

# A atividade jurisdicional, a função dos poderes e a (des)obediência às leis: nem tudo é ativismo judicial<sup>1</sup>

*Fernando Rodrigo Busarello\**

## Resumo

O presente artigo científico trata dos fundamentos para o ativismo judicial sob a ótica da democracia, sustenta que este acarreta certa distorção no sistema representativo próprio de regimes políticos democráticos, pelo que deve ser instrumento a ser utilizado de forma contida, e identifica, na realidade nacional, um fator relevante para o exercício da percepção jurídica (entendida como o exercício de interpretação da norma jurídica), já que são muitas as decisões judiciais que, longe de consagrar o ativismo judicial, impõem a aplicação do texto legislativo, fazendo destacar uma crise institucional tanto em relação à forma de produção legislativa quanto ao papel do Poder Executivo e fazendo ressaltar o papel do Poder Judiciário no âmbito democrático.

*Palavras-chave:* Ativismo judicial. Crise institucional. Democracia. Direitos fundamentais. Efetividade.

## Introdução

O presente artigo científico foi desenvolvido como trabalho de conclusão da disciplina Fundamentos da Percepção Jurídica, ministrada pelo Professor Doutor Cesar Luiz Pasold junto ao curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. A pesquisa foi realizada pelo método dedutivo, tal como o relatório de pesquisa, e os dados foram coletados valendo-se das técnicas da pesquisa bibliográfica, do referente, categoria e conceito operacional.

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v28i2.4849>

<sup>1</sup> Este artigo é proveniente da avaliação das disciplinas Governança Democrática e Autarquias Locais, ministradas pelo professor Doutor Giovanni da Silva Corralo, docente convidado dos Programas de Mestrado da Universidade Agostinho Neto - Angola. O artigo obteve a expressa autorização do seu autor para esta publicação.

\* Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí e especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Brasil. Artigo desenvolvido para a disciplina Fundamentos da Percepção Jurídica, componente do curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí em convênio com a Academia Judicial/Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ministrada pelo Professor Doutor Cesar Luiz Pasold.

Pretende-se demonstrar sinteticamente os fundamentos jurídicos que sustentam o exercício do ativismo judicial, entendido este como a prolação de decisões jurisdicionais que tenham como objeto a criação ou modificação de normas jurídicas e a imposição de obrigações ao poder público.

Defende-se, em seguida, o exercício do ativismo judicial como corolário do sistema democrático, a ser usado moderadamente, dada a distorção que acarreta no sistema representativo, contudo, apresentando-se como instrumento importante de reorganização da democracia quando se observa uma crise de representatividade nos poderes eleitos.

Por fim, considerando a generalização da crítica quanto ao número exacerbado de decisões fruto do ativismo judicial, pretende-se realizar uma distinção com o fim de definir que nem toda decisão contra o poder público caracteriza ativismo judicial, revelando uma nova faceta de crise institucional: a produção indiscriminada e infactível de produtos legislativos, causando impacto direto na forma como deve ser realizado o exercício da percepção jurídica na interpretação de tais normas jurídicas.

## O ativismo judicial e seus fundamentos

Tema bastante presente, e atual já há alguns anos, nas discussões acadêmicas é o denominado ativismo judicial, entendido, no enfoque da pesquisa, como aquele fenômeno pelo qual as decisões jurisdicionais trazem conteúdo pró-ativo, criando ou modificando normas legais e impondo determinado comportamento aos demais poderes. Os Juízes e Tribunais têm assim agido no afã de materializar os direitos garantidos na Constituição, em fenômeno jurídico-político registrado não só no Brasil, mas em diversos países, já há alguns anos.

Sobre o ativismo judicial, assevera Luís Roberto Barroso<sup>2</sup>:

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

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2014.

A par deste fenômeno, emerge em larga escala a judicialização da política, entendida como a submissão de questões políticas à via judicial, remetendo ao Poder Judiciário, cada vez mais, a decisão sobre casos de relevância no cenário político da sociedade<sup>3</sup>. Fenômenos distintos, estão intimamente ligados, de modo que a judicialização da política tem sido um dos mecanismos que leva o Poder Judiciário a se posicionar sobre questões afetas a debates políticos próprios da seara legislativa.

