente positivados. Há certa dificuldade em se estabelecer o conceito de políticas públicas, haja vista ser um termo plurissignificativo, comportando análise no âmbito legislativo, jurisprudencial e político. No âmbito da produção legislativa a expressão política pública tem sido reservada para designar sistemas legais com pretensões de vasta amplitude, os quais definem competências administrativas, estabelecem princípios, diretrizes e regras e, em alguns casos, preveem resultados específicos. São as chamadas normas-gerais instituidoras de políticas públicas nacionais, normalmente inseridas no âmbito das competências legislativas comuns ou legislativas concorrentes previstas, respectivamente, nos arts. 23 e 24 da Constituição Federal de 1988.

Isto ocorre, por exemplo, com a Lei nº 11.343/2006, que instituiu o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas. Também podem ser incluídas nesta categoria a Lei nº 6.938/81, que organizou a política nacional de meio ambiente e a Lei nº  
vol. 10, num. 28, 2020

11.445/2007, que implementou as diretrizes nacionais de Saneamento Básico. No âmbito jurisprudencial, convém destacar as principais questões envolvendo políticas públicas sujeitas à análise dos Tribunais brasileiros:

- (i) Direito à saúde: concessão de tratamentos médicos, entrega de medicamentos e insumos em espécie, mantimentos, próteses e saneamento básico;
- (ii) Direito à educação: construção de escolas, provimento de professores para as escolas, garantia de vaga em escola, garantia de transporte para a escola;
- (iii) Direito dos presos: condições de salubridade do cárcere;
- (iv) Direitos das crianças e dos adolescentes: criação de conselho tutelar, construção de delegacia especializada, disponibilidade de vaga em creche;
- (v) Direito à moradia: fornecimento de abrigo.

Conclui-se, assim, que, para os órgãos julgadores, as políticas públicas estão diretamente vocacionadas à concretização dos direitos sociais de cunho prestacional. Cumpre ser ressaltado o fato de que, em regra, a implementação de políticas públicas deve ficar a cargo da Administração Pública, dando-se a intervenção judicial apenas em caráter excepcional. Porém, para as políticas públicas constitucionalizadas e que dizem respeito a direitos fundamentais, é cabível a intervenção judicial no intuito de compelir o governo a realizar prestações materiais concernentes a tais direitos, quando verificado o inadimplemento. Do ponto de vista político, as políticas públicas resultam de decisões governamentais e se referem a ações de governo. Dentre as políticas públicas atualmente adotadas pelo Brasil algumas são mais polêmicas, a exemplo das que envolvem os direitos das chamadas minorias ou dos grupos sociais vulneráveis, como a adoção de quotas nas universidades brasileiras para descendentes de negros e índios e para alunos provenientes de escolas públicas.

Outro tipo de política pública que tem sido bastante discutida, especialmente no meio jurídico, é a que garante ao indivíduo o acesso à justiça de forma gratuita, já que a Constituição de 1988 assegura a todos, sem distinção, o direito de acesso à justiça e, portanto, está o Estado obrigado a prover assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV). Tal direito se concretiza, por exemplo, por meio das Defensorias Públicas, as quais concedem serviços profissionais de advocacia para aqueles

vol. 10, num. 28, 2020

que não têm condições financeiras de arcar com os serviços privados, e, também, por meio dos Núcleos de Prática Jurídica – NPJ – existentes nas faculdades de Direito.

A título de exemplificação, é notável, no tocante à educação, que as políticas públicas vêm surtindo algum efeito. Vários programas governamentais têm sido implementados com vistas a aumentar os índices de alfabetização no país, dentre os quais destacam-se o *Brasil Alfabetizado*, o *Brasil Profissionalizado*, o *Alimentação Escolar*, o *Biblioteca da Escola* e o *Caminho da Escola*. Diante dos aspectos expostos, pode-se concluir que as políticas públicas compreendem um conjunto de ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica, que necessitam da atuação estatal, visando a real prestação de serviços públicos à população, como fundamento elementar para a concretização dos direitos humanos.

