

**FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS**  
**DIREITO**  
**BETÂNIA LUZIA CAETANO ESTEVES**

**O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE A OMISSÃO LEGISLATIVA NA  
IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

**Três Pontas**  
**2021**

**BETÂNIA LUZIA CAETANO ESTEVES**

**O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE A OMISSÃO LEGISLATIVA NA  
IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Estela Cristina Vieira de Siqueira.

**Três Pontas**

**2021**

**BETÂNIA LUZIA CAETANO ESTEVES**

**O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE A OMISSÃO LEGISLATIVA NA  
IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca examinadora composta pelos membros:

Aprovado em     /     /

---

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

---

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

---

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

OBS.:

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia. E a minha linda mãe Adriana Caetano que tanto me incentivou nos momentos difíceis e compreendeu a minha ausência por muitas vezes neste período acadêmico.



## **AGRADECIMENTOS**

A todas as pessoas que contribuíram de alguma forma para o meu Trabalho de Conclusão de Curso para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Em especial, a minha mãe e demais familiares que me ajudaram nos momentos de necessidade. E também a minha querida professora e orientadora Estela Cristina Vieira de Siqueira que acreditou e se dedicou comigo a esta pesquisa

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>07</b>
<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
<b>2. ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>10</b>
<b>2.2 Influências do direito comparado na criação de um judiciário mais atuante.....</b>	<b>11</b>
<b>2.3 Conceito Doutrinário de Ativismo Judicial.....</b>	<b>12</b>
<b>3. ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA OMISSÃO LEGISLATIVA.....</b>	<b>14</b>
<b>3.1 Os direitos sociais na Constituição Federal e sua necessidade de complemento do poder legislativo.....</b>	<b>14</b>
<b>3.2 A omissão na regulamentação dos direitos sociais.....</b>	<b>17</b>
<b>3.3 Atuação do poder judiciário no preenchimento das lacunas.....</b>	<b>18</b>
<b>4. O EXCESSO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E SUA CONSEQUENTE AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES.....</b>	<b>19</b>
<b>4.1 Situações em que o poder judiciário se excedeu.....</b>	<b>20</b>
<b>4.2 Princípio da Separação dos poderes.....</b>	<b>22</b>
<b>4.3 Implicações jurídicas e políticas.....</b>	<b>25</b>
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>26</b>
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>29</b>

## O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE A OMISSÃO LEGISLATIVA NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Betânia Luzia Caetano Esteves

Estela Cristina Vieira

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a repercussão que o ativismo judicial tem provocado diante da crescente judicialização dos interesses sociais frente a mora legislativa sob a justificativa de efetivação dos direitos fundamentais e a garantia do mínimo existencial, exatamente no que tange a inefetividade do Estado para a promoção de políticas públicas, as quais são indispensáveis para resguardar a tutela dos interesses da humanidade, principalmente quanto às parcelas mais fragilizadas da coletividade. Nesse sentido, tem-se como intuito analisar os principais pontos do debate sobre a temática, como por exemplo: o conflito gerado frente às decisões judiciais que, tanto direta ou indiretamente provocam grandes impactos financeiro ao erário sob a égide da garantia aos direitos fundamentais constitucionais, em razão da essencialidade destes para os indivíduos, aos seres humanos; a crise econômica do Estado juntamente com a carência orçamentária, e a reserva do possível.

**Palavras chave:** Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Efetividade das Normas Constitucionais.

### 1. INTRODUÇÃO

O trabalho em tela irá abordar, como temática principal, o Ativismo Judicial, e a deficiência das vias ordinárias de execução dos direitos sociais que carecem da atuação dos demais poderes, o que resulta na necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para que haja a resolução dos conflitos sociais. Serão analisados tanto o papel desempenhado pelo judiciário, bem como a possibilidade dessa conduta produzir um sério risco a separação dos poderes e

consequentemente a democracia. Tal abordagem se faz necessária, exatamente porque a ideia do ativismo judicial está relacionada a participação mais ampla e abundante do Poder Judiciário na concretização dos valores e dos fins constitucionais, com maior intervenção no espaço de atuação dos outros dois Poderes da República Federativa do Brasil.

Com o passar dos tempos fora exigido do Estado não só as prestações negativas, como também as inúmeras prestações positivas, representando-se de forma efetiva e concreta o estado social ao invés do estado liberal. No que tange às prestações positivas, tais estão constantemente ampliadas de modo que não há concordância doutrinária a respeito de qual a geração dos direitos fundamentais que estão por ora resguardados no presente momento histórico, sendo incontestada a existência de no mínimo três gerações ligadas aos direitos fundamentais.

É de suma importância tudo isso para o entendimento do presente estudo, visto que tanto as bases fáticas como as doutrinárias de Montesquieu foram modificadas frente a clássica tripartição dos poderes, de modo que a aplicação dessa construção teórica nos tempos atuais é diferente da conceituação feita por ele próprio.

Por esse motivo, tem-se que a extensão das atribuições e deveres do Estado afetou de uma forma bem considerável a busca e a efetivação dos direitos previstos, isto é exatamente pela expressa violação por parte do poder público ou mesmo de um terceiro perante a uma omissão. Por esse viés de uma forma lógica, ao ampliar o rol dos direitos e garantias individuais bem como as coletivas, consequentemente, irá expandir no ordenamento jurídico, o volume e as variadas pretensões que estão submetidas ao exame do Poder Judiciário.

Dessa forma, é fácil visualizar que diante do desdobrar histórico em prol da criação dos direitos, aumenta-se a profunda atividade que é exercida no âmbito jurídico, além de se conferir aos julgadores uma forma mais ampla no que diz respeito à autonomia de julgamento, de modo que há diversas regras e princípios que podem ser utilizados ao caso concreto, os quais em muitas das vezes conflitam entre si, sem contar também os conceitos jurídicos indeterminados, os quais, possuem uma textura aberta que proporciona uma maior base discricionária frente aquele que se encontra encarregado ao proferir uma decisão.

Embora no Brasil a separação dos poderes seja considerada uma cláusula pétrea da Constituição Federal, consoante disposição em seu artigo 60 §4º, III, ultimamente vem sendo questionada em seus termos, pois com isso fora criado uma tendência social em busca da resolução dos inúmeros problemas e conflitos sociais pela seara judicial, quando constantemente tais soluções devem partir dos poderes executivo e legislativo, ao passo que se desloca a atenção popular em relação aos representantes políticos eleitos ligados aos meios

cabíveis, para os operadores do direito e principalmente os magistrados, os quais passam além do exercício típico de julgar, legislar e executar aparentemente assume uma posição importante com a potencial capacidade de se tornar um poder autoritário subsequente.