O ativismo judicial não reside somente aí, mas também na demanda crescente pela efetivação de direitos constitucionalmente assegurados, o que faz crescer o número de decisões judiciais que efetivam normas constitucionais por meio da determinação de condutas não previstas em lei para os entes públicos, ocorrendo, assim, aparente superposição do Poder Judiciário em relação às competências delegadas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo pelo poder constituinte originário.

Colhe-se desta atuação uma questão relevante para a democracia: a legitimidade democrática do Poder Judiciário para aplicar diretamente a Constituição e dela extrair normas de conduta ao poder público que não foram votadas pelo Poder Legislativo, tal como impor ao Poder Executivo condutas específicas que não foram previstas expressamente em lei.

A dificuldade para a efetivação dos direitos sociais abarcados pelas constituições do século XX não passou despercebida aos olhos de Luigi Ferrajoli<sup>4</sup>, que pondera:

Certamente, a enunciação constitucional dos direitos sociais a prestações públicas positivas não foi acompanhada pela elaboração das adequadas garantias sociais ou positivas, isto é, de técnicas de defesa e de justiciabilidade comparáveis àquelas apresentadas pelas garantias liberais ou negativas para a tutela dos direitos de liberdade. O desenvolvimento, no século XX, do *Welfare State* aconteceu, em grande parte, por meio do simples alargamento dos espaços de discricionariedade dos aparatos burocráticos, não já por meio de instituições e técnicas de garantias apropriadas aos novos direitos. Ainda menos foram realizadas garantias para sustentar os direitos humanos estipulados pelas cartas internacionais, os quais são testemunhos de uma total inefetividade. Mas isso quer somente dizer que existe uma diferença abissal entre norma e realidade, que deve ser colmatada ou, quando menos, reduzida enquanto fonte de deslegitimação não somente política, mas também jurídica, dos nossos ordenamentos.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2014, p. 3.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

Note-se que o autor refere-se à efetividade das normas que asseguram direitos sociais como meio de deslegitimação daquilo que lhe for contrário. Esta ótica tem sido modernamente superada para dar azo ao ativismo judicial, segundo o qual é possível buscar judicialmente a efetividade de tais normas ainda que não regulamentadas legislativamente. A passagem, no entanto, permite ilustrar a noção de que as normas que elegeram direitos de segunda geração o fizeram de forma incompleta, carecendo a sociedade de meios para ver tornar-se realidade o direito textualmente adquirido.

Em regra, cabe ao Poder Legislativo, constituído por membros eleitos pelo povo, a representação dos interesses da sociedade no momento da fixação de leis que determinam escolhas políticas no modo de atuação do Estado, fazendo-o, portanto, de forma legitimamente democrática na medida em que o povo nesta hipótese atua por meio de seus representantes livremente escolhidos para tal finalidade. Surge, em consequência, o poder-dever de atuação do Poder Executivo, que o faz sob a ótica do Direito Administrativo, remetendo-o à legalidade estrita, esta que comete à administração a realização exclusivamente de atos determinados em lei (e do exercício da discricionariedade nela autorizada), sendo-lhe vedado atuar sem comando legal específico.

Ao determinar a atuação estatal fora dos parâmetros fixados pela lei, tem-se que o Poder Judiciário assume um papel regulamentador da norma constitucional, contudo, sua estrutura não é composta por membros eleitos, o que faz surgir críticas sobre a sua capacidade (democrática) de exercer tal poder, que pertence ao povo, pressuposto basilar da democracia.

## Poder Judiciário e democracia

A democracia tem sido tratada como um princípio essencial no estado moderno, embora tenha vindo da antiguidade seus contornos, com as peculiaridades atinentes a cada época. Em tempos atuais, constitui forma de governo segundo a qual o poder pertence ao povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes. A democracia representativa, na modernidade, dado o exponencial crescimento populacional e a conseqüente inviabilidade prática do exercício pessoal do poder por cada componente da sociedade, tem sido a forma difundida de realização do ideal democrático, razão pela qual os legisladores e administradores agem por delegação, em nome do povo que o elege.

