

# ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

## JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL

Maria Cláudia Trajano Marques de Souza Santos<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem por escopo provocar o debate quanto às possibilidades e limites de intervenção judicial nos outros poderes da República. O ativismo judicial pressupõe, grosso modo, a omissão na realização de políticas públicas que garantam os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros por parte de quem competia.

Atualmente, a atuação do Judiciário na iniciativa da concessão de direitos fundamentais constitucionalmente previstos tem acarretado reação dos demais poderes. Isto porque, em tempos de acesso à informação com facilidade sem precedentes, importa aos atores da política que mantenham em dia a simpatia do eleitorado. A iniciativa por parte do Judiciário no desempenho de função que não lhe foi precipuamente atribuída pela Constituição Federal tem a capacidade de atrair para si o protagonismo e reforçar a omissão dos demais poderes.

Por meio de pesquisa de posicionamento doutrinário e jurisprudencial, abordamos a legitimidade dessa intervenção sob a perspectiva jurídica e as consequências de ordem social daí advindas. Além disso, mostramos como o ativismo judicial assumiu importante papel na entrega da justiça em históricas situações de desigualdade e segregação.

Por fim, concluímos que o ativismo judicial há de ser contemporizado para cumprir o papel de ferramenta fundamental para corrigir omissões por parte do Poder Público capazes de afetar o mínimo existencial à dignidade humana. O uso arbitrário ou inadequado da capacidade de interferência do Poder Judiciário nos demais poderes poderá configurar a sua politização, afetar o seu dever de isenção, culminando com o desequilíbrio do Estado de Direito.

**Palavras-chave:** Separação de poderes. Ativismo Judicial. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

---

<sup>1</sup> Advogada, Professora Universitária na Universidade Anhanguera, Mestranda em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito (EPD), Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD).

## **ABSTRACT**

The purpose of this article is to provoke a debate about the possibilities and limits of judicial intervention in the other branches of the Republic. Judicial activism presupposes, broadly speaking, the failure to carry out public policies that guarantee the fundamental rights of Brazilian citizens by those who competed.

Currently, the role of the Judiciary in granting fundamental rights constitutionally provided for has caused a reaction from the other powers. This is because, in times of access to information with unprecedented ease, it is important for political actors to keep the electorate's sympathy up to date. The initiative by the Judiciary in the performance of a function that was not primarily attributed to it by the Federal Constitution has the capacity to attract protagonism to itself.

Through research of doctrinal and jurisprudential positioning, we approach the legitimacy of this intervention from a legal perspective and the consequences of social order that arise from it. In addition, we show how judicial activism has taken on an important role in delivering justice in historic situations of inequality and segregation

Finally, we conclude that judicial activism must be contemporaryized to fulfill the role of fundamental resource to correct omissions on the part of the Public Power capable of affecting the minimum existential to human dignity.

The arbitrary or improper use of the Judiciary's ability to interfere in other powers may configure its politicization, affect its duty of exemption, culminating in the imbalance of the rule of law.

**Keywords:** Separation of powers, judicial activism, existential minimum, reserve of the possible.

## **1. INTRODUÇÃO**

A evolução das relações sociais ocorre de maneira bastante dinâmica considerando padrões nem sempre compreensíveis pela sociedade uniformemente.

Ao final do último século não se admitia socialmente, com o grau de tolerância e respeito que hoje se admite, relações entre pessoas com orientação sexual diferente da chamada heterossexual.

Constituem fatos públicos os episódios de prática de violência decorrente de preconceito contra homossexuais; cotidianamente a imprensa os noticiava:

*De janeiro a setembro de 1992, pelo menos 50 crimes contra homossexuais foram denunciados, segundo levantamento do Grupo Gay da Bahia. Outro dado apurado pelo grupo apontou 1.200 assassinatos no país de 1980 a 1991. O objetivo dos levantamentos era denunciar "um fenômeno que cresce ano a ano": crimes*

*motivados por homofobia. O mesmo grupo constatou que, em 2018, foram registradas 445 mortes de homossexuais. Deste total, 76% foram homicídios e 24% suicídios; 56% dos casos aconteceram em vias públicas e 37% na casa da vítima.*