Vale destacar também o princípio da inafastabilidade da jurisdição que se encontra no rol dos direitos e garantias individuais, no art. 5º, inciso XXXV da Carta Política, visto que também se considera uma cláusula pétreia, posto que tal instituto postula que a lei não pode excluir apreciação do judiciário de ameaça ou lesão a direito. Por conseguinte, há uma complementação no que se refere a este princípio com a disposição do art. 4º da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei 4657/42, que dispõe: *“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”*, assim pode se concluir que o arcabouço estrutural do exercício do poder judiciário faz com seja fundamental a produção em prol do material de direito pelo juiz nos casos concretos, haja vista a necessidade de ser assim, pois em todo ordenamento jurídico existirá algum tipo de lacuna legal, mas em relação a organização estrutural citada, a mesma vem para suprir exatamente as lacunas para não haver esse tipo de afronta ao direito.

A análise feita no estudo acerca das lacunas elencadas no direito fará parte do desenvolvimento do presente trabalho, haja vista que essa questão é imprescindível para a enunciação e análise do instituto do ativismo judicial bem como da jurisdição frente às normas, perante a existência dos fatos distintos das lacunas, assim como o seu preenchimento pela atividade jurisdicional nas numerosas implicações relacionada a cada caso.

A exposta pesquisa tem como objetivo a aplicação de um assunto já conhecido, o qual seja referente ao ativismo judicial, debatendo de forma mais definida o nascimento de tal fenômeno bem como os benefícios e prejuízos que o mesmo pode ocasionar.

Posto isso, é uma pesquisa básica de cunho descritivo, haja vista que se baseia em doutrinas, artigos e pesquisas já existentes.

No que tange a abordagem pode ser considerada como pesquisa qualitativa, em razão da análise aprofundada dos dados e informações que foram colhidos representando um leque aberto e subjetivo de opiniões. Logo, a interpretação que se fez dos dados significa dizer que o foco da pesquisa é de cunho qualitativo.

Em síntese, é mister salientar que predomina no artigo a visão do método dedutivo, dado que a análise dos conhecimentos e dados foi feita de modo geral ao passo que no final se concluiu em determinados sentidos.

## 2. ATIVISMO JUDICIAL

Dada a relevância do debate, serão trazidos, neste tópico, algumas das bases constitucionais e doutrinárias de assuntos que refletem ou originam o fenômeno do ativismo judicial.

### 2.1 Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988

O Estado Democrático de Direito se conceitua de uma forma embasada por um Estado que possui apreço pelos direitos e garantias fundamentais por intermédio do Direito Constitucional marcado pela presença dos direitos individuais, sociais, coletivos e políticos. Frente a isso tal estado delimita sua organização e finalidade que deve obediência a Constituição Federal, o significa dizer que para ser atingido o objetivo principal do seu reconhecimento como Estado Democrático de Direito, deve existir uma atuação jurídica, política e ativa em relação a todos os direitos da coletividade por meio da interferência dos seus governos, segundo dispõe Pedro Lenza (2016).

Dessarte vislumbra-se que:

A Constituição de 1988 representa um importante avanço no campo das conquistas democráticas dos cidadãos e dos direitos sociais. Adotou a democracia e a dignidade da pessoa humana como valores fundamentais, bem como previu uma série de normas programáticas que atribuem objetivos a serem alcançados pelo Estado. Igualmente, ampliou o pluripartidarismo e o regime das liberdades públicas, mediante a previsão expressa de vários direitos e garantias fundamentais. Todavia, repetindo a anatomia estatal do passado, concentrou poderes e competências em favor da União, enfraquecendo a autonomia política dos demais entes federados (BARRETO, 2015, p. 90-91).

Portanto, o Estado democrático de direito possui a necessidade do real respeito por parte dos governantes, no que tange às previsões legislativas, desse modo, não se pode permitir a violação do previsto na Carta Política, nem através de ações desrespeitosas nem de forma omissa. Em razão disso, é sabido que qualquer decisão ou conduta dos poderes deve estar fundamentada de acordo com o caso concreto conforme preceitua a lei, uma vez que somente assim pode se falar na garantia dos direitos fundamentais perante aos cidadãos.

O Poder Judiciário brasileiro, especialmente após 1988, passou a interagir com o sistema político, em um processo mais complexo, tendo a participação dos tribunais judiciais, principalmente o Supremo Tribunal Federal (STF), as associações profissionais relevantes, especialmente a Associação dos Magistrados Brasileiros bem como a Associação de Juízes para

a Democracia, que têm orientações, valores e concepções distintas contribuindo assim de forma diversa para construção do papel institucional do Poder Judiciário frente à opinião pública e a relação do governo com os partidos políticos.

Vale reforçar que como mencionado o judiciário possui uma relação com o sistema político, somando também a atuação da opinião pública. Nesse sentido tem-se que os juízes e políticos publicam na imprensa suas opiniões assim como suas avaliações mútuas, concedendo até entrevistas no que diz respeito a posições contrárias em relação aos excessos dos gastos que são conferidos ao judiciário e os privilégios dos parlamentares, as políticas governamentais, as decisões judiciais, os princípios como o das “cláusulas pétreas”, “separação e independência dos poderes” ou também falam dos cenários da reforma institucional. Ademais, acerca disso os tribunais se preocupam com suas imagens diante da opinião pública. (Conselho da Justiça Federal, 1995 e 1996).

## **2.2 Influências do direito comparado na criação de um judiciário mais atuante**

O direito comparado é um mecanismo pelo qual o jurista conhece e analisa, e logo em seguida compreende a realidade de dois ou mais sistemas jurídicos para que depois disso possa criar uma comparação entre eles, chegando a uma síntese comparativa. Portanto, permite-se, assim, definir a existência de padrões e pontos de divergência, produzindo relevantes dados oriundos dessa comparação jurídica. Partindo do pressuposto referente ao direito comparado é possível analisar entre jurisprudências bem como em legislações de alguns países o instituto do ativismo judicial.

As fontes do direito em relação aos modelos jurídicos parte das fontes do direito, as quais indicam modelos jurídicos prescritivos, de caráter obrigatório, determinando, proibindo ou condicionando comportamentos devidos. Desta feita cumpre então, à doutrina majoritária, produzir modelos dogmáticos para a definição de maneira para que as fontes possam construir modelos válidos, os quais se relacionaram com os demais modelos e institutos de um determinado sistema jurídico. (REALE, 1999, p. 29 e ss.)