### Sobre a democracia, assevera Stuart Mill<sup>5</sup>:

[...] é evidente que o único governo capaz de satisfazer completamente todas as exigências do estado social é aquele em que o povo todo possa participar; onde qualquer participação, mesmo na função pública mais modesta, é útil; um governo no qual a participação deverá ser, em toda parte, tão grande quanto permita o grau geral de aprimoramento da comunidade; e no qual, nada menos possa ser desejado do que a admissão de todos a uma parte do poder soberano do estado. Porém, uma vez que é impossível, em uma comunidade maior do que uma única cidade, que todos participem pessoalmente de todos os negócios públicos, a não ser de muito poucos, conclui-se que o tipo ideal de governo perfeito deve ser o representativo.

Ocorre que a democracia não existe sem razão que a fundamente. Trás em seu bojo o amplo poder dado ao povo, contudo, em escolhas formuladas pela maioria. Não é consentâneo com a noção moderna de democracia, contudo, que minorias não sejam respeitadas, assim, o sistema de votação por maioria traz em si uma possível distorção que irá macular o processo democrático estabelecido por eleições e por votações nas casas legislativas, eis que em ambos os casos o voto da maioria define o resultado das escolhas.

### Sobre a democracia, expõem Norberto Bobbio e outros<sup>6</sup>:

Segundo uma velha fórmula que considera a Democracia como governo do povo para o povo, a democracia formal é mais um Governo do povo; a substancial é mais um Governo para o povo. [...] A primeira indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os alcançar.

Reside no Poder Judiciário, de seu turno, o instrumento estatal democrático que visa corrigir tais distorções, de modo que aos seus membros compete zelar pela garantia de direitos fundamentais, sem que o processo de escolha majoritário possa influenciar em suas deliberações. Garante-se, assim, um Poder isento da influência da maioria, capaz de efetivar a ordem jurídica ainda que em detrimento de interesses de grupos específicos.

### Anote-se, por oportuno, passagem de Habermas<sup>7</sup>

<sup>5</sup> MILL, Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Tradução de Débora Ginza e Rita de Cássia Gondim. São Paulo: Escala, 2006, p. 65.

<sup>6</sup> BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 13 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007, v. I, p. 328-329.

<sup>7</sup> HABERMAS, J. *Racionalidade e comunicação*. Tradução de Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 24.

[...] uma instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e a garantia da autonomia individual e cidadã.

Revela-se pertinente a lição de Luigi Ferrajoli<sup>8</sup> a respeito da sujeição do Poder Judiciário, em uma análise, à Constituição e aos direitos fundamentais:

É nesta sujeição do juiz a constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade *endroits*: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes. É este o sentido da frase “há tribunais em Berlim”: tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável à absolvição.

Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos “democracia substancial”.

O próprio autor, na obra antes citada, pondera sobre a própria essência da Constituição, a qual se volta para a equalização de interesses colidentes que emergem de sociedades pluralistas, sendo o conflito de direitos, portanto, da essência da sociedade democrática e da Constituição, que não pode por isso ser interpretada sempre conforme os anseios da maioria.

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias apud OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 101-102.

### Pondera Luigi Ferrajoli<sup>9</sup>:

Fica, então, redefinido o sentido e o papel das constituições. As constituições são, por assim dizer, contratos sociais em forma escrita, sendo eles mais necessários e preciosos quanto mais profundas, heterogêneas e conflituosas forem as diferenças pessoais e as subjetividades políticas, que são chamados para tutelar através da garantia dos direitos de liberdade, e quanto mais claras e intoleráveis forem as desigualdades materiais que têm a tarefa de remover ou reduzir, por meio da garantia dos direitos sociais. Contrariamente à definição oferecida por Carl Schmitt e ainda compartilhada por grande parte do pensamento constitucionalista, as constituições, em suma, não servem para representar organicamente a vontade comum de um povo ou para exprimir alguma unidade ou identidade coletiva. Se fosse essa a sua função, poder-se-ia tranquilamente menosprezá-las. Elas servem, ao contrário, para garantir todos e cada um, também contra a maioria e, por isso, para assegurar a convivência pacífica, mediante a garantia dos direitos fundamentais, entre sujeitos e interesses diferentes e virtualmente em conflito.

Tal atribuição, entretanto, não admite uma atuação sem limites. Justamente porque decisões são tomadas por membros não dotados de poder delegado pelo povo para a definição de escolhas políticas da sociedade, a legitimação das decisões judiciais só existirá se a sua fundamentação encontrar respaldo na garantia de direitos fundamentais assegurados pelo poder constituinte. A legitimidade está, portanto, na racionalidade utilizada, que deverá sustentar inclusive a atuação extraordinária dentro do sistema legal vigente, indicando a necessidade da medida para a preservação da democracia, nunca para a sua violação.