**No início de 1993**, um grupo de extermínio aterrorizou travestis em zonas de prostituição de São Paulo. Segundo a reportagem do GLOBO em 21 de março daquele ano, os criminosos paravam o carro como se fossem clientes e, quando a vítima se debruçava sobre a janela, era atingida por um tiro na testa. Em três meses, 15 travestis foram mortas. No dia 26 de março, o então policial Cirineu Carlos Letang foi preso pela morte de três travestis. Condenado, ficou 18 anos na cadeia até passar a regime aberto, em 2011, por comportamento exemplar. Mas foi preso de novodois meses depois, sob suspeita de matar outra travesti.

O ator André Gonçalves, da TV Globo, foi xingado e espancado em janeiro de 1997, na Gávea, bairro da Zona Sul carioca. Segundo o artista, os agressores o atacaram por causa de Sandrinho, personagem gay que ele viveu na novela "A próxima vítima", exibida no ano anterior. No momento da agressão, Gonçalves voltava de uma gravação de outra novela, que já estava no ar: "Salsae Merengue".<sup>2</sup>

Por óbvio, tais práticas de truculência ainda protagonizam a realidade de pessoas de várias orientações sexuais, entretanto, a sociedade, evidentemente mais evoluída no reconhecimento dos valores inerentes à dignidade humana, tem se mostrado cada vez mais intolerante com condutas desta natureza.

Nesse cenário, o Judiciário exerceu importante papel. Isto porque, o desrespeito à classe de homossexuais não se evidenciava apenas no comportamento da sociedade; não se discutiam políticas públicas em favor deles e o principal instrumento jurídico de que dispomos – a Constituição Federal - cujo papel consiste em conferir reconhecimento e proteção aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, sequer atribuía às relações homossexuais a possibilidade de obter o *status* de família.

Via de consequência, comumente se noticiava o desamparo do parceiro supérstite ante o falecimento de seu companheiro, já que não lhe restava o direito de herdar o patrimônio construído em conjunto.

---

<sup>2</sup> Jornal O Globo. Disponível em <https://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-acervo/post/reportagens-publicadas-desde-os-anos-90-revelam-crueldade-da-homofobia-no-pais.html> Acesso em 25 de Maio de 2020.

Por ocasião do voto oral proferido no julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277, em que o governo do Estado do Rio de Janeiro requereu a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro, o Ministro Ricardo Lewandowski reconhece os limites impostos ao Judiciário com relação à aplicação da lei, mas também reconhece o necessário ativismo no sentido de conferir garantia aos direitos fundamentais do indivíduo; no caso, o direito de garantia da dignidade humana:

*“Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade<sup>1</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209. original do legislador, combinando-a com o Zeitgeist vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, in claris cessat interpretatio.*

*E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento.*

*Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a meu ver, de forma apropriada – denominam de “relação homoafetiva”?*

*Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de darse concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise”*

Hoje em dia, qualquer cidadão, seja qual for a orientação sexual à qual adere, tem preservado o seu direito de unir-se afetivamente com quem queira; e mais, seus direitos patrimoniais ficam preservados em caso de falecimento ou divórcio.

O exemplo paradigma representa um dentre os diversos que revelam a atuação oportuna e efetiva por parte do Judiciário, o que se nomeia ativismo judicial. Há contudo, os que defendem a rigorosa limitação desta atuação.

O olhar atento de todas as instituições às demandas sociais

apenas se torna efetivo se houver quem as acolha. O trâmite legislativo comporta procedimentos burocráticos, de modo nem sempre atenderá à necessidade social em tempo hábil. O atendimento tardio das demandas sociais não tem o condão de equilibrar as desigualdades; ao contrário, acirra ainda mais as injustiças e a segregação.

O artigo terá enfoque nas questões relativas à possibilidade de interferência entre os poderes, em especial, naquela que se dá por iniciativa do Poder Judiciário nos demais, além de reproduzir episódios paradigmáticos em que esta interferência se revelou determinante na efetivação das garantias constitucionais em favor de grupos sociais historicamente ou não, segregados pela atuação do Poder Público.