Nos ensinamentos de Miguel Reale, as formas jurídicas apresentam o conteúdo das fontes jurídicas, sendo legais, jurisprudenciais, consuetudinários ou negociais, segundo a fonte a que se refiram, são caracterizados pela desvinculação frente a intenção originária de quem tenha instituído as normas, possibilitando atender de modo prospecto aos valores e fatos

posteriormente permitindo com que possam atender, de modo prospectivo, fatos e valores supervenientes

Nesse sentido, tem-se que a história jurídica do Brasil é marcada pela grande influência das legislações externas, o que inclusive se nota com a edição da Constituição Federal de 1998 que deu ao Poder Judiciário uma nova roupagem funcional, no que diz respeito a seu espaço de atuação.

Aliada ao fato de que por muitas vezes o Legislativo e o Executivo brasileiro não atuam de forma satisfatória em suas funções, esse novo papel permitiu que uma diversidade de problemáticas surgisse com o tempo, restando ao poder judiciário intervir em situações que em tese seriam de responsabilidade dos outros poderes, para fins de fazer cumprir as disposições sociais da Constituição federal

Visto que é o Estado que governa por meio das leis ora criadas, e quando essas leis divergem com o percurso que o Estado faz para atingir o seu objetivo cria-se a partir disso a capacidade do judiciário imperioso atuar no sentido de buscar a efetivação dos direitos coletivos e da tutela individual.

Conforme PAULA (2007), o poder judiciário desempenha o papel de fiador do contrato social, posto que ele é o legitimado a entrar em cena assim que o Estado democrático de direito deixa de cumprir com algum de seus valores, conforme disposto no art. 3º da CF/88, o judiciário deve intervir quando for o caso recolocando o Estado na trilha a ser percorrida, sendo tal trilha a da teleologia estatal.

Neste âmbito a superação do princípio da separação dos poderes pode-se demonstrar uma postura mais atuante do poder judiciário quando é feita uma análise, hipoteticamente, do “descontingenciamento” em relação ao judiciário sobre as verbas que são destinadas aos programas de inclusão social. Em razão disso, o governo quer apresentar um superávit primário bom para o mercado externo e para possíveis financiamentos internacionais, deixando assim de destinar recursos para programas sociais, priorizando o direcionamento das receitas na área das finanças. (PAULA, 2007)

### **2.3 Conceito doutrinário de ativismo judicial**

O ativismo judicial é o fenômeno que se configura quando o Poder Judiciário interpela e começa avançar sobre funções dos outros poderes. A democracia no Brasil funciona da seguinte forma o Executivo é quem executa o orçamento que é eleito pela sociedade em diversos níveis, enquanto o Legislativo faz as leis como também aprova o orçamento que será executado

e por último temos o Judiciário que é quem o julga e guarda as legitimidades dessas leis aplicando-as de forma correta, segundo Jorge (2014, p. 511-513)

Entretanto, o ativismo ocorre quando o poder, que detém a função jurisdicional, acredita que seja possível e necessário interferir no espaço de atuação dos demais poderes. Insta frisar que, em regra, somente pode se invocar o poder judiciário por meio de uma provocação, diretamente por tal poder ser inerte, não podendo agir por si próprio, de modo que alguém tem que provocá-lo, razão pela qual o ativismo se caracteriza quando ele faz algo além do que lhes compete ou, nos casos em que é provocado, ultrapassando seu limite funcional naquilo que foi solicitado.

Há uma associação feita por Luiz Roberto Barroso frente a esse fenômeno em prol da interpretação da Carta Política exercida pelo Judiciário como uma forma de expansão por sua atuação nos outros poderes da República, que geralmente ocorre em um determinado cenário de total retratação com tais poderes representantes. Assim, segundo o ministro, tal contexto se revela pela chamada do judiciário por integrar de uma forma mais acentuada na efetivação dos padrões constitucionais. (BARROSO, 2012, p. 6).

O instituto do ativismo judicial possui um caráter paradoxal, justamente por ser considerado por algumas pessoas como sendo negativo ou positivo, sendo essa estrutura do debate é também variada, a qual pode reunir da nulidade legislativa pelos magistrados, feita por uma transformação ríspida dos princípios do Commow Law, em relação aos países que adotaram a referida sistemática, assim como a mudança das políticas públicas. (MOREIRA, 2018).

No âmbito da Commow Law, mais presente em países anglo-saxônicos, o judiciário tem uma atuação mais ativa em relação ao processo de geração do direito, fazendo com que se torne mais complexo o encargo em relação ao plano da dogmática jurídica, assim como no sentido de definição dos parâmetros que identificam potenciais abusos da jurisdição em prejuízo do Poder Legislativo.

Desse ponto parte o debate da constatação nos Estados Unidos que tende a se deslocar partindo para o plano da Filosofia política, a qual traz uma indagação central de não consistência jurídica perante uma atuação mais ousada do Poder Judiciário com a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte americano.

Vale ressaltar que o STF recentemente anunciou de uma forma bem direta como o governo tem que gastar o seu orçamento da renda básica a partir do ano que vem, o que gerou bastante insatisfação dos juristas e ocupantes dos outros poderes, em razão de se estar diante de

uma aparente interferência desmedida. Vale salientar que o STF não pode tomar decisões do governo federal, nem mesmo as que são de cunho político, o que pode prejudicar o sistema de freios e contrapesos. Assim, se desrespeitado, ou seja, em muitas situações somente determinado poder pode atuar ou deter a prioridade de exercício, em respeito à separação dos poderes da república. A partir do momento que o Judiciário entende que é competente, mas na verdade não o é, acaba extrapolando suas características bem como suas definições e limites constitucionais.

Ao Judiciário não compete o governo do país, nem tampouco cabe a Corte do Supremo Tribunal pois sua competência é tão somente ser guardião da Carta Política, pois ao dizer como tem que funcionar as diretrizes do governo federal de um país pode acabar cometendo o ativismo judicial e isso sem sombras de dúvida pode gerar grandes males para o ordenamento pátrio, pois o excesso de funções desempenhadas por um poder pode gerar a ditadura deste sobre os demais - o que é pior ainda se for o judiciário, justamente por não ter a quem se socorrer se este for quem dita.

De outro lado, o ativismo é visto como uma forma de proporcionar a devida adaptação frente ao direito de novas exigências sociais assim como as pautas axiológicas nas divergências ao passivismo, o qual guia-se por um propósito no que diz respeito às opções do legislador bem como dos precedentes passados que fora conduzido nos padrões de conduta consagrados, segundo Ronald Dworkin, (1999, p. 441) em seu livro “O Império do Direito”.