## **DA INEFETIVIDADE DO LEGISLATIVO NA REGULAMENTAÇÃO DOS COMANDOS CONSTITUCIONAIS**

Desde a Constituição de 1988 verifica-se que o Poder Legislativo não cumpre seu papel institucional de regulamentar as normas trazidas pela nova Constituição e de realizar a produção normativa, diversos temas importantes como o aborto dos fetos anencéfalos, da fidelidade partidária, da união de pessoas do mesmo sexo, dentre outros, deixaram de ser debatidas no Congresso Nacional e tiveram que ser decididas pelo Poder Judiciário. Cabe-nos questionar por qual motivo o Poder Legislativo vem deixando de cumprir com sua obrigação precípua de legislar? Inicialmente é importante considerarmos que passamos por uma crise de representação política, a qual vem esboçada pela falta de credibilidade e eficácia dos partidos políticos na condução do Estado e conseqüentemente na elaboração das políticas públicas. Tal crise de representação torna-se mais evidente no Poder Legislativo, onde os legisladores são eleitos para representar aqueles que os elegeram, para defender aquilo que o eleitor deseja. Mas principalmente em países periféricos como na América Latina, a democracia não é representativa mas uma delegação engendrada e manipulada por lideranças de tradição caudilhesca<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>WOLKNER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**, 4 ed.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 91 e 92.

Segundo o argentino Daniel Delgado há seis causas que explicam a crise do sistema representativo, são elas:

a) os sucessivos descumprimentos dos programas de governo e promessas de campanha, que gera um grande desencanto da população com os políticos em geral, causando uma distância cada vez maior entre as promessas eleitorais e as decisões políticas efetivamente tomadas, sempre indo em desencontro com a vontade popular e favorecendo grupos minoritários.

b) a crescente corrupção e a impunidade reinante, que se arrasta por todas as esferas do poder, especialmente pelo Poder Legislativo, onde tornou-se de conhecimento notório o pagamento de mensalidades aos legisladores para que votassem a favor do Governo, os conhecidos “mensalões”.

c) a deterioração das condições sociais e a exclusão de parcela da população, tais mazelas vem sendo imputadas à classe política, que adotam políticas econômicas regressivas e que somente ampliaram as desigualdades econômicas, num continente que já sofria com uma distribuição de riquezas mais desiguais do mundo. Tal fato se deve à desvinculação do político com o cidadão que o elegeu, quando na verdade a vinculação daquele se dá com os grandes grupos que financiaram sua campanha.

d) a falta de profissionalização e conhecimento técnico dos políticos para solucionar questões complexas e de alto nível técnico. Neste ponto é importante frisar que ao invés de cercarem-se de assessores capacitados que possam proporcionar soluções técnicas para resolução dos problemas, cercam-se de indicações políticas que não detém o conhecimento necessário, apenas garante os benefícios para os apadrinhados políticos.

e) fim do comunismo, que pavimentou o neoliberalismo como doutrina econômica hegemônica.

f) o poder de expressão e o alcance dos meios de comunicação, que tem servido como instrumento ideológico de imposição e manipulação por aqueles que detém o poder. A pressão da mídia a favor das elites econômicas e políticas conferem a “poucos grupos grande capacidade de construção e de planos e de posições deliberadas da opinião pública. Os meios de comunicação podem construir uma ordem de prioridades e instaurar problemas que nem sempre respondem aos interesses reais da sociedade, mas sim como

defensores de seus próprios interesses<sup>4</sup>. Neste mesmo sentido a consideração de Celso Campilongo

(...) para o exercício das funções de integração social, de produção de identidades coletivas e de socialização política, ...os partidos não se constituem mais no único nem no principal leito institucional onde deságuam as reivindicações populares. Portanto a crise dos partidos diz respeito à relação destes com a sociedade. Reflete sua incapacidade de filtrar as demandas sociais e transformá-las em decisões políticas<sup>5</sup>.