A base do presente estudo será por meio de análise doutrinária e jurisprudencial, a qual demonstrará a legitimidade do ativismo judicial, os seus limites e resultado no meio social.

## **2. SEPARAÇÃO DOS PODERES**

A separação dos poderes constitui pilar fundamental no que se espera de uma democracia; e mais, o respeito às atribuições a eles conferidas, sem interferência injustificada ou arbitrária é o que torna efetivo o ideal de independência das instituições.

Desde a primeira Constituição, a chamada Constituição Imperial de 1824, já se previa a divisão harmônica dos poderes, ainda que concentrando no Imperador o poder de zelar pela “manutenção, equilíbrio e harmonia dos demais poderes” (Art. 98).

As demais Constituições que se seguiram ratificaram o princípio de separação dos poderes até que em 1937, quando da Era Vargas, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil à época promulgada, não previu a divisão dos poderes com atuação harmônica; ao contrário, atribuía ao Executivo o poder ilimitado na condução política do país.

Com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil em 1946, restou reafirmada a divisão dos poderes, cujo princípio se preservou até hoje consagrado na Constituição Federal de 1988.

A História já provou, portanto, que o desprezo ao fundamento constitucional de divisão harmônica dos poderes em uma sociedade conta com a forte possibilidade de autoritarismo e arbitrariedade por parte do governo.

Há um consenso o mundo, portanto, no sentido de que a preservação da democracia perpassa necessariamente pelo reconhecimento e respeito á divisão de atribuições entre as instituições que agirão de forma independente e harmônica.

Ocorre, entretanto, que a interferência de um poder em outro em certas ocasiões, se faz necessária para coibir eventuais abusos. A visão moderna do que se compreende como democracia exige que não se trate de forma absoluta a divisão dos poderes e sua independência. Nas palavras de José Filomeno de Moraes Filho quanto à análise do princípio de divisão dos poderes: *“não pode limitar-se à sua configuração normativo-constitucional, fazendo-se necessária a interpretação de tal configuração como processo político efetivo, em outras palavras, um diálogo permanente entre a teoria constitucional e a teoria política”*.<sup>3</sup>

José Afonso Silva reforça a legitimidade das intervenções entre os poderes como uma medida de controle do poder, o denominado sistema de freios e contra pesos:

*“cabe assinalar que nem divisão de funções entre órgãos no poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contra pesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.”*<sup>4</sup>

A possibilidade de interferência, portanto, fica conferida a todos os poderes da República. O Executivo, por exemplo, poderá valer-se das sanções e do veto para controlar as decisões do Poder Legislativo, tal como autoriza o artigo 66 da Constituição Federal, além desses, o Legislativo também dispõe de um arsenal de instrumentos constitucionais para exercer controle aos atos do Poder Executivo, entre os quais, o impeachment.

Por tudo isso, resta incontroverso que a interferência recíproca dos poderes como forma de controle de sua atuação se mostra plenamente legítima e republicana. Não significa dizer, contudo, que tais interferências não geram reações de resistência nos membros da instituição controlada. Por óbvio que nem sempre o controle se dá de forma harmônica e adequada; existem abusos até mesmo no exercício do

direito de interferência por parte dos poderes.

Há quem sustente que a possibilidade de intervenção do Executivo na atividade do poder legislativo traz consigo temerária insegurança jurídica. A reflexão doutrinária nesse sentido sustenta que o uso indiscriminado de medidas provisórias acontece também porque o poder legislativo se mostra permissivo:

*“Medida Provisória só deve ser usada em situações específicas, mas na prática o Executivo tem feito uso indiscriminado deste dispositivo. Não só o número total de Medidas Provisórias tem crescido a cada legislatura nesta década, mas também muitas medidas vêm sendo reeditadas um grande número de vezes, já que o Congresso raramente as desafia”<sup>5</sup>*

E ainda:

*“Este assunto (sobre o uso indiscriminado de medidas provisórias) repercute diretamente na segurança jurídica, na vivência democrática dos poderes constituídos e, numa acepção mais ampla, na pluralidade social – valores que representam princípios fundamentais da Constituição Federal”<sup>6</sup>*

A insegurança jurídica decorreria do fato de que a atividade precípua designada àquele que ocupa o cargo de chefe do Executivo consiste na prática de atos de administração; a atribuição legislativa deveria se dar forma excepcional. A inversão dessa ordem, de acordo com o que a citada doutrina defende, acarreta afronta aos pilares da democracia, de onde vem a questão da insegurança jurídica.

A assunção de atribuições de um poder por outro poderá gerar eventualmente, o que se compreende por abuso; entretanto, negar tal possibilidade fere os princípios basilares do Estado democrático de Direito e torna certo o cometimento de excessos e arbitrariedades, uma vez que o poder ficaria concentrado nas mãos de quem o detenha.

---

<sup>3</sup> Separação dos Poderes no Brasil. Fonte: Wikipédia. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Separa%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Poderes\\_no\\_Brasil#Perspectiva\\_hist%C3%B3ricoconstitucional\\_da\\_separa%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_poderes\\_no\\_Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Separa%C3%A7%C3%A3o_de_Poderes_no_Brasil#Perspectiva_hist%C3%B3ricoconstitucional_da_separa%C3%A7%C3%A3o_de_poderes_no_Brasil). Acesso em 25 de Maio de 2020.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros Editores, 30ª Ed, 2009, p. 110.

<sup>5</sup> PEREIRA, Carlos. MUELLER, Bernardo. Uma Teoria da Preponderância do Poder Executivo. O sistema de comissões no Legislativo brasileiro.

<sup>6</sup> NIEBUHR, Joel Menezes. Lula e as medidas provisórias.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL

De modo objetivo, o movimento do ativismo judicial surge como forma de requerer uma postura mais ativa por parte dos juízes no sentido de protagonizar a iniciativa de respeito e acolhida aos direitos coletivos.

*“O ativismo judicial, portanto, busca a implementação dos ideais constitucionais, tendo em vista que ao poder judiciário foi atribuída a função de interpretar e decidir de forma final a Constituição, pelo controle de constitucionalidade. Para isso, deve-se reconhecer em sua atividade um caráter não somente dogmático, mas também político, se afastando do formalismo exacerbado do positivismo jurídico, apoiado em valores constitucionais.”<sup>7</sup>*

Essa atuação judicial mais ativa acontece, segundo entende Ernani Rodrigues de Carvalho num contexto onde se pressupõe a *“existência de um sistema político democrático, a separação de poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias”*.<sup>8</sup>

O juiz deverá, portanto, olhar as normas infraconstitucionais com criticidade apurada e adequada aos novos paradigmas constitucionais; não se porta mais como mero aplicador da lei ao caso posto, mas um agente determinante na nova leitura social.

A obediência restrita ao positivismo do Poder Judiciária ainda conta com adeptos de grande peso. No artigo *‘A crítica de Ronald Dworkin ao positivismo de Hart e suas possíveis influências teóricas no contexto do pensamento jurídico brasileiro’*, o autor esclarece sobre o pensamento de Hart:

*“Assim, Hart acredita descrever o funcionamento de um sistema jurídico, pela introdução de instrumentos que dão certeza, dinamicidade e legitimidade na aplicação das próprias regras do sistema.*

---

<sup>7</sup> FONTES, Gustavo Rosa. A crítica de Ronald Dworkin ao positivismo de Hart e suas possíveis influências teóricas no contexto do pensamento jurídico brasileiro. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br) Acesso em 27 de Maio de 2020.

<sup>8</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de, 2004, apud SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p. 53-54.

*As regras primárias devem ser complementadas pelas regras secundárias, instituindo da ideia de validade das regras; além disso, permite a continuidade do sistema, acompanhando as mudanças sociais; e, por fim, atribui às regras primárias maior eficácia, por meio da introdução das regras de julgamento.”<sup>9</sup>*

A discricionariedade presente nas atividades dos julgadores consiste, de igual modo, no grande argumento que legitima a proatividade do juiz no o principal objeto da crítica aguçada dos positivistas.

