



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Ativismo judicial: o poder judiciário como protagonista do necessário controle para a  
discricionariedade desregrada e omissão injustificada do poder executivo

Bruno dos Santos Dias

Rio de Janeiro  
2013

BRUNO DOS SANTOS DIAS

**Ativismo judicial: o poder judiciário como protagonista do necessário controle para a discricionariedade desregrada e omissão injustificada do poder executivo**

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## **ATIVISMO JUDICIAL: O PODER JUDICIÁRIO COMO PROTAGONISTA DO NECESSÁRIO CONTROLE PARA A DISCRICIONARIEDADE DESREGRADA E OMISSÃO INJUSTIFICADA DO PODER EXECUTIVO**

Bruno dos Santos Dias

Graduado na Universidade Estácio de Sá.  
Advogado.

**Resumo:** O fenômeno do ativismo judicial é crescente no ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, não raro o Poder Judiciário é chamado a intervir em determinadas condutas praticadas pelo chefe do Poder Executivo ou pelo próprio poder legislativo, sendo certo que se trata tanto de condutas comissivas quanto omissivas. Dúvida há com relação à possibilidade do Poder Judiciário imiscuir nessas relações entre administrador e administrado ou entre representante e representado. Demandas que surgem para questionar a legalidade de determinado ato é apreciável pelo Poder Judiciário sem que haja dúvidas, porém o mesmo não ocorre com relação àqueles atos que são discricionários. A discricionariedade pode trazer o abuso de direito e até mesmo de poder, ato que poderia ser determinado pelo Magistrado e ser revogado, todavia atos que são omitidos injustificadamente pelo poder público a princípio não são submetidos ao Poder Judiciário por conta da conveniência e oportunidade do administrador. Por essa razão, o fenômeno do ativismo judicial nasce para trazer uma postura ativista ao magistrado e garantir a realização de políticas públicas, com vistas garantir a aplicação plena da jurisdição.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Direito Constitucional. Ativismo judicial. Separação de poderes. Omissão. Discricionariedade. Políticas públicas.

**Sumário:** Introdução. 1. Evolução histórica dos poderes. 2. Funções dos poderes: executivo e judiciário. 3. Ativismo judicial e sua evolução. 4. Poder judiciário como protagonista de implantação de políticas públicas. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O artigo que será apresentado aborda o tema do ativismo judicial. É certo que essa temática é atual e importante nos dias de hoje, mas necessário se faz destacar que o presente trabalho visa a focalizar mais o seu estudo no que diz respeito à discricionariedade exercida pelo Poder Executivo, como também pelo Legislativo. No sentido de que, ao tomarem

decisões provocam desnecessários excessos e se omite em determinadas circunstâncias, não satisfazendo de forma plena a validade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Certo é que, quando a Carta Magna de 1988 foi promulgada, ficou estabelecida a divisão funcional de cada departamento da Administração Pública. Divisão essa que se deu na tripartição dos poderes, em que cada um dos mesmos teria a sua independência e autonomia com relação às decisões inerentes à sua função. A delimitação de cada poder ficou demonstrada no exercício de cada um, quais sejam: Poder Executivo, responsável pela administração e executar as políticas públicas; Poder Legislativo, responsável pela elaboração das leis a serem cumpridas pelo povo; e o Poder Judiciário, na qualidade de defensor do ordenamento jurídico.

Não havia interferência física, ideológica ou decisória de um poder com relação ao outro. Contudo, passou-se a verificar a não satisfação de determinados anseios da sociedade, razão pela qual fez com que essa buscasse no Poder Judiciário a tutela de direitos básicos, que não eram prestados pelo Poder Executivo. O Poder Judiciário também passou a ser instado para solucionar omissões injustificadas atribuídas ao Poder Legislativo, que por sua vez não elaborava as leis necessárias que eram essenciais ao exercício pleno de determinado direito. Daí o surgimento do fenômeno do ativismo judicial, também denominado em determinadas situações como “judicialização da política”, que teve a sua origem nos Estados Unidos por decisões promovidas pela Suprema Corte norte-americana.

Com a possibilidade de deixar à conveniência e oportunidade dos Chefes do Poder Executivo a tomada de importantes decisões com a receita atribuída por determinado ente, abusos são provocados e direitos básicos são violados. Essa atitude passou a ser crescente no Brasil nos últimos anos, o que passou a ser observado pela população, que deixou de ser passiva e inerte e passou a lutar por seus direitos. Assim sendo, cresceu em conjunto o fenômeno do ativismo judicial, pois diante da inércia dos demais Poderes, o Poder Judiciário

ora teria que fazer às vezes do chefe do Poder Executivo ou dos parlamentares que compõem o Poder Legislativo. Essa atitude tem o foco em garantir a dignidade da pessoa humana, com a implementação de direitos básicos que muitas vezes foram sequer experimentados pelos administrados.