O descrédito do Poder Legislativo junto à sociedade corrobora a teoria de Daniel Delgado, pois segundo Amorim Neto:

O Congresso é uma instituição impopular. Severamente criticado pela imprensa, é extremamente malvisto também pela população em geral, como atestam as pesquisas de opinião. Uma sondagem a respeito de quais instituições nacionais merecem a confiança dos cidadãos, realizada pela empresa Sensus em outubro de 2001, mostrou que apenas 3% e 2 % dos respondentes indicaram respectivamente a Câmaras e o Senado, enquanto 24% destacaram as forças armadas, 16% a imprensa, 11% a justiça, 9% o Governo Federal e 6% a polícia<sup>6</sup>.

A mesma pesquisa acima citada foi realizada em 2018 pelo Datafolha Instituto de Pesquisas e constatou o mesmo resultado, não tendo ocorrido qualquer alteração na opinião pública acerca da avaliação do Congresso Nacional:

Dentre 10 instituições, três relacionadas ao universo da representação política lideram empatadas como as menos confiáveis do país. Sete em cada dez (68%) declararam não ter confiança nos partidos políticos, 67% declararam não ter confiança no Congresso Nacional (o índice mais alto da série histórica), e 64%, na Presidência da República. As taxas de confiança registradas para as mesmas instituições foram, respectivamente, 31% (2% confia muito e 28% um pouco), 31% (3% confia muito e 28% um pouco) e 34% (5% confia muito e 29% um pouco). Em contrapartida, as Forças Armadas foram avaliadas como a instituição mais confiável. Nove em cada dez (78%) declararam confiar nas Forças Armadas, desses, 37% têm muita confiança e 41% têm um pouco, e 20% declararam não ter confiança nelas. No bloco intermediário aparecem: Justiça Eleitoral (16% confiam muito, 42% confiam um pouco e 41% não confiam), Supremo Tribunal Federal (14% confiam muito, 43% um pouco e 39% não confiam), imprensa (16% confiam muito, 45% confiam um pouco e 37% não confiam), grandes empresas nacionais (15% confiam muito, 49% confiam um pouco e 33% não confiam), Poder Judiciário (19% confiam muito, 48% confiam um pouco e

4 DELGADO, Daniel Garcia. **Estado nacion y globalizacion**. Buenos Aires, Ariel, 1998, p. 132 a 143.

5 CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal**. São Paulo, USP, 1987, p. 96 e 97.

6 AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa no Congresso: entre a paróquia e a nação. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG: Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 91.

31% não confiam) e Ministério Público (20% confiam muito, 48% confiam um pouco e 30% não confiam)<sup>7</sup>.

Desta forma, o Poder Legislativo, mais precisamente o Congresso Nacional, precisa assumir a suas ações, exercer suas atribuições constitucionais e arcar com suas omissões, pois, ao não criar leis está contribuindo absurdamente para o agigantamento do Poder Judiciário.

Tal ironia aponta claramente para o caráter ‘encarcerado’ da dinâmica do Legislativo brasileiro. Este não aumenta sua capacidade de intervenção nas políticas nacionais por conta de incentivos de carreira que têm deputados e senadores, tornando-se o Executivo o principal locus de formulação da agenda legislativa do país. Ao mesmo tempo, os incentivos de carreira não se alteram no sentido de aumentar a atração exercida pelo Congresso junto a políticos mais experientes, exatamente como decorrência da baixa influência destes no processo decisório. Incentivos de carreira e amesquinamento institucional interagem, criando obstáculos para a superação da relativamente baixa participação dos congressistas na redação de leis em nosso país<sup>8</sup>.