*“Para os positivistas, o juiz não possui poder discricionário quando uma regra clara e estabelecida está disponível. Entretanto, para Hart, naqueles casos de regras que não são claras, de “textura aberta”, o juiz deve usar o poder discricionário para julgar (sentido forte). Dworkin sugere que Hart defende a ideia de que os juízes não estão de modo algum vinculados por padrões que não sejam regras, quando ele de um poder discricionário deixado pela linguagem, nas situações em que as regras não são claras em decorrência de sua textura aberta.”<sup>10</sup>*

O fenômeno do ativismo judicial tem sua face positiva. As demandas da sociedade requerem atendimento em tempo hábil. Um judiciário estagnado ou limitado a restrita aplicação da lei ao caso posto, prejudica a expectativa que a sociedade deposita na justiça. A visão moderna de atuação jurídica tem como característica também a visão alargada da Constituição Federal expandindo o seu sentido para alcançar direitos fundamentais relegados pela omissão legislativa.

O que se aponta como negativo no ativismo judicial é o fato de que ele se dá no espaço que o Poder Legislativo deveria ocupar, mas não o fez.

A omissão por parte dos poderes Executivo e Legislativo na proposta e elaboração de políticas públicas em favor da sociedade revela a ineficiência do sistema político do país.

O sistema ideal requer equilíbrio na atuação política por parte do Judiciário; vale dizer, as decisões judiciais ativas devem ser utilizadas com criticidade, revelando respeito à preservação da autonomia e independência dos poderes.

---

<sup>9</sup> FONTES, Gustavo Rosa. A crítica de Ronald Dworkin ao positivismo de Hart e suas possíveis influências teóricas no contexto do pensamento jurídico brasileiro. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br) Acesso em 27 de Maio de 2020.

<sup>10</sup> Idem.

No artigo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade”, o Ministro Luís Roberto Barroso sustenta:

*‘A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa esaudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país delocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.’<sup>11</sup>*

#### 4. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

De qualquer modo, a oposição feita ao ativismo judicial encontra firme fundamento. Embora reconheça a importância da atuação judicial ativa, os seus críticos apontam alguns embaraços que merecem atenção.

O Ministro Luís Roberto Barroso apresenta as seguintes críticas ao ativismo judicial: “*riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.*”

Quando reflete sobre os riscos para a atividade democrática, o Ministro Luís Roberto Barroso questiona a origem da legitimidade de um órgão, cujos membros não foram eleitos pela vontade popular, para invalidar atos praticados por membros do Legislativo e pelo Executivo, cujos integrantes ocuparam-se dos respectivos cargos através do voto de cidadãos manifestados em eleições democráticas.

A referida reflexão faz sentido na medida em que o Judiciário não constitui um órgão político. A sua função na República consiste em promover a aplicação da justiça nos termos do quanto já estabelecido em regra legal pelo poder a quem compete a função legiferante. Assim se estrutura o princípio de repartição de poderes numa república democrática.

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA <file:///C:/Users/TFZ%20%20C/Downloads/DialnetJudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286.pdf>. Acesso em 27 de Maio de 2020.

*“Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios — como ninguém deve, aliás, nessa vida — impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.”<sup>12</sup>*

Ocorre que, a divisão dos poderes, conforme já visto, deve ser tratada levando-se em conta a necessidade eventual de interferência do poder Judiciário, a quem incumbe interpretar a lei, nas esferas dos demais poderes com a finalidade de invocar o equilíbrio social. O poder discricionário do juiz lhe confere justamente a prerrogativa de identificar tais lacunas e aplicar, valendo-se dos recursos previstos no próprio ordenamento jurídico, o remédio adequado a suprimi-las.