Em outras palavras, não cabe ao Poder Judiciário sobrepor a decisão da maioria, ou definir políticas de Estado de maneira diversa em virtude de convicções políticas ou de qualquer natureza que seus membros possuam. Cabe, por outro lado, determinar o que for necessário à garantia de direitos fundamentais, posto que estes estão resguardados pelo legislador constituinte e, portanto, não podem ser ignorados pelo legislador atual, que a estes está vinculado. Cabe, ainda, resguardar o direito de minorias que não adquirem o reconhecimento de seus direitos pelo procedimento democrático ordinário. Cabe, também, resguardar o direito da maioria contra a atuação ou falta de atuação do legislador por si eleito, quando este não atua segundo os interesses da maioria que o elegeu – aspecto notadamente relevante diante da crise de legitimidade dos poderes eleitos que se sustenta estar presente da realidade nacional.

Afirma Luis Roberto Barroso<sup>10</sup>:

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. 2011, p. 112.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2014, p. 9.

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a proliferação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Veja-se que o exercício de interpretação e aplicação da norma jurídica não é simples, assim como não será simples rotular a decisão tomada de ativismo ou não, muito menos de ingerência indevida em outras esferas de poder. A linha que separa esta distinção aparece muito mais clara quando se escreve a respeito do que quando se pondera sobre a situação real. Assim, afirmar que a lógica da intervenção judicial em nome da proteção dos direitos fundamentais é possível é, de certo modo, simples, embora se respeite quem sustenta o contrário. Em que medida cada caso concreto o fez, por sua vez, e se de forma acertada ou demasiada é mais complexo.

Isso porque a legitimidade que se acusa o Poder Judiciário de não possuir não se constrói através do meio de provimento do cargo público que exercem os agentes políticos encarregados de representar os poderes de Estado; se constrói, antes, pela consonância dos atos praticados por tais autoridades com os anseios da sociedade que representam.

A respeito, pondera Eros Roberto Grau<sup>11</sup>:

Logo, concluí: podemos afirmar que a norma jurídica é legítima – dotada de legitimidade – quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado. A legitimidade é um conceito material, ao passo que a legalidade é um conceito formal.

Nessa linha, observando-se que o Poder Judiciário é naturalmente inerte e é a própria sociedade quem o move em busca de soluções para suas demandas – seja do particular contra o Poder Público, seja do próprio poder político (parlamentares, partidos políticos) buscando no Poder Judiciário a revisão das ações dos demais poderes – e que ao Poder Judiciário não é dado se eximir de decidir as questões que lhe são colocadas, a dita judicialização da política e o ativismo judicial revelam-se fenômenos curiosos do ponto de vista da própria estrutura democrática.

---

<sup>11</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 86, grifos no original.



Imagina-se a distorção nas estruturas tradicionais do Estado Democrático que ocorre diante da crise de legitimidade dos poderes eleitos: o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes; a crise de legitimidade destes representantes faz com que o povo não tenha seus interesses representados; a sociedade busca no Poder Judiciário a efetivação de seus direitos – modificando ou regulando direitos fundamentais em face da omissão legislativa; o Poder Judiciário atua em sobreposição aos demais poderes, com o fim de efetivar os direitos da própria sociedade. Nesse modelo, se aplicado em larga escala, a própria sociedade busca a aniquilação do poder político de seus representantes (quando não eles próprios), pedindo aos agentes políticos não eleitos, mas encarregados da guarda do sistema jurídico (e político), que façam sobrepor a estes determinações de todas as sortes, no afã de ver regulados e efetivados os direitos que seus próprios representantes haveriam de ter materializado.

Há, sem dúvida, um paradoxo do ponto de vista da teoria democrática, na medida em que o indivíduo eleito deixa de ser o representante real dos interesses de quem o elege, carecendo, pois, de legitimidade, que é transferida para o órgão encarregado da jurisdição – ressalte-se, desde que a exerça legitimamente, segundo os anseios da sociedade, e explicita as razões de seus argumentos de fato e de direito em sua decisão, a fim de que o controle social de legitimidade possa ser plenamente exercido.