### **3. ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA OMISSÃO LEGISLATIVA**

Há um grande impacto negativo na sociedade em face da omissão legislativa, quando da necessidade de se legislar requerida pela Constituição e frequentemente o avanço social, e por esse motivo busca-se ao Poder Judiciário as soluções das pretensões para o exercício do direito.

Por fim abordaremos neste tópico os direitos sociais e sua necessidade de execução em meio a omissão legislativa.

#### **3.1 Direitos sociais na Constituição Federal e sua necessidade de complemento do poder legislativo**

Antes de abordar esse tópico com especificidade ao que realmente importa saber, ou ao menos entender sobre os direitos fundamentais sociais em sua íntegra, podem ser considerados e aqui serão tratados como equivalentes aos ditos direitos humanos.

O doutrinador José Afonso da Silva (1999, p. 182), de forma explícita diz que os direitos fundamentais são os direitos humanos, nato do homem que tem reconhecimento no corpo transcrito em relação a carta constitucional que cada Estado possui:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Logo, os Direitos Sociais no Brasil são elencados no Capítulo II do Título II, da Constituição Federal de 1988, os quais se destinam tão somente aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Nesse sentido, é inevitável enfatizar que a forma de positivação eleita influenciará diretamente o regime jurídico inerente ao direito social positivado, o qual se refletirá em prol do constituinte quanto ao nível de proteção, aos objetivos e aos meios de intervenção na realidade que se busca em cada direito social envolvido, concedendo, deste modo, apurar qual será o regime jurídico em relação cada direito social de acordo com a forma adotada pela respectiva Constituição.

Todavia, o doutrinador Fábio Konder Comparato (2003, p.176), faz a distinção em relação aos direitos fundamentais que são:

Os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana.

Para o jurista pátrio José Afonso da Silva:

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, José Afonso 1999, p. 182).

Os direitos sociais tiveram como marco teórico em sua evolução, a Constituição do México de 1917, a Revolução da Rússia de 1918, a Constituição de Weimar na Alemanha

segundo (BEURLEN, Alexandra. 2007, p. 193), já em 1919, veio assim dessa forma, para resguardar aos cidadãos os direitos sociais ou que seja os mínimos existencial, para com isso pudessem viver com dignidade no seio social, conforme relata.

Tais direitos estão ajustados na Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 6º, se encontra o dispositivo assim redigido:

Art. 6º CF/88. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Em relação ao contexto histórico internacional, por meio de um breve resumo apontamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual possui 30 artigos, contendo a formalidade no que se refere aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, detendo a incumbência no que diz respeito à elaboração de determinados pactos internacionais sobre os Direitos Humanos, tendo por exemplo: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

No tocante a tal Declaração há vários artigos relevantes, como por exemplo o artigo 25, que prevê:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

O artigo 12 no que toca o Pacto Internacional acerca dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, traz que *“Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”*.

Dessa forma o nível dos Direitos Sociais aumentou frente aos Direitos Humanos, a respeito da vigência universal, independentemente dos seus conhecimentos trazidos pelas constituições, pois há uma relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir desse ponto pode-se observar a necessidade de fazer uma distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Deste modo, percebemos que os direitos humanos têm a vigência universal e existem independentemente de seu reconhecimento trazido por uma Constituição de um país. Já em relação aos direitos fundamentais, tais são incluídos na Constituição.

### 3.2 A omissão na regulamentação dos direitos sociais

É importante salientar, que o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal CF/88, expressa que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Dessa forma, mesmo tendo aplicação imediata, muitos ainda necessitam de uma ação feita pelo Estado, como é o caso de alguns direitos sociais que carecem de edição de lei. Contudo, podemos reiterar que se ocorrer a omissão do Estado no que diz respeito à implementação dos direitos sociais fundamentais poderá o mesmo sofrer como sanção uma condenação referente à obrigação de fazer.

Não obstante, apesar de atenderem às necessidades individuais do ser humano, tais direitos trazem consigo o claro caráter social, onde se não forem atendidas essas necessidades, suas consequências recairão sobre a sociedade. Segundo Celso Barroso Leite (1972, p.21):

A proteção social se preocupa, sobretudo com os problemas individuais de natureza social, assim entendidos aqueles que, não solucionados, têm reflexos diretos sobre os demais indivíduos e, em última análise sobre a sociedade. A sociedade então, por intermédio de seu agente natural, o Estado, se antecipa a esses problemas, adotando para resolvê-los principalmente medidas de proteção social.

No que concerne ao cumprimento de alguns dos direitos fundamentais, tais são conhecidos também como direitos de segunda geração, por serem exigidos do Estado uma contraprestação em favor da coletividade, tendo em vista, serem requisitos indispensáveis para uma existência com o mínimo de dignidade.

Para Celso Lafer (1988, p.127), os direitos fundamentais de segunda geração são por exemplo os de trabalho, saúde, educação, dentre outros, abordando que o sujeito passivo é o Estado, o qual possui o dever da realização em prol das prestações positivas quanto aos seus titulares, os cidadãos, em oposição à posição passiva que se reclamava quando da reivindicação dos direitos de primeira geração.

Não podemos deixar de falar também que o Estado passou a exigir diversas condutas e obrigações de seus sujeitos, o qual se obrigou para com estes, o amparo em relação as suas subsistências, os seus interesses mínimos vitais e básicos, sendo que este dever surge no Estado

liberal, desde o momento que o mesmo passa a recolher tributos dos seus administrados. Frente a ótica de Adam Smith (1983, p. 247-248) afirma que:

Os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do Governo, em proporção a suas respectivas capacidades, isto é, em proporção ao rendimento de que cada um desfruta, sob a proteção do Estado [...]

Dessa forma, é necessário para o instituto dos direitos fundamentais sociais, a efetividade no que se refere aos direitos expressos por parte do Estado, os quais são massacrados frente à sociedade pela escassez de políticas públicas, a qual se encontra associada a falta de interesses políticos que são estipulados perante um processo constitucional eleitoral.

No que se refere a omissão do poder legislativo é exatamente a função que a princípio ele tem quanto a criação de leis, a partir do momento que ele não cria essas leis ou não edita por exemplo normas que são de sua competência, para dar a execução devida daquilo que a Constituição Federal emana, de certa forma haverá mais lacunas no que diz respeito a omissão por ele não desempenhada.