Acerca do papel protagonista do juiz na análise e interpretação da lei, Luís Roberto Barroso informa:

*“Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito”<sup>13</sup>*

A segunda crítica feita por Luís Roberto Barroso se refere ao risco de politização da justiça. Nesse contexto, parte-se do pressuposto de que Direito não é política. Defende o autor que o ataque a uma determinada decisão judicial ao argumento de que se trataria de decisão política, finda por esvaziar a atividade judicante.

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA <file:///C:/Users/TFZ%20%20C/Downloads/DialnetJudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286.pdf>. Acesso em 27 de Maio de 2020.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA <file:///C:/Users/TFZ%20%20C/Downloads/DialnetJudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286.pdf>. Acesso em 27 de Maio de 2020.

De fato, o julgador conta com critérios subjetivos que balizam os caminhos do seu convencimento; enquanto as demandas sociais forem julgadas por indivíduos, assim mesmo se dará. Impossível dissociar aquele que detém o poder de decidir de seus valores morais e éticos, os quais influenciarão a sua decisão. Ao afirmar que Direito não é política, pretende-se esclarecer que não se deve admitir ao julgador que profira decisões tendenciosas que afrontem o dever constitucional de agir com isenção.

Quanto a esse ponto, Luís Roberto Barroso informa o seguinte:

*“Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.”<sup>14</sup>*

A fim de garantir que a função política do magistrado não extrapole os limites estabelecidos pelo dever de isenção, necessário se faz que o julgador não admita a prevalência das suas convicções políticas quando do proferimento de sua decisão; ao contrário, se apegue às leis e à Constituição Federal. Além disso, deve atentar-se ao fato de que o Poder Legislativo é o que de fato possui competência para elaborar leis; implica presumir, portanto, que o exercício dessa função observou os critérios procedimentais e materiais necessários a atribuir validade às normas jurídicas.

Importa ainda, que os julgadores não pretendam assumir posturas populistas que tenham por objetivo adquirir a simpatia da sociedade. A aplicação da lei pode acarretar, em dado momento, a contrariedade de posições majoritárias, mas necessária à proteção de garantias fundamentais.

A terceira crítica verificada por Luís Barroso quanto ao ativismo judicial refere-se à capacidade institucional do Judiciário. Acerca disso, pressupõe-se que a existência de divisão clara de funções entre os poderes institucionais numa república democrática passa pelo reconhecimento de que tais poderes não detêm necessariamente a integralidade da competência técnica fundamental para análise do quanto lhe é dado a resolver.

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA <file:///C:/Users/TFZ%20%20C/Downloads/DialnetJudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286.pdf>. Acesso em 27 de Maio de 2020.

Especificamente no que se refere ao Poder Judiciário, a ele sempre incumbirá dizer o direito, entretanto, importa que seja considerado o limite de sua capacidade institucional para reconhecer, se for o caso, que impescinde de recursos técnicos de colaboração dos outros poderes.

Outra face da capacidade institucional do Judiciário, consoante explanado pelo Ministro, consiste no fato de que ao magistrado cabe a responsabilidade pela atribuição do Direito, devendo considerar, eventualmente, o sacrifício individual em prol de se conferir proteção à coletividade.

A proteção às políticas públicas que favoreçam a maioria deverá prevalecer se confrontada com benefícios individuais. A tal fenômeno, o escritor denominou de “*risco de efeito sistêmico*”, a partir de onde conclui que “*o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. (...) Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.*”<sup>15</sup>

De fato, a excepcionalidade no uso do direito de interferência em atribuições conferidas a outros poderes impõe a adoção de critérios importantes por parte do poder julgador.

O debate acerca da concessão de direitos considerando, por exemplo o princípio da reserva do possível conta com argumentos de alto nível para defende-lo ou contrariá-lo. A razoabilidade no ato de decidir se revela o desafio ao ativismo judicial.

O Ministro Luís Roberto Barroso ao concluir acerca das críticas que reconhece no ativismo judicial informa:

*“o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade*

---

<sup>15</sup>BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA <file:///C:/Users/TFZ%20%20C/Downloads/DialnetJudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286.pdf>. Acesso em 27 de Maio de 2020.