Inúmeros são os argumentos levantados a favor e contra o ativismo judicial, especialmente sobre a forma como tem se manifestado nas decisões judiciais do país. Não é o propósito do presente artigo rebater uma tese ou outra, embora se sustente que o ativismo judicial é uma ferramenta essencial para o equilíbrio da democracia, se utilizado com medida. É relevante distinguir, todavia, que o protagonismo judicial no Estado brasileiro não é fruto exclusivo do ativismo judicial que vem se difundindo, mas de um *déficit* das instituições do Estado.

## Atuação judicial interventiva e ativismo judicial

Note-se que o ativismo judicial encontra fundamento no sistema jurídico e, longe de ser instrumento que permite ao órgão jurisdicional realizar escolhas políticas livremente, estabelece o poder e a responsabilidade de fazê-lo segundo os anseios da sociedade (e os fundamentos jurídicos que legitimam a tutela de direitos fundamentais) – o que, de fato, é atribuição complexa, daí porque são tão questionadas as decisões tomadas nesse exercício (vide casos emblemáticos

do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva, aborto de anencéfalos, fidelidade partidária etc.). A decisão oriunda da iniciativa judicial de concretizar direitos fundamentais obstaculizados pela inércia legislativa, de fato, não poderia estar imune a críticas, notadamente porque são tomadas em ambiente democrático e, no mais das vezes, prestigiam minorias em detrimento do interesse ou da indiferença da maioria – em legítima atuação contramajoritária do Poder Judiciário.

O ativismo judicial deita raízes, especialmente, no aspecto de intervenção legislativa – ou seja, intervenção na esfera própria de atuação do Poder Legislativo. Em geral, ao Poder Executivo é dado o papel de executar as normas editadas pelo parlamento. Assim, quando se fala no Poder Judiciário criando normas para casos concretos que não foram previamente analisadas pelo parlamento ou modificando políticas públicas com o fim de resguardar direitos fundamentais, diz-se que o Poder Judiciário atua se imiscuindo nas atribuições do Poder Legislativo.

Há uma grande tendência de se rotular toda intervenção judicial na atuação do poder público como fruto de ativismo judicial, o que alimenta a tese de que há um ativismo judicial desenfreado no Brasil, afirmação cuja veracidade depende de um estudo de campo sério e focado no teor de cada uma das decisões avaliadas.

Isso porque, a par das decisões que retratam escolhas políticas realizadas pelo Poder Judiciário, há, no Brasil há um crescente número de ações judiciais que interferem na atividade do Poder Executivo, determinando a este a construção ou reforma de escolas, penitenciárias ou a prestação de serviços de saúde, dentre inúmeros outros exemplos, as quais têm sido rotuladas como exemplos de ativismo judicial.

Nestes casos vislumbra-se o que chamo de atuação judicial interventiva, na medida em que o Poder Judiciário determina a outro poder do Estado que cumpra determinada providência, mas que não representam interferência em sua esfera de atribuição, mas no cumprimento de ordens oriundas da própria legislação.

Deve haver uma distinção relevante em determinados casos, tratados como hipóteses de ativismo judicial ou pejorativamente como invasão de poderes.

Como ilustração, colhe-se passagem de artigo firmado por Lenio Luiz Streck<sup>12</sup>:

---

<sup>12</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Senso incomum: o ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 24 jan. 2014.

Mais ainda, a discussão sobre a judicialização não deve ficar restrita à atuação (ou crítica à atuação) do STF. Basta vermos que várias unidades da federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos.

No emaranhado de decisões que impõe condutas ao poder público atualmente, nem sempre o Poder Judiciário determina alguma providência que já não possa ser extraída da própria lei, aprovada pelo parlamento de modo democrático.

Da obra de Ronald Dworkin, o *Império do Direito*<sup>13</sup>, se colhem elementos de indagação acerca da melhor forma de interpretar as normas jurídicas, inclusive as leis, seja através do convencionalismo, do pragmatismo ou do direito como integridade. Embora o autor sustente como adequada esta última, nenhuma das formas de interpretação se afasta substancialmente do conteúdo da norma jurídica, seja para trás (observando a vontade do legislador), seja para o futuro (observando os efeitos práticos da norma), seja observando o contexto de normas jurídicas vigentes (visando a integridade do sistema), o que significa dizer que o exercício de interpretação jurídica deve considerar, sempre, a vontade política que instruiu a votação de uma norma, ou seja, privilegiar a decisão política adotada com a aprovação de uma lei pelo parlamento.