Diante dos dados empíricos acima demonstrados, resta evidente a desconfiança da população no Congresso Nacional, desconfiança essa gerada pela inércia de seus membros e pela falta de representatividade perante aqueles que os elegeram, sem contar a subserviência ao Poder Executivo, responsável pelo encaminhamento dos projetos de lei. “Antes de mais nada, importante assentar uma certa prioridade da função legislativa em face da Administração. Por resultar tal prioridade do princípio da legalidade, uma vez definidas as políticas públicas pelo Legislativo, cabe ao Executivo simplesmente executar”<sup>9</sup>. Diante desta lacuna, como bem observa Mirelle Soares:

O Judiciário ficou livre para tomar um espaço que o legislativo deixou vago: o da produção normativa. Ocorre que esse modelo de democracia enfrenta uma desestabilização, tanto no liame político, quanto no vínculo cívico. Quanto àquele há uma crise de representação, já que há uma desconfiança do povo em seus representantes, causada pela incapacidade deles responderem às expectativas dos cidadãos, a corrupção do meio e a tentativa de manipulação da opinião pública. Ainda, há uma crise de participação,

7 DATAFOLHA. **Grau de confiança nas instituições**: PO813964 06 e 07/06/2018. 2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdfa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>>.

Acesso em: 09 jan. 2019.

8 AMORIM NETO, Octávio; SANTOS, Fabiano, *op.cit.*, p 136.

9 ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (Coord.) O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011, pag. 33 – 72.



decorrente da erosão da confiança. O absentismo nas eleições encontra níveis cada vez mais altos”<sup>10</sup>.

Diante deste evidente enfraquecimento do Poder Legislativo, que por sua própria omissão, criou um vácuo legislativo, deixando de discutir questões essenciais para a sociedade, muitas das quais já fazem parte do cotidiano dos cidadãos, já que a sociedade está em constante evolução, não permanece estagnada como a legislação. Portanto, ante essa mudança constante da sociedade é necessário que o Poder Legislativo acompanhe essas novas relações sociais e as regule, sob pena da legislação não mais ser suficiente para reger as relações sociais.

### **DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO NÃO REGULAMENTADOS PELO LEGISLADOR**

Como acima afirmado, a inatividade do legislador permite que outros poderes possam atuar em seu lugar, já que as relações sociais estão em constante mutação e necessitam de regulamentação para trazer segurança à sociedade. Além disso, cada vez mais as questões sociais são judicializadas em razão da desconfiança da população em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, dado o desprestígio dos agentes políticos, mora e omissão na implementação dos direitos previstos na Constituição Federal, bem como na execução das políticas públicas, entre outros. Os direitos fundamentais, bem como a execução de políticas públicas necessárias para sua concretização, são plenamente judicializáveis. Como observa Zaneti Jr:

A discricionariedade instrumental do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não inibe a sindicabilidade judicial, já que não há discricionariedade em face de lesão a direitos fundamentais. Em contraponto, contudo, está autorizada a conformação de políticas públicas pelo ordenamento jurídico aos poderes instituídos, sendo que a intervenção neste espaço de livre conformação, depende do discurso racional adequadamente fundado em direitos fundamentais”<sup>11</sup>.

---

10 SOARES, Mirelle Monte. **A Crise Funcional do Estado Contemporâneo: juízes-legisladores x legisladores-juízes.** São Leopoldo: 2015, Unisinos. Disponível em <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7332>, 07/01/2019. Acesso em 07/01/2019.

11 ZANETI JUNIOR, Hermes. Op. cit., p. 67 e 68.

Desta forma, o Poder Judiciário, como bem observa Garapon, “o juiz passa a ser uma referência da ação política (...) O juiz confere à democracia as imagens capazes de dar forma a uma nova ética da deliberação coletiva”<sup>12</sup>. Além disso, segundo Andreas J. Krell, o Poder Judiciário “carece de meios compulsórios para a execução de suas sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou a efetuar uma prestação omitida; não há meios jurídicos para constranger o legislador a cumprir a obrigação de legislar”<sup>13</sup>. Ocorre que esse novo tipo de manifestação social, onde o indivíduo pode buscar sozinho a defesa de seus interesses, sem depender de seus representantes eleitos para tanto, enseja um novo tipo de democracia direta, desviando-se do modelo tradicional de democracia representativa. Esclarece Garapon “o debate judicial individualiza os desafios: a dimensão coletiva existe, mas de forma incidente. Visa um compromisso mais solitário do que solidário. Através dessa forma direta de democracia, o cidadão litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação”<sup>14</sup>. E como observa Ferrajoli “a inefetividade contingente é sempre reparável através da intervenção do Poder Judiciário”<sup>15</sup>. No entanto, a excessiva judicialização da política acaba por diminuir a autoridade e importância do Poder Legislativo, como bem observa Rafael Tomaz de Oliveira:

A judicialização da política, consequência de nossa Constituição dirigente e das suas aspirações pela transformação social, a fim de abrigar um Estado novo, além de diminuir a autoridade do Poder Legislativo – que agora fica submetido ao crivo da jurisdição constitucional – muitas vezes acaba por engendrar equívocos do Poder Judiciário, que corroem o Estado Democrático de Direito e seus princípios fundamentais<sup>16</sup>.

Assim, também segundo Rafael Tomaz Oliveira “há fatores políticos que condicionam o grau de judicialização vivenciado por uma dada sociedade. Dentre esses fatores podemos mencionar: a) o grau de inefetividade dos direitos fundamentais; b) o nível de profusão legislativa com o conseqüente aumento da regulamentação social; c) o

---

12 GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**, Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 41 e 42.

13 KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha : os (des)caminhos de um direito social comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 85.

14 GARAPON, Antoine, op. cit. p. 46.

15 FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

16 TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percurso para uma necessária diferenciação. **ABDConst**, biênio 2010-2011. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em 10/01/2019, p. 277.

nível de litigiosidade que se observa em cada sociedade”<sup>17</sup>. Portanto, quanto mais inefetivos forem os direitos fundamentais e as políticas públicas criadas para estabelecê-los, maior será o nível de judicialização.

## O ATIVISMO JUDICIAL

É necessário inicialmente diferenciar ativismo judicial de judicialização, para tanto buscamos mais uma vez a definição de Garapon, que estabelece que “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”<sup>18</sup>. Lênio Streck também entende que o ativismo judicial decorre da “vontade do intérprete no momento da concretização do direito”<sup>19</sup>. Ou seja, o ativismo judicial depende de um ato de vontade do juiz, ao passo que a judicialização decorre de problemas apresentados pelo sistema político como um todo, e não se relaciona com a vontade dos magistrados de quererem acelerar a mudança social. O problema do ativismo consiste na arbitrariedade que pode surgir em razão das decisões judiciais serem baseadas na “vontade do juiz”, pois as decisões judiciais devem ser pautadas na Constituição, naquilo que está definido na lei, ou como define Streck, nas “respostas corretas. É a possibilidade efetiva de respostas corretas que serve como blindagem contra o ativismo/discricionariedades”<sup>20</sup>. O magistrado não pode exacerbar os limites da atividade judicial, decidindo com base em suas convicções pessoais ao invés de decidir conforme as razões de direito.

Para Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial decorre de “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com **maior interferência no espaço de atuação de outros Poderes**”<sup>21</sup>. Para Barroso, o ativismo judicial é positivo, pois “o Judiciário está atendendo as demandas da sociedade

17 Id., *ibid.* p. 282

18 GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p 54.

19 STRECK, Luiz Lênio. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 2 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33.

20 STRECK, Luiz Lênio. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 388.

21 BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297> Acesso em 11/01/2019 (grifo nosso).

que **não puderam ser satisfeitas pelo parlamento**<sup>22</sup>. Ocorre que não é possível, a nosso ver, deixar à discricção do julgador, definir o que é “bom” ou “ruim” para a sociedade. É possível que algumas decisões judiciais decorrentes de ativismo judicial surtam efeitos positivos para a sociedade, e outras tragam malefícios. Entretanto, esta não é a questão. Não se está a tratar de uma “roleta russa” por parte do julgador. Ele não é legislador, não concorreu a um cargo eletivo através do voto popular para a realização deste desiderato. O fato é que o ativismo judicial sempre será uma intervenção discricionária forte, e nesse contexto é necessário lembrar que sempre haverá intromissão do Poder Judiciário no espaço de atuação dos outros poderes, minando o princípio da separação dos poderes e corroendo as diretrizes do Estado Democrático de Direito. Como observa Rafael Tomaz de Oliveira “ante ao Estado Democrático de Direito, a existência de uma Constituição dirigente e da força normativa da Constituição é incompatível que se tenham decisões judiciais discricionárias, pois tem-se o direito fundamental a uma resposta correta”<sup>23</sup>. Devemos seguir as diretrizes constitucionais e a força normativa da Constituição, pois conforme preceitua Konrad Hesse:

A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever-se; ela significa mais que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social<sup>24</sup>.