### **3.3 Atuação do poder judiciário no preenchimento das lacunas.**

Considerando que o ativismo judicial dispõe de um modo proativo e expansivo ao interpretar a Constituição Federal, as justificativas de uma forma favorável privilegiam o fato de que ele possui um alcance mais extensivo referente às normas, passando do legislador ordinário, cercando o processo político majoritário quando este se mostra inerte ou até mesmo incapaz de produzir acordo, de modo a flexibilizar ele mesmo.

No entanto, muitas das vezes essas questões não se resolvem por meio dos representantes políticos, havendo necessidade da contraposição no que tange à celeridade e aplicabilidade do direito positivo resgatando dessa forma os direitos fundamentais.

Frente a isso afirma o ministro Luís Roberto Barroso, em uma decisão monocrática analisada no presente e classificada como ativista: *“O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais”* Ainda assim. O jurista explica a função do ativismo judicial no que diz respeito aos direitos das minorias (BARROSO, 2008, s.p)

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da

maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário [...] e aí é que está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Portanto, é através dos princípios e direitos elencados na Constituição que o magistrado tem a perspectiva no que se refere ao oferecimento diante da proteção e efetivação do seu direito. Lima ordena que:

O ativismo judicial detém a oportunidade de conferir direitos aos que não conseguiriam o mesmo benefício se discutidos frente às discussões políticas convencionais com discursos fadados muito das vezes em interesses particulares, descaso com o interesse público e a ignorância de alguns políticos”. (LIMA, 2010, s.p)

No fim das contas, em relação à crítica frente à violação dos poderes pelo ativismo do judiciário, alguns defensores asseguram que a função tripartite dos poderes foi elaborada de uma forma significativa. É o que explica Tavares em sua obra:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários. (TAVARES, André Ramos, 2008).

Em suma, os fundamentos apontam o instituto do ativismo judicial como sendo a atribuição no que tange a maior celeridade das demandas, suprimindo assim as retratações do Poder Legislativo, densificando a concepção de que os poderes são absolutamente independentes, ou seja, enquanto que para alguns juristas é uma solução para os problemas, para outros é uma iminente forma de mitigação ao princípio da separação dos poderes.

Assim sendo, a omissão no que se refere às lacunas deixadas pelo legislativo acaba que muitas das vezes, o poder Judiciário tem de entrar em tais omissões para preencher aquilo que é devido, pois há uma grande demanda no país, como por exemplo ter um direito social que não é regulamentado por lei, certamente os cidadãos encherão o Judiciário de medidas judiciais como mandados de injunção. De certa forma, além do Judiciário ter o papel ativo no sentido negativo ou positivo, tem também esse fato de que a própria população poderá trazer diversas demandas para tal poder justamente pelo fato de se encontrar lacunas.

#### **4. O EXCESSO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E SUA CONSEQUENTE AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Os poderes da república federativa do Brasil se relacionam entre si de forma independente e harmônica, consoante a Constituição Federal. Assim acaba por serem os limites

inerentes quanto ao exercício dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, respectivamente, conduzindo e criando normas jurídicas ou mesmo julgando sua aplicação através de provocação.

Todavia, quando qualquer desses poderes invade o centro institucional do outro e acaba desequilibrando as normas constitucionais, assim como vem acontecendo continuamente pelo Poder Judiciário nos últimos tempos em nosso país conforme entendimento de parcela dos juristas brasileiros.

#### **4.1 Situações em que o poder judiciário se excedeu**

Foi demonstrado a possibilidade da criação do direito, inclusive em contrariedade à lei, feita pelo Judiciário sem que isso ao menos deflagrasse o instituto do ativismo judicial, por ora observamos casos em que se configura tal instituto realizado por parte do órgão máximo de cúpula sendo o Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, podemos citar a situação da ADFP 54, a qual o STF de forma contundente autorizou o aborto de fetos anencéfalos por considerar que tal conduta não restaria inserida em relação aos tipos penais classificados no Código Penal nos artigos 125/126, embora tem-se a inexistência de quaisquer acontecimentos autorizados pelo artigo 128 do mesmo diploma legal, sendo que o mesmo apenas exclui a prática do crime quando houver demonstrado casos de por exemplo risco de vida para a gestante ou quando a gravidez decorre através de estupro havendo assim consentimento da gestante ou de seu representante legal quando houver pessoa incapaz.

Analisando o vasto acórdão com o inteiro teor da decisão, contando com 433 páginas, é nítido que o travamento não diz respeito há uma discussão jurídica entre si, mas política, dado que os fundamentos apresentados deveriam ser apontados na seara de atuação do poder legislativo, tendo em vista o fato de que a decisão que julga procedente a ação cria-se uma norma totalmente abstrata, a qual exclui a ilicitude do ato.

Assim sendo, vale frisar o trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski, que votou no sentido contrário frente a procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 54):

Cumpre sublinhar que essa propositura, a qual busca estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos seja isento de punição – tarefa, seja-me permitido insistir, totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional -, continua sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012).

Em vista disso, o Ilustríssimo Ministro no seu próprio voto ainda fez questão de validar o cerne da discussão da ação, a qual era objeto de várias deliberações na esfera do poder legislativo, que possuem a competência para tanto, destacando o PL 4403/2994, de autoria da deputada Jandira Feghali, e o PL nº 50, de autoria do deputado Mozarildo Cavalcanti, onde ambos excluem a ilicitude do ato referente ao aborto terapêutico no caso de anencefalia do feto.

Ocorre que tal ministro teve o voto vencido na ação, a qual foi julgada procedente, fundamentando se em fontes materiais do direito, principalmente com a vantagem no que se refere as razões sociológicas, filosóficas, biológicas e humanitárias, ao passo que se constitui uma verídica corte legislativa. Posto isso fica claro ao perceber a ótica no que tange ao voto do relator do processo, Min Marco Aurélio Melo, que foi a laicidade do estado, a compreensão, o conceito da anencefalia é uma série de princípios jurídicos na forma abstrata como a autonomia, liberdade e a dignidade.

É inquestionável, pois, que se verificou o esvaziamento da discussão legislativa “apossada” pelo judiciário, haja vista ser um assunto que se considera bastante pertinente para uma grande parte da população gerando dessa forma tensões extremas.

Por outro lado, podemos citar também o caso que se pretende destacar a declaração de inconstitucionalidade liminar, feita pelo Min. Luis Roberto Barroso, da lei instituidora no que se refere ao plano municipal da educação, relacionado ao trâmite legislativo bem como as formalidades legais, a qual vedou a ideologia de gênero nas escolas, segundo ADPF 461.