*do Poder Legislativo. Precisamos de reformapolítica. E essa não pode ser feita por juizes.*<sup>16</sup>

## **5. O ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DE DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Constitui dever do Estado garantir a efetividade dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, entre os quais, saúde, educação, lazer, trabalho, alimentação, moradia, entre outros. O acesso às garantias mencionadas no referido dispositivo tem a finalidade de conferir o mínimo para a existência humana digna.

A previsão do artigo 6ª, entretanto, caracteriza-se pelo que se denomina norma programática, ou seja, a sua efetividade demanda, necessariamente, o planejamento de políticas públicas por parte do Estado que prevejam ações que privilegiem coletivamente as minorias mais afetadas pela desigualdade presente no país.

O conceito de políticas públicas trazido por Ronald Dworkin revela com clareza seu objetivo: *“Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas.*”<sup>17</sup>

A consecução da finalidade objetivada pelo artigo 6ª da Constituição Federal demanda, para além do planejamento, recurso orçamentário e vontade política por parte dos poderes Executivo e Legislativo aos quais incumbem proposta e definição de políticas públicas para esse fim. Além disso, a vontade política impescinde a análise criteriosa a respeito de a qual setor social será destina a implementação de eventual ação política públicacapaz de promover alguma garantia inculpada no artigo 6ª da Constituição Federal.

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA <file:///C:/Users/TFZ%20%20C/Downloads/DialnetJudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286.pdf>. Acesso em 27 de Maio de 2020.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002., p. 37

Ocorre entretanto, que sem desconsiderar a falta de vontade política muitas vezes verificada no sistema político brasileiro, a reserva orçamentária constitui a mais utilizada justificativa invocada por parte dos poderes Executivo e Legislativo para a omissão na implementação de políticas públicas. Da referida situação, vale destacar o que se verifica no setor da saúde.

Rotineiramente o Poder Público é alvo de ação judicial em que se busca a concessão de ordem para a entrega de medicamento ou de tratamento médico. Quando do deferimento do pedido, o julgador reconhece ser a saúde direito fundamental, um dos corolários da dignidade humana, razão pela qual não pode ser preterido em privilégio ao princípio da reserva do possível. Tal entendimento segue exemplificado na decisão a seguir:

*EMENTA: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Autor portador de Diabetes mellitus, insuficiência cardíaca com fração de ejeção reduzida e insuficiência renal crônica. Aplicação do entendimento consolidado no REsp nº: 1.657.156. Indisponibilidade do direito à Saúde. Art. 196 da Constituição Federal, norma de eficácia imediata. Prova inequívoca da necessidade do medicamento pleiteado, bem como, a hipossuficiência do autor. Relatório médico que comprova a imprescindibilidade do medicamento. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Relatório e receituário médicos que comprovam a necessidade do paciente em obter a medicação. Medicamento que não faz parte da lista de medicamentos padronizados do SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. Ausência de padronização que não tem o condão de restringir o direito material tutelado. Tutela jurisdicional que não interfere na discricionariedade da Administração Pública. Garantia do fornecimento dos medicamentos que não empresta, em absoluto, caráter de imposição do Judiciário ao Executivo, mas envolve sim, o cumprimento exato dos preceitos constitucionais e o disposto na Lei 8.080/90. Óbices orçamentários. Irrelevância. Política pública que se pressupõe contemplada nas leis orçamentárias. Princípio da Reserva do Possível que não pode se sobrepor aos direitos fundamentais. A saúde constitui direito público subjetivo do cidadão e dever do Estado. Precedentes. Recurso provido (Processo nº: 100.7582-30.2019.8.26.0079. Apelação Cível / Fornecimento de Medicamentos. Rel.: Cláudio Augusto Pedrassi. Botucatu. 2ª Câmara de Direito Público. Publicado em 27 de Maio de 2020.)*

Embora seja o direito à saúde garantia fundamental constante da Constituição Federal, a questão do confronto deste direito com o princípio da reserva do possível tem gerado debates. Isto porque, a concessão de garantias individuais, embora fundamental à manutenção da dignidade humana não poderá

impedir a implementação de políticas públicas de abrangência coletiva. A análise que se faz é financeira; para onde destinar o recurso? Até que ponto o direito individual à saúde haverá que prevalecer em detrimento da proteção coletiva?