## OMISSÃO LEGISLATIVA X ATIVISMO JUDICIAL.

Como ficou evidenciado acima, o ativismo judicial é incompatível com as diretrizes estabelecidas na Constituição Federal e conseqüentemente contra o Estado Democrático de Direito, pois viola o sistema de freios e contrapesos utilizado para equilibrar os poderes, transformando o Poder Judiciário num superpoder, já que o ativismo representa uma intervenção indevida do judiciário na esfera política. Como bem observa Celso Campilongo:

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Disponível em [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em 11/01/2019.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz, op. cit.

<sup>24</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

Nas sociedades complexas não é simples definir em termos éticos e substantivos o que é o bem comum ou a vida digna. Conferir ao juiz a capacidade de definir – em nome do Estado – que valores abraçar significaria um grande risco. Obviamente, se poderia dizer que ofende a qualquer senso de justiça a existência de meninos de rua, a fome, a mortalidade infantil e tantos outros desequilíbrios sociais que fazem da realidade brasileira um exemplo inadmissível de brutalidade e desigualdade. Entretanto, o enfrentamento casuístico, conjuntural, singular e diversificado desses problemas pelo juiz de primeira instância – ainda que possa oferecer algumas soluções pontuais adequadas – por sua natureza fragmentária e diversificada pode, também, transformar-se num sistema absolutamente irracional de tomada de decisões, com enormes riscos e custos políticos, jurídicos e econômicos. Riscos e custos, vale sublinhar, de agravamento dos problemas que pretende resolver<sup>25</sup>.

A função do Poder Judiciário deveria ser de guardião da legalidade, da moralidade das decisões administrativas e do controle da efetivação das políticas públicas elencadas pelo legislador; a função política do Judiciário deve ser fusão entre a política e o direito por meio da aplicação da Constituição Federal. Assim, verifica-se que a atuação política do Poder Judiciário é paradoxal, pois “o poder político dos Tribunais assenta no caráter apolítico do seu exercício. Ou seja, um poder globalmente político ter de ser exercido apoliticamente em cada caso concreto”<sup>26</sup>. Ora, mas o que fazer diante da inefetividade do Poder Legislativo em definir quais valores o Estado deve abraçar, quais serão as políticas públicas a serem tomadas para solucionar alguns dos inúmeros problemas que possuímos especialmente o da distribuição de renda, o que é moralidade administrativa e qual deve ser o parâmetro a seguir por políticos e servidores?

É importante lembrar aqui que o legislador tem o controle de sua pauta decisória, de definir quais serão as matérias prioritárias e sobre quais matérias deseja decidir, ao passo que o juiz não tem o controle sobre as causas que deseja decidir, não pode selecionar os temas que deseja julgar. O juiz não tem alternativa deve decidir sobre todas as causas que lhe forem apresentadas, não pode proferir o “non liquet”. Diante disso, como pode o juiz decidir um caso onde o legislador, por inércia, não definiu quais seriam os valores aplicados àquele caso concreto? Deve-se levar em consideração que o juiz é obrigado a

---

25 CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 107.

26 SOUZA SANTOS, Boaventura de, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais na sociedade portuguesa**. Coimbra: Mímeo, 1995, p. 16.

decidir, não pode escusar-se de solucionar uma lide que lhe é imposta, ainda que não exista lei que discipline um determinado tema.