Contudo, para além da crise de legitimidade democrática no Poder Legislativo, segundo a qual o povo não se vê representado diante de alguns atos ou omissões das casas legislativas, vislumbra-se uma crescente reticência dos Poderes Executivos, administrados por membros eleitos democraticamente, em dar cumprimento àquilo que da própria lei já se extrai.

Quando se deixa de reformar uma escola e se põe crianças em risco (à educação de má qualidade e por vezes à saúde e à vida), ou quando faltam vagas em creche, está-se violando comandos legislativos oriundos do parlamento que determinam o contrário (ou os artigos 53, inciso V, e 54 da Lei 8.069/90 não determinam ao Poder Público que forneça uma escola pública, de qualidade e gratuita, com alimentação e material didático, próxima da residência de todas as crianças do país, tal como vagas para crianças de 0 a 6 anos de idade em creches?). Quando se deixa de construir estabelecimentos penais para abrigar o número de presos nos termos do que define a lei, tem-se que o Poder Executivo está ignorando a norma legislativa (ou Lei 7.210/84 não estabeleceu, no ano de

---

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's empire*.

1984, em seu art. 203, § 3º, o prazo de seis meses, para a realização de projetos de construções e adaptações em estabelecimentos penais aos requisitos da lei?). Quando se determina ao poder público, em não raras vezes, que forneça um medicamento que está previsto no rol de políticas públicas que deveriam ser atendidas (segundo o art. 19-M e seguintes da Lei 8.080/90), não se está violando determinação do Poder Legislativo (e da maioria da população que democraticamente votou – indiretamente – pela aprovação de tal lei)? São intermináveis os exemplos de leis que garantem direitos a prestações específicas do Poder Público, sem espaço para discricionariedade<sup>14</sup>, as quais são cotidianamente obstaculizadas pela inércia do Poder Executivo.

Em tais casos, dentre inúmeros outros, não se pode dizer que o Poder Judiciário está preenchendo lacunas legais ou modificando normas jurídicas, alterando políticas públicas ou efetivando direitos extraídos diretamente do texto constitucional, sem o aval legislativo. Está-se, simplesmente, determinando que o Poder Executivo faça o que lhe compete fazer e que a lei assim o determina (e a legalidade estrita o obriga). Nestes casos, não cabe a discussão acerca do ativismo judicial, posto que não está aí o fundamento da obrigação estatal, mas na lei, aprovada pela maioria dos representantes eleitos pelo povo.

Embora ainda seja possível discutir se o Estado tem capacidade financeira para efetivar tais direitos, tal nos revela outra faceta dos vícios institucionais brasileiros: a de que o legislador assegura direitos sem o levantamento administrativo sobre os impactos para a execução de tal legislação, gerando para o Estado um ônus que, segundo ele próprio, não tem capacidade de suportar. Assim não fosse, haveria em anexo a cada lei que visa solucionar grandes problemas da sociedade (leis essenciais, diga-se) a especificação de quantitativos de recursos humanos e materiais necessários à sua implementação, do custo e da dotação orçamentária específica para a criação, por exemplo, de juizados especializados, delegacias especializadas, contratação de equipes multidisciplinares, construção de estabelecimentos penais especializados, creches, fornecimento de medicamentos dentre outros inúmeros exemplos de necessidades

---

<sup>14</sup> Convém ponderar ainda que tais discricionariedades, como a própria formulação das listas de medicamentos a serem dispensados em políticas públicas, não podem criar distinções infundadas entre indivíduos, em discriminações passíveis de correção judicial para que se ajustem aos critérios constitucionais de isonomia, o que revela outra possibilidade de ingerência do Poder Judiciário sobre tais questões, naturalmente, deslocando o foco da análise jurídica sobre a matéria para outras questões, inclusive estruturais do sistema de saúde, sem que se classifique a intervenção de mera ingerência política. Tais debates, sem dúvida, tem seu lugar natural fora do Poder Judiciário, amparado por órgãos técnicos próprios dos Poderes Executivo e Legislativo. Os critérios, contudo, precisam de legitimidade – na acepção já apreciada – para serem respeitados.

criadas por leis específicas e que jamais saíram do papel (salvo em localidades isoladas), embora a lei seja determinação para que o Poder Executivo a realize.