Não se pretende neste artigo científico defender a figura de um juiz super poderoso, que tudo pode, mas sim busca encontrar e nortear certos limites, determinando a possibilidade de tomada de certas ações pelo Poder Judiciário que possibilite a entrega ao jurisdicionado de uma efetiva jurisdição, e não apenas a entrega de um pedaço de papel.

A delimitação das funções de cada Poder que constitui a tríplice partição e a discussão sobre a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na esfera dos demais poderes serão questões tratadas no presente artigo. A referência à julgados atuais que demonstram uma espécie de mecanismo utilizado para a realização desse interferência acima citada será objeto deste trabalho científico, com o fito de verificar a possibilidade do exercício da jurisdição como forma de garantir direitos que não prestados por outras esferas dos Poderes.

## **I – SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL” E HISTÓRICO.**

Primeiramente é bom esclarecer que, muito embora sejam tratadas as expressões “judicialização” e “ativismo judicial” como sinônimas, não se pode ter como certo esse tratamento. Há grande proximidade entre tais conceitos, mas as suas essências e finalidades são distintas, já que a judicialização está mais atrelada ao modelo constitucional que fora no Brasil determinado. Já o ativismo judicial remonta uma idéia de justiça proativa, juízes positivos e ativistas, fazendo preponderar a ética e eficiência em face do formalismo necessário, implantando com maior facilidade as finalidades constitucionais traçadas na Carta Magna de 1988.

O ativismo judicial por sua real proximidade com a judicialização já recebeu nomes e definições como “judicialização da política”, no sentido de trazer para o âmbito do judiciário questões e decisões que deveriam ser tomadas e implantadas pela política majoritária, que não o fez. Luiz Roberto Barroso<sup>1</sup> traz de forma brilhante a distinção entre as expressões acima tratadas como sinônimas, no sentido de atribuir a seguinte marca ao ativismo judicial:

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

O ativismo judicial deve ser encarado como o fenômeno presente nas decisões judiciais que desafiam uma maior efetividade do texto constitucional, no sentido de garantir o cumprimento efetivo das normas programáticas e não tratá-las apenas como uma “lírica constitucional”, como Virgílio Afonso da Silva<sup>2</sup> procura adjetivar as normas da Constituição Federal que apenas fazem constar no texto constitucional, sem nenhuma efetividade prática.

Não se pode também considerar o ativismo judicial como uma espécie de politização da justiça, uma vez que os conceitos de política e Direito não se confundem e imperativa se faz essa distinção. De fato, com decisões com cunho ativista se verifica uma real proximidade do Direito com a política, pois se busca a implementação de políticas públicas, determinação de criação de leis para o Poder Legislativo, mas trata-se de uma proximidade em linhas paralelas, que nunca se cruzarão.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. “*Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*”, 2010. Tese Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 4 nov. 2012

<sup>2</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da, *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO Daniel, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587.

O Ativismo judicial está mais próximo da busca pela moralidade, eficiência e ética para a sociedade e para os seus representantes do que passar a ser considerado como um viés político exercido pelo Poder Judiciário.

Luis Machado Cunha e Marshall<sup>3</sup> traz a noção de que o ativismo judicial, em seu sentido lato, possui quatro dimensões, quais sejam: ativismo contra-majoritário, jurisdicional, criativo e remedial. Sendo todos importantes para a implementação deste trabalho que dará mais destaque ao jurisdicional, criativo e ao remedial.

O ativismo contra-majoritário é aquele em que há dificuldade dos Tribunais em aceitar as decisões dos representantes do povo, aqueles que foram eleitos pelo regime majoritário para compor funções atinentes ao cargo de Chefe do Poder Executivo ou membro do Poder Legislativo. O ativismo jurisdicional é aquele que busca ampliação dos limites do Poder Judiciário.