Embora ter o exímio ministro sustentado a ausência quanto a competência do município na instituição de bases e diretrizes frente à educação, conforme o artigo 22, XXIV da Constituição Federal, é visível que a sentença se deu na presença de uma cognição política-ideológica de acordo com o tema que é ocupado em boa parte da sentença:

Para que se compreenda adequadamente o objeto da controvérsia, é importante esclarecer o significado das expressões "sexo", "gênero" e "orientação sexual", as duas últimas proscritas pelo dispositivo legal que é objeto desta ação. Como já tive a oportunidade de esclarecer, a palavra sexo, de modo geral, é utilizada para referir-se à distinção entre homens e mulheres com base em características orgânico-biológicas, baseadas em cromossomos, genitais e órgãos reprodutivos. Gênero designa o autoconceito que o indivíduo faz de si mesmo como masculino ou feminino. E orientação sexual refere-se à atração afetiva e emocional de um indivíduo por determinado gênero.

5. As pessoas cisgênero são aquelas que se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo e que se encontram nas fronteiras convencionais culturalmente construídas sobre o tema. As pessoas transgênero são aquelas que não se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo biológico, incluindo-se entre as últimas os transexuais, indivíduos que se reconhecem no gênero oposto a seu sexo biológico. Quanto à orientação sexual, são heterossexuais os que se atraem afetiva e sexualmente pelo gênero oposto; homossexuais, os que se atraem pelo mesmo gênero; bissexuais, os que se atraem por ambos os sexos etc.

6. Vedar a adoção de políticas de ensino que tratem de gênero, de orientação sexual ou que utilizem tais expressões significa impedir que as escolas abordem essa temática, que esclareçam tais diferenças e que orientem seus alunos a respeito do assunto, ainda que a diversidade de identidades de gênero e de orientação sexual seja um fato da vida, um dado presente na sociedade que integram e com o qual terão, portanto, de lidar.

7. Esclarecidos tais pontos, o exame do caso impõe que se examinem as seguintes questões:

1. Os municípios detêm competência para legislar sobre políticas de ensino com o alcance aqui examinado?

2. É possível suprimir conteúdos sobre gênero e orientação sexual da educação escolar, à luz dos mandamentos constitucionais que tratam do direito à educação?

3. Tal supressão é compatível com o direito à igualdade e com a doutrina da proteção integral, aplicável a crianças, jovens e adolescentes? (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017).

Dessarte, é simples perceber, que a decisão prolatada desse modo foi em função da concepção política-ideológica do Ministro Barroso, em prol da posição política-ideológica da Câmara Municipal de Paranaguá-PR. Os dispositivos que foram mencionados para a conclusão de que não há competência do município ao instituir os tipos de determinações são abrangentes, ao passo que não contrariam de forma objetiva o plano do ensino municipal.

Ademais em outros dispositivos mais evidentes poderiam de uma forma clara serem utilizados para o reconhecimento quanto a legalidade da lei municipal, tendo por exemplo o art. 211 caput e §2º da Constituição Política:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Alude também o art. 214 do mesmo dispositivo legal ao expor sobre os objetivos do plano nacional da educação, o qual é mencionado pelo ilustre Ministro, aliás em nenhum momento fora pontuado qualquer critério que fosse contrário a vedação em relação a ideologia de gênero nas escolas públicas, assim como a decisão não fez qualquer menção direta quanto ao plano nacional da educação contemporânea ao comprovar a incompatibilidade do plano municipal no que diz respeito ao nacional.

Por fim conclui-se que, esses são alguns dos casos em que se pode notar que alguns dos juristas constataram uma clara demonstração de ativismo judicial, os quais, teve grande repercussão, além de tantos outros casos que se apresenta tal fenômeno.

## 4.2 Princípio da separação dos poderes

Segundo aduz o artigo 2º da Constituição Federal “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. Tal “independência” entende que nenhum dos órgãos é superior aos demais, de modo que são autônomos tanto de fato como também de direito.

Art. 2º da Constituição Federal: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Vale ressaltar que a harmonia dos poderes está ligada ao tratamento respeitoso de forma mútua pelos órgãos. No entanto essa separação no que tange às funções nem sempre será absoluta, por causa disso vê-se a necessidade da instituição do sistema de freios e contrapesos, o qual, de origem americana *check and balances* tem-se o intuito de estipular o equilíbrio para que haja conformidade nas atividades entre cada um dos poderes.

O Princípio da Separação dos Poderes, é considerado um dos mais importante dos princípios constitucionais, dado que é o sustentáculo do estado democrático de direito o qual é reconhecido pela denominação do Princípio da Tripartição dos Poderes, da qual essa criação possui ligação com à Grécia Antiga.

Por essa razão podemos frisar os três filósofos mais conceituados no que tange a evolução da teoria de separação dos poderes:

Aristóteles – Em sua obra *A política*, reconheceu, com base na análise de diversas constituições, na Antiguidade grega, a existência da assembléia geral do corpo demagistrados e do corpo judicial.

John Locke – O primeiro a afirmar, por meio da obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, a existência de três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Não obstante essa contribuição, ainda vislumbrou “um quarto poder por meio do qual o monarca poderia promover o bem comum na hipótese de lacuna legislativa.

Montesquieu – Afirmava existir em cada Estado três espécies de Poderes “o Legislativo, o Executivo e o de ‘julgar’ (SALEME, 2020, p. 74, grifo do autor).

De acordo com Aristóteles (1998), seria arriscado conceder o poder tão somente a um certo cidadão, assim como seria injusto, por faltar a capacidade a uma certa pessoa ao ver tudo aquilo que nem mesmo a lei era habilitada a presumir. Nessa época ele já sustentava a realidade dos três poderes dentro de cada governo: tendo pela função Deliberativa, a qual referia-se no poder da deliberação em cima dos assuntos e negócios feitos pelo Estado; já a função Executiva consistia no poder que todos os demais poderes necessitavam da ação do Estado; e pôr fim a função Judicial que nada mais era que o poder que abrangia todos os cargos frente a jurisdição.

Um dos principais contribuintes da Revolução Inglesa, o filósofo liberal John Locke - que retornou à Inglaterra depois que fora exilado nos meados de 1683-1688 na Holanda - ele já

tinha realizado mesmo que de forma implícita a teoria relacionada por volta de um século anterior à Montesquieu (PIOVESAN, 1998).