Ou o problema está na falta de planejamento prévio e na atividade legislativa desmedida, ou o Estado não efetiva tais leis por pura má administração de recursos. Aparentemente integrou o debate legislativo o custo para se construir creches para todas as crianças de zero a seis anos do país e não sabe se todas as administrações do país terão recursos para fazê-lo; para criar delegacias da mulher e da infância e juventude; estabelecimentos penais que abriguem todos os presos do país e permitam a separação dos presos pelo tipo e gravidade do delito; fornecer medicamentos que constam em listas padronizadas do Ministério da Saúde dentre outros, revelando que a aprovação destas leis não considerou a realidade por trás do direito.

A consequência jurídica desta realidade é o impacto que ela traz para o exercício de interpretação da norma jurídica. Interpretar tais normas em face desta realidade e considerá-la relevante (ou seja, admitir que o Estado legisla promessas apenas) significa afirmar que a Lei de Execuções Penais ou o Estatuto da Criança e do Adolescente são, em grande parte, leis programáticas, que não efetivam direitos, mas orientam a atuação futura do Estado, se houver recursos financeiros e se houver a escolha discricionária do legislador. De outro lado, ignorar a prática da legislação sem planejamento significa interpretar tais normas como garantidoras de direitos efetivos e neste caso, concluir que é obrigação do Estado dar a estas o devido cumprimento, inclusive se demandado judicialmente, posto que o próprio Estado reconheceu a sua capacidade de provê-las de efetividade.

Note-se: o âmbito natural para os debates políticos da sociedade é o Poder Legislativo. Em seu seio, com ampla análise e acompanhamento de órgãos técnicos e de representantes de diversas frentes da sociedade civil se podem estabelecer políticas, ainda que restritivas, desde que isonômicas, para os mais diversos campos de atuação pública. Se o Estado não é capaz de fornecer todo o tipo de tratamento de saúde para todos da população, que se debata, e se aprove redação legislativa (emenda constitucional) que esclareça quando e como o Estado atuará. Assim deve ocorrer com todas as prestações públicas asseguradas em lei. Não se pode conceber, contudo, que o sistema conviva pacificamente com um sem número de leis demagógicas que estampam os jornais afirmando estarem reconhecendo e protegendo direitos, mas a comunidade jurídica as interpretem como recomendações sujeitas a limitações orçamentárias ou decisões

discricionárias, transferindo ao Poder Executivo o papel amplo de realizar escolhas políticas que cabem ao Legislativo.

Surge aí um panorama de atuação indiscutivelmente legítima do Poder Judiciário no sentido de fazer cumprir as normas democraticamente estabelecidas na sociedade, ainda que cotidianamente interferindo na atuação específica do Poder Executivo e, por consequência, causando impactos na gestão de seu orçamento, sem que se deva atribuir a essa atuação uma violação da separação de poderes (que antes ocorreu quando o Poder Executivo ignorou as normas editadas pelo Poder Legislativo) e sem que se cogite tratar-se de ativismo judicial. A jurisprudência analisada sob esse prisma certamente resultará na modificação significativa do volume estatístico de decisões consideradas como exemplo de ativismo judicial (já que é grande o volume de leis que determinam a efetivação de direitos constitucionais, ignoradas pelo poder público), reduzindo o espaço para a crítica a este fenômeno e deslocando o debate para a crise de legalidade que aflige o sistema normativo brasileiro.

## Considerações finais

O grito contra a iniciativa do Poder Judiciário de afirmar direitos e garanti-los, especialmente aqueles já consagrados pela legislação, – travestido de crítica ao ativismo judicial – não é coerente com a aceitação passiva de que todas as leis no Brasil são promessas sem exigibilidade certa. Recriminar o ativismo judicial e questionar um sem número de decisões que impõe ao Poder Público obrigações fundadas em leis são posturas dissociadas – uma não serve de fundamento para a outra (já que nestes casos as obrigações reconhecidas são fruto do positivismo e não de ativismo).

Enquanto o Poder Legislativo não exercer seu múnus com responsabilidade e editar leis financeiramente factíveis ao Poder Executivo e este não se afastar da sombra da má-administração que o impede de fornecer à sociedade a execução plena de seus direitos legalmente reconhecidos, a sociedade se socorrerá de decisões interventivas do Poder Judiciário para ter seus direitos garantidos e, com sorte, este terá o poder necessário para efetivá-los.