Considerando que o Poder Judiciário exerce uma função de garantia secundária, ou seja, visa a harmonia e o equilíbrio entre os demais poderes, trata-se de sua função reparar as lacunas contingenciais, pois como bem observa Luigi Ferrajoli “a inefetividade contingente é sempre reparável através da intervenção do Poder Judiciário”<sup>27</sup>. Desta forma, o Poder Judiciário não pode simplesmente sentar e esperar o Poder Legislativo deliberar acerca de um problema iminente, terá que decidir. Diante disso, é óbvio que a omissão ou inércia do Poder Legislativo na elaboração de leis para concretizar ou regulamentar os direitos previstos na Constituição geram a possibilidade do Poder Judiciário ocupar essa lacuna. Cabe lembrar que os direitos, políticas públicas, serviços públicos que implicam a realização e a satisfação de direitos sociais fundamentais dependem de ação imediata do Estado, sob pena de violação da própria dignidade da pessoa humana e dos princípios constitucionais que sustentam o Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário precisa decidir o conflito que lhe foi apresentado e garantir um direito fundamental, cujo exercício se fará de acordo com o conjunto de políticas públicas colocadas à disposição pelo Estado, para a satisfação das necessidades essenciais de cada cidadão. Essas necessidades são aquelas intimamente ligadas à sobrevivência, tais como a manutenção da vida e a integridade da saúde, educação, proteção ao trabalho e previdência social, enfim, os direitos chamados sociais, insculpidos no texto constitucional e demais direitos advindos dos tratados internacionais. Sendo esses direitos garantidos constitucionalmente, se não colocados pelo Estado à disposição do cidadão, ou colocados de forma indevida ou precária, haverá uma lacuna na plenitude do gozo dos direitos humanos fundamentais, incidindo a omissão do Estado. A execução das políticas públicas sociais compete, primariamente, à Administração Pública, que tem o dever de usar seu efetivo material e humano para satisfazer os comandos previstos na Constituição Federal. Pela ordem constitucional, os serviços públicos representam condição de possibilidade para a concretização dos direitos fundamentais, em face do comando constitucional

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

previsto § 1º do art. 5º, de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Sendo assim, as normas constitucionais que garantem direitos fundamentais têm imediata aplicação, porque não podem ser consideradas como simples recomendações ou preceitos morais com eficácia meramente deferida para o futuro, sob pena de negação da existência dos direitos sociais. Ocorre que o Poder Judiciário não pode agir conforme a simples vontade de seus membros, do desejo do juiz em acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar (ativismo), mas da vontade da Constituição. A intervenção do Poder Judiciário nas decisões políticas, que deveriam ser dadas pelo Executivo e o Legislativo, deve ser dada somente nos casos em que haja ofensa ao mínimo existencial<sup>28</sup>. Além disso, “o exame da suficiência da política pública incumbe ao Poder judiciário como forma de assegurar um conteúdo mínimo de proteção”<sup>29</sup>. Nesse sentido decidiu o STF:

A proibição da proteção insuficiente exige do Estado a proibição de inércia e omissão na proteção aos adolescentes infratores, com primazia, com preferencial formulação e execução de políticas públicas de valores que a própria Constituição define como de absoluta prioridade. Essa política prioritária e constitucionalmente definida deve ser levada em conta pelas previsões orçamentárias, como forma de aproximar a atuação administrativa e legislativa (Annäherungstheorie) às determinações constitucionais que concretizam o direito fundamental de proteção da criança e do adolescente<sup>30</sup>.

Ao analisar se realmente uma conduta estatal está em dissonância com a proibição da proteção insuficiente, fica claro que uma omissão legislativa e até mesmo uma norma já posta no ordenamento jurídico que não proteja um direito social do sujeito de direito prestacional (no qual possui tal direito social como garantia intrínseca abalizada pela Constituição) vulnera as exigências de tal conformidade. Da mesma maneira, pode se concluir que é idônea, a norma (ou até mesmo a abstenção) que favoreça a realização daquele fim que ela procurou alcançar.

---

28 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 243.