A concessão da ordem de entrega de medicamento ou de acesso a determinado tratamento médico evidencia o fenômeno do ativismo judicial, uma vez que ao julgador incumbe sopesar os direitos postos em confronto; nesse caso, concluindo-se por proteger o direito individual.

De fato, a inércia por parte do Estado em cumprir com seu papel na entrega dos direitos fundamentais autoriza o Judiciário que o faça e, nesse caso, necessário que de fato, proteja a vida, o maior bem humano, com tudo o que lhe confira dignidade. Este entendimento conforma com o exarado pelo STF, conforme se reproduz:

*“Comprovado o acometimento do indivíduo por determinada moléstia, necessitando de certo medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna – e que tem como direito-meio o direito à saúde. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº: 1028835-DF, Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 02 dez. 2008)”*

## **6. CONCLUSÃO**

O ativismo judicial representa atualmente efetivo recurso no reparo de omissões por parte dos poderes Executivo e Legislativo na entrega dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Numa república democrática faz-se oportuna a interferência equilibrada entre os poderes porque nem sempre é possível que cumpram com suas atribuições institucionais.

Qualquer interferência, contudo, demanda ordem e o reconhecimento de limitação da própria capacidade por parte do Judiciário, sob pena de ter afetado o seu dever de isenção, de abstenção política, culminando com o desequilíbrio do Estado de Direito.

De qualquer sorte, num contexto social em que os indivíduos padecem pela ausência de políticas públicas capazes de garantir o mínimo para a existência humana digna, sob a frequente justificativa de orçamento deficitário,

cumpra ao Poder Judiciário, como órgão responsável por fazer cumprir a Constituição Federal, assumir o protagonismo da efetiva entrega dos direitos sociais aos cidadãos.

A vida humana constitui o bem mais elevado e não deve sofrer prejuízo ou ameaça desnecessários decorrentes de omissão legislativa. Diante da falta de planejamento e ação para implementação de política pública que beneficie a coletividade por parte dos poderes aos quais competia fazê-lo, que o Judiciário, no papel de garantidor de direitos, o faça, por óbvio reconhecendo seus limites.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E CARVALHO, Ernani Rodrigues de, 2004, apud SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p. 53-54.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002., p. 37

FONTES, Gustavo Rosa. **A crítica de Ronald Dworkin ao positivismo de Hart e suas possíveis influências teóricas no contexto do pensamento jurídico brasileiro**. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br) Acesso em 27 de Maio de 2020.

Jornal *O Globo*. Disponível em <https://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-acervo/post/reportagens-publicadas-desde-os-anos-90-revelam-crueldade-da-homofobia-no-pais.html> Acesso em 25 de Maio de 2020.

LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 27 de Maio de 2020.

NIEBUHR, Joel Menezes. **Lula e as medidas provisórias**. Disponível em <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/politica/devido-processo-legislativo-interferencia-abusiva-poder-executivo-processo-legislativo.htm>. Acesso em 27 de Maio de 2020.

PEREIRA, Carlos. MUELLER, Bernardo. **Uma Teoria da Preponderância do Poder Executivo**. O sistema de comissões no Legislativo brasileiro. 2000.

Separação dos Poderes no Brasil. Fonte: Wikipédia:  
[https://pt.wikipedia.org/wiki/Separa%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Poderes\\_no\\_Brasil#Perspectiva\\_hist%C3%B3ricoconstitucional\\_da\\_separa%C3%A7%C3%A3o\\_d](https://pt.wikipedia.org/wiki/Separa%C3%A7%C3%A3o_de_Poderes_no_Brasil#Perspectiva_hist%C3%B3ricoconstitucional_da_separa%C3%A7%C3%A3o_d)

[e poderes no Brasil](#). Acesso em 25 de Maio de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 30ª Ed, 2009, p. 110.