Falta coragem e maturidade democrática ao Poder Executivo para revelar ao Poder Legislativo, com números reais, que os direitos não são exequíveis (como alegam as testes de reserva do possível e ingerência administrativa, ou mesmo deflui da comparação entre os gastos oriundos do sistema de saúde e de

cumprimentos de ordens judiciais). Falta o mesmo ao Poder Legislativo para debater seriamente, junto com a sociedade, suas limitações e limitar direitos a fim de deixar escritos aqueles que podem ser cumpridos; criar o direito positivo com razoabilidade e legitimidade, factível, que possa ser exigido e que, portanto, não possa ser facilmente ignorado. O sistema político brasileiro, contudo, sofre de inúmeras influências que parecem não contribuir para que a cultura jurídica nacional desenvolva um apurado senso de legalidade – que contribuiria para uma ordem jurídica estável e previsível.

Enquanto a estrutura legislativa for vista como um emaranhado de direitos reconhecidos, mas inexecutáveis, o próprio Poder Legislativo abre espaço para que a sua vigência seja negada (não é o que faz o Poder Executivo quando se nega a uma prestação com base na falta de recursos: negar a lei?). Por outro lado, a falta de objetividade das leis contribui também para o ativismo judicial: enquanto as leis não definirem políticas públicas de forma clara e limitada com fundamentos legítimos, como esperar que das decisões judiciais que interpretam a legislação aberta, que tudo contempla, não se extraia carga de escolhas de cunho político?

Fato é que a literalidade das normas citadas como exemplo não deixa dúvidas de que o Poder Legislativo reconheceu amplos direitos, não sendo, obviamente, da natureza do Poder Judiciário limitá-los em afronta aos preceitos constitucionais, o que explica, em parte, o grande volume de decisões judiciais que impõe diariamente obrigações ao Poder Público.

Sobre o ativismo judicial, é de se concluir que é, de fato, fruto de uma distorção no papel das instituições e não corresponde ao método adequado de condução de uma democracia participativa. Embora legítimo, deve ser reservado a casos excepcionais. Quando a democracia funciona de forma excepcional, todavia, é salutar para a própria democracia que a sociedade – minorias e maiorias – tenha como se socorrer da omissão do Estado que a representa. Pode-se sugerir, assim, que o grande vilão do intervencionismo judicial (seja ativismo ou não), grosso modo, não está no Poder Judiciário<sup>15</sup>, mas no Poder Legislativo, que peca ao legislar sem apego à efetividade e/ou à realidade social, e, por vezes, no Poder Executivo, que peca ao não cumprir o que a lei lhe determina. A intervenção é uma consequência natural de ocupação de um espaço deixado vazio, para que o Estado continue a cumprir o seu papel – não da melhor forma, é verdade.

---

<sup>15</sup> Desconsiderando, naturalmente, as especificidades de vários casos concretos que, na opinião deste autor, não cumprem o papel reservado ao Poder Judiciário com a justificativa jurídico-racional necessária.

## The judicial activity, the function of the powers and the (dis) obedience to the laws: all is not judicial activism

### Abstract

This article discusses the scientific basis for judicial activism from the perspective of democracy, argues that this entails some distortion in the representative system of democratic political systems and should be an instrument to be used in contained manner, and identifies in the Brazilian national reality a relevant factor to the exercise of legal perception (understood as the exercise of interpretation of the legal norm), since there are many judgments that, far from devoting judicial activism, require the application of the legislation, making highlight an institutional crisis both in relation to the form of lawmaking as to the function of the Executive and making emphasize the functions of the Judiciary in the democratic context.

**Keywords:** Democracy. Effectiveness. Executive. Fundamental rights. Institutional crisis. Judicial activism, Judiciary.

### Referência

- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2014.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. v. I.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: Law's empire.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2011.
- HABERMAS, J. *Racionalidade e comunicação*. Tradução de Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.
- MILL, Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Tradução de Débora Ginza e Rita de Cássia Gondim. São Paulo: Escala, 2006.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12. CORRUPÇÃO: UM MAL A COMBATER NA DEMOCRACIA ANGOLANA ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. *Senso incomum: o ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 24 jan. 2014.