Assim sendo, pode-se deduzir que com Montesquieu, sob a inspiração de Locke, assemelhou-se a imprescindibilidade ao interconectar com as funções estatais, com a finalidade de manter a autonomia juntamente com a independência que lhes são peculiares, decorrendo daí a renomada teoria dos freios e contrapesos (FERNANDES, 2016, p. 300, grifo do autor).

Nota-se então, que a mencionada Teoria da Separação dos Poderes, não foi produzida somente por Montesquieu, já, que bem antes tal teoria fora discutida por Aristóteles, e a partir disso veio então, a ser elaborada e polida pela visão do Estado Liberal, com a intervenção de Montesquieu, o qual efetivamente sublimou-se a uma condição de maior amplitude, a qual é adotada atualmente.

Consoante expõe Dimitri Dimoulis:

Seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência ‘absolutista’ de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder político entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso do poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexo causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelece mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos. (DIMOULIS, 2008, p. 145-146).

De igual modo conforme ensina Mendes (2018), o Princípio da Separação dos Poderes, tem por escopo central a compreensão de que os três poderes que formam o Estado (poder legislativo, executivo e judiciário), não podem extrapolar os limites de suas funções, ao passo de evitar que um se usurpe as competências dos demais poderes. Suas atribuições são independentes, mantendo constante harmonia no que diz respeito às suas próprias características no poder de ser uno, indivisível bem como indelegável.

Por conseguinte, é nítido que o princípio da separação dos poderes foi prestigiado alçado à classe de cláusula pétrea, como dispõe o art. 60, § 4o, III da CF/88, o qual tem como parâmetro não apenas a garantia da liberdade individual de cada um dos poderes, como sobretudo o combate à concentração de poder em um só órgão. Contém-se como ponto principal a garantia do equilíbrio político, no que tange a distribuição dos poderes de maneira proporcional, sem que se altere a independência funcional entre os três poderes, objetivando diminuir o máximo possível, do chamado risco de abuso ao poder entre os mesmos, por mediação do sistema de freios e contrapesos (Checks and Balances).

## 4.2 Implicações jurídicas e políticas

Neste tópico serão abordadas as implicações jurídicas e políticas no que tange ao cúmulo da prestação jurisdicional, verificando prontamente a inércia do Poder Judiciário no âmbito econômico diante da sociedade.

Conforme explica o professor Armando Castelar Pinheiro, ao fazer uma análise aprofundada de outros aspectos referentes um artigo no que remete às relações exteriores do governo Brasileiro, estabelece a questão da morosidade da justiça assim como suas implicações com a economia, certifica que:

O Judiciário brasileiro é uma instituição com problemas sérios. De fato, a despeito do grande aumento dos gastos públicos com a Justiça, esta permanece lenta e distante da grande maioria da população. Em parte, isso se explica pelo também vertiginoso crescimento da demanda por serviços judiciais, o que faz com que os juízes brasileiros continuem obrigados a julgar milhares de processos todo ano. Neste contexto, inovações bem-sucedidas, como os Juizados Especiais, têm sido incapazes de reverter endogenamente a precária situação em que vive o Judiciário. Nas palavras do presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, “É consensual no Brasil a necessidade de uma reforma no Poder Judiciário, única das funções estatais que não absorveu as tecnologias disponíveis e que vem se caracterizando por inadmissível lentidão”. Essa percepção tem se refletido nos últimos anos em um amplo conjunto de propostas de reforma, discutidas dentro e fora do Congresso Nacional, que não obstante têm avançado pouco em termos de medidas práticas... (BRASIL. Itamaraty 2001).

Logo, diante disso, pode se observar a demora no que se refere à prestação jurisdicional que acaba por transformar, o denominado “custo no Brasil”, o qual de uma certa forma influencia um tanto na economia do país.

No ano de 2006 notadamente no mês de maio foi publicada uma notícia no site do Gazeta Jurídica, a qual elenca uma pesquisa que mostra que tribunais brasileiros recebem 17 milhões de processos por ano. Desse modo, a lentidão do Judiciário pode levar a uma perda anual de US \$10 milhões no que tange a economia do Brasil. Tal valor faz referência nos gastos próprios que o governo tem em prol das empresas para a manutenção dos processos [...].

O resultado social por essa morosidade no que refere ao trâmite processual tem levado o Judiciário a depreciar diante da população, no que diz respeito à eficácia de seus julgamentos.

Isto posto, a falta de agilidade do Sistema Judiciário, faz com que gere a incerteza no contexto social, fazendo com que a população se sinta insegura frente a impunidade por exemplo a pena aplicada aos criminosos.

Para muitos que analisam os problemas contidos na Justiça, é evidente que a crise instalada no Poder Judiciário provém da falta de habilidade, possuindo um viés gerencial com efeito na economia do país, bem como na segurança pública.

Contudo, o sistema judiciário diante da solução dos conflitos possui a necessidade para que se considere uma contribuição nas melhorias do próprio Poder Judiciário. Nessa situação, a realização que é desenvolvida pelos juízes e os servidores de cartório em sua administração da serventia, acaba realçando no próprio julgamento ora a ser feito, visto que tal passa a ser somente mais uma matéria jurisdicional que atrelado ao problema da grande quantidade de causas para julgamento ainda se incluem as questões relacionadas a omissão do legislativo o que gera essa judicialização maior dos interesses sociais.

## 5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se concluir que o ativismo judicial nasce como uma forma para solucionar a inércia perante o poder legislativo e ao mesmo tempo apresenta um questionamento em relação ao silêncio inconstitucional do poder legislativo e o seu dissipado impacto. Com isso o Supremo Tribunal Federal por meio de atuações clássicas de juízes ativistas, passa por obter componentes necessários para de forma legitimada suprir a omissão, segundo todo o estudo analisado deste artigo.

Em tese, o Poder Judiciário não deve de forma alguma intervir na esfera que fora reservada a outro Poder para assim substituir em juízos no que tange à conveniência e a oportunidade, para controlar as escolhas legislativas referente a prestação e a organização, exceto quando houver uma evidente violação arbitrária, pelo legislador de responsabilidade constitucional.

Dessarte, como já dito exaustivamente, o ativismo nasce notavelmente, como uma forma de sanar o impacto da omissão legislativa na efetividade das normas constitucionais. O cidadão possui o direito à legislação, e que só pode ser invocada pelo interessado, quando houver a previsão do dever estatal de emanar as normas legais.

Por esse motivo que o direito individual frente a atividade legislativa do Estado irá se evidenciar em estritas hipóteses, as quais o aproveitamento da função de legislar se refletir, por efeito exclusivo quanto a determinação constitucional, é uma atribuição jurídica fundamental colocada ao Poder Público.