30 STF, Suspensão de liminar n 235, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em [https://www.unicef.org/brazil/pt/stfdecisao\\_pt.pdf](https://www.unicef.org/brazil/pt/stfdecisao_pt.pdf). Acesso em 15/01/2019.

## CONCLUSÃO

Como visto, as normas constitucionais que garantem direitos fundamentais têm imediata aplicação, porque não podem ser consideradas como simples recomendações ou preceitos morais com eficácia meramente deferida para o futuro, sob pena de negação destes direitos. Desta forma, não é possível aguardar a vontade do legislador para regulamentar as normas constitucionais para se seja implementada uma política pública para garantir a saúde da população, por exemplo. Ressalte-se, ainda, que a Constituição brasileira firmou, no inciso III do art. 1º, que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana; e, no art. 3º estatui a consagração da justiça social, que focaliza a busca da transformação da realidade social ao pretender constituir uma sociedade livre, justa e solidária; ao garantir o desenvolvimento nacional; ao erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desta forma, em caso de inércia do legislador em realizar sua função, não cabe outra alternativa ao cidadão senão socorrer-se do Poder Judiciário para ver garantido seus direitos previstos constitucionalmente. No entanto, apesar possibilidade de intervenção do Poder judiciário para ver garantidas as políticas públicas necessárias para a concretização dos direitos humanos constitucionalmente garantidos, tal intervenção não pode extrapolar os limites de sua atuação e impedir a ocorrência do “ativismo judicial”, onde o juiz decide em conformidade com o seu desejo e não em conformidade com o que foi estabelecido na Constituição Federal. O Poder Judiciário nas questões onde há omissão do Executivo ou Legislativo em legislar que provoque a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, deveria comunicar o Poder em mora para que exerça sua competência num determinado prazo, no entanto, caso este permaneça em mora deliberadamente, não há outra alternativa senão o Poder Judiciário proferir uma decisão, para implementar um direito fundamental que esteja sendo preterido. No entanto, para evitar a ocorrência do ativismo, a intervenção do Poder Judiciário nas decisões políticas, que deveriam ser dadas pelo Executivo e o Legislativo, deve ser dada somente nos casos em que haja ofensa ao mínimo existencial, que tem como principal objetivo a proteção da vida humana, de modo a não faltar às condições mínimas necessárias para garantir a sobrevivência do indivíduo e de seus familiares, possibilitando-lhes uma vida digna.



O Poder Judiciário não deve atuar como legislador mas havendo a falta de um ato normativo que impeça o exercício de um direito fundamental pelo cidadão, constituindo-se uma inércia negligente, desarrazoada e desidiosa do Poder que tinha a obrigação de legislar, deve-se sempre buscar a satisfação desses direitos fundamentais. O fato é que não se pode admitir é a intromissão indevida do Poder Judiciário na esfera política, sem que haja uma interpretação diferente para cada caso como vem ocorrendo com as decisões do STF, agindo de forma claramente ativista.

## REFERÊNCIAS

AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa no Congresso: entre a paróquia e a nação. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 91.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em 11/01/2019.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Disponível em [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em 11/01/2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal**. São Paulo, USP, 1987, p. 96 e 97.

\_\_\_\_\_. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DATAFOLHA. **Grau de confiança nas instituições**: PO813964 06 e 07/06/2018. 2018. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdfa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

DELGADO, Daniel Garcia. **Estado nacion y globalizacion**. Buenos Aires, Ariel, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito social comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOARES, Mirelle Monte. **A Crise Funcional do Estado Contemporâneo: juízes-legisladores x legisladores-juízes.** São Leopoldo: 2015, Unisinos. Disponível em <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7332>, 07/01/2019.

SOUZA SANTOS, Boaventura de, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais na sociedade portuguesa.** Coimbra: Mímeo, 1995.

STRECK, Luiz Lênio. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 2 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percurso para uma necessária diferenciação.** ABDConst, biênio 2010-

2011. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em 10/01/2019.

WOLKNER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**, 4 ed.. São Paulo, Revista do Tribunais, 2003.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.