Todas as críticas visam a retirar a qualidade ativista do Poder Judiciário, especialmente no que se refere à violação aos princípios da separação dos poderes, assim como a democracia.

Por outro lado, muitos acham que essa função é um verdadeiro retrocesso, pois há tantos motivos positivos quanto motivos negativos no que diz respeito a esse instituto, pois de certa forma exige-se do Poder Judiciário uma solução eficiente como sendo uma atitude proativa. Assim, havendo possíveis danos em razão de uma atuação exagerada de tal poder, tem-se um grande problema, posto que tem posições contrárias ligadas a essa atuação.

Em suma, os Poderes Legislativo e Executivo, que possuem um degrau à frente do processo democrático bem como da representatividade popular, consideravelmente estão sofrendo uma crise de legitimidade. Dessa forma, só resta ao Poder Judiciário preencher esse vácuo deixado por eles junto à população.

Como foi proposto, tanto através do ativismo difuso, realizado por qualquer magistrado, como através do ativismo concentrado, por meio do Supremo Tribunal Federal, há o do chamado ativismo judicial no Brasil. De modo, que não se inclui, ordinariamente, na esfera das funções institucionais do Poder Judiciário assim como nas da Suprema Corte, principalmente no que diz respeito à atribuição de formular bem como de implementar as políticas públicas, visto que não é isso que se propõe.

Esta atribuição, embora as exceções de bases, atribui ao Poder Judiciário, quanto aos órgãos estatais competentes, por descumprirem as obrigações político-jurídicas que sobre eles incidem, vierem a comprometerem diante da estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Posto que as normas programáticas constitucionais não podem transmutar-se em qualquer tipo de promessa inconsequente constitucionalmente falando, sob pena do Poder Público fraudar as justas possibilidades nele confiadas pela população como determina a própria Lei Fundamental.

No entanto essa judicialização excessiva seria menos existente se o poder legislativo conseguisse cumprir com a sua função de uma forma mais atuante no sentido de diminuir as lacunas legais, especialmente no que diz respeito ao exercício dos direitos.

O ativismo judicial decorre da judicialização dos conjuntos políticos sociais, tornando-se propósito de direito estabelecido na Carta Política. Desse modo, demonstra-se uma pretensão jurídica, que a qualquer momento pode ser estruturada no que corresponde a uma forma de ação judicial. Com isso, implantou-se uma nova forma ao Poder Judiciário do Brasil contemporâneo.

Não obstante há muitas opiniões que demonstram essa atuação excessiva frente ao Judiciário, ao passo de facilitar a efetivação do direito, assim como diversos outros

doutrinadores e juristas bem como a população discorda desse excesso por acreditar que há uma usurpação de competência do Poder Legislativo na atuação exagerada do Poder Judiciário.

Em suma, a discussão em si não necessariamente esgotou o tema, mas sim trouxe uma forma de facilitação para quem está pesquisando/analizando/lendo sobre esse assunto, para que assim visualize de uma forma clara, os diversos pontos contrários acerca do ativismo judicial

### **TITLE: Subtitle**

Judicial activism against legislative omission in the implementation of social rights

### **ABSTRACT**

This article aims to analyze the repercussion that judicial activism has had on the judicialization of politics in relation to the justification for the realization of fundamental rights and the guarantee of the existential minimum, precisely with regard to the State's ineffectiveness in promoting public policies, which are indispensable to safeguard the protection of the interests of humanity, especially regarding the most fragile of the collectivity. It is intended to debate the themes that are most consistent with the present day, such as: the conflict generated in the face of court decisions that, either directly or indirectly, cause great financial impacts to the treasury under the aegis of guaranteeing fundamental constitutional rights, which are essential to human beings, the economic crisis of the State together with the lack of budget, and the reserve of the possible.

**Palavras-chave:** Judicial activism. Fundamental rights. Separation of Powers. Effectiveness of Constitutional Rules. Active role of the judiciary. Democracy

## REFERÊNCIAS

- JORGE, Nagibe de Melo. **Ativismo judicial, discricionariedade e controle**. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 07, n. 02, 2014, p. 509-532.
- MOREIRA, Mellissa de Carvalho. **Reflexões Acerca do Ativismo Judicial: Os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário**. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 213-234, 2o sem. 2018 – ISSN 1678-3425.pdf. Disponível em: <http://seer.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/18100/18100-70266-1>. Acesso em: 24/08/2021.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20a Ed. 4a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional Positivo**. Alex Muniz Barreto: 2a ed. CL EDIJUR: Leme/SP. Edição 2015. p. 678. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464858&ori=1> Acesso em: 28/08/2021.
- CONSELHO - DA JUSTIÇA FEDERAL. (1995), **A imagem da Justiça Federal na imprensa escrita**. Brasília, Centro de Estudos Judiciários. \_\_\_\_\_ (1996), **A opinião da sociedade civil organizada a respeito da justiça Federal**. Brasília, Centro de Estudos Judiciários. **Diário da justiça da União** (1994). Diversos números.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016. 1.584p.
- MENDES, Gilmar. Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.
- REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 29 e ss.
- PAULA, J. L. M. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Manole: Barueri, 2002.
- DE ALMEIDA CONSELVAN, Victor. O papel político do poder judiciário brasileiro no século XXI. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, v. 13, n. 1, 2010.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 2, n. 3, p. 135-144, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF-54 /DF**. Relator Min. Marco Aurélio Melo. Julgamento em 12.04.2012. Disponível em:

<<http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf>> Acesso em 14.09.2021.

BEURLLEN, Alexandra. **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**/ Fernando Facury Scaff (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

LEITE, Celso Barroso. **A proteção Social no Brasil**. São Paulo: LTR, 1972.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SMITH, Adam. **Riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983. vol. II.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, ISSN 1809-2829. Ed. 4. dezembro 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_legitimidade\\_democracia?pagina=5](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_legitimidade_democracia?pagina=5)>. Acesso em: 13/09/2021.

LIMA, Lucas Rodrigues de. **O ativismo Judicial e a Separação dos Poderes**. Disponível em: <<http://webartigos.com/artigos/ativismo-judicial-e-a-separacao-dos-poderes/142531>> Acesso em: 13/09/2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Itamaraty. **Barreiras jurídicas, administrativas e políticas aos investimentos no Brasil**. v. I. Brasília, DF, jun. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 461 PR – 4000158-05.2017.1.00.000**. Relator Min.: Luis Roberto Barroso. Decisão publicada em 14/09/2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. *Revista do Curso de Direito*, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010.