Ativismo criativo é a noção de trazer por meio da hermenêutica novos direitos. É pautada na máxima de que o magistrado não pode se escusar de julgar a lide alegando ausência de lei, esse foi o critério utilizado para reconhecer a união homoafetiva. O ativismo criativo também foi utilizado para determinar a aplicação da lei de greve dos celetistas aos servidores públicos, que decorre de uma deficiência do Poder Legislativo. O ativismo remedial é aquele que busca satisfazer uma precariedade estabelecida pelo Poder Executivo, que não foi capaz de trazer uma diretriz de política urbana razoável, fazendo com que o Judiciário se veja obrigado em determinar uma conduta ativa do Agente Político.

Para estabelecer a origem do ativismo judicial, faz-se necessária a menção à jurisprudência norte-americana, que foi a pioneira em implantar esse fenômeno, com decisões de sua Suprema Corte. O ativismo judicial é muito mais facilmente observado em países que

---

<sup>3</sup> MARSHALL; CUNHA, Luis Machado *apud* ALMEIDA, Vicente Paulo de, *Ativismo Judicial*, 2011. Trabalho Acadêmico. Disponível em: <<http://gespublic.blogspot.com.br/2011/07/ativismo-judicial.html>>. Acesso em: 5 nov. 2012

detém uma Corte Constitucional, para que, por meio de suas decisões, faça o texto constitucional de determinado país ganhar força em sua eficácia, além da sua já existente força normativa. Curiosamente foi tal fenômeno iniciado com uma postura conservadora, assumido o seu caráter pós-positivista apenas na década de 50 nos Estados Unidos da América.

Nos Estados Unidos a primeira decisão que teve uma roupagem ativista foi proferida em caráter conservador, onde se procurava manter uma segregação racial, o que causou desconforto entre o Presidente Roosevelt e a Corte Norte-americana, em virtude da contrariedade ao intervencionismo estatal. Há quem diga que a origem do termo “ativismo judicial” não se deu nessa ocasião, pois teria sido pioneiramente utilizado esse título em um artigo escrito por Arthur Schlesinger, que traçou o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana atribuindo à eles essa qualidade de ativista.

No Brasil não foi diferente e o Supremo Tribunal Federal - órgão responsável pela guarda e cumprimento da Constituição da República, função atribuída por ela mesma à onze ministros que compõem tal Tribunal – passou a debruçar sobre questões relativas ao direito social e outras questões fundamentais relevantes, causadas em decorrência: ou da omissão legislativa ou da ausência de implemento de políticas públicas.

No Brasil, os estudos começaram por meados da década de 90, com as primeiras decisões sendo proferidas no início do Século XXI. Contudo, o fenômeno ganhou mais forças no ano de 2008, quando dezenas de decisões foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, o ativismo judicial é reconhecido mundialmente e é buscado por aqueles que almejam melhoria na qualidade de vida e estão jogados ao arredo poder totalitarista de um regime que se diz democrático, mas na verdade se perfaz em uma ditadura disfarçada, onde só o que vale é a vontade do Chefe do Poder Executivo, única e exclusivamente, sem imposição de um limite sequer.



Pode-se no Brasil, citar como decisões que foram capazes de trazer esse caráter ativista para o Poder Judiciário brasileiro as seguintes: constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, vedação do nepotismo, demarcação de terras indígenas, passe livre para deficientes em transporte público, reconhecimento de união homoafetiva, distribuição de medicamentos.

Embora o Poder Judiciário não tenha como integrantes pessoas que são eleitas pelo povo, é o Poder que mais se aproxima da real vontade da sociedade para a realização e efetivação de determinados direitos básicos. Assim, há de se considerar a possibilidade deste Poder de fazer justiça, interferindo em determinadas funções típicas de outro Poder. Já que poderia se perceber a efetivação da entrega de uma tutela jurisdicional, bem como a satisfação dos anseios buscados pela sociedade com o emprego de decisões pró ativas.

## **II – A TRIPARTIÇÃO DO PODER E O ATIVISMO JUDICIAL**

Deve-se sempre considerar que o Poder é único, o que é repartida e dividida são as funções desse Poder. Com a classificação da tripartição dos Poderes, quando na verdade se pretende classificar as funções de um Poder único, traz-se a noção da criação do Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, cada qual com a sua função delimitada pela Constituição Federal.

O Poder Legislativo, responsável pela elaboração das leis. Poder Executivo, por sua vez, responsável pela execução de tais leis, bem como a fiscalização de cumprimento, já, ao Poder Judiciário é dada a atribuição de aplicar as leis elaboradas pelo Legislativo, executadas pelo Executivo, ao caso concreto.

Algumas vezes, tais atribuições definidas pela Constituição Federal, tornam-se falhas, seja por um Poder ou pelo outro, o que faz com que o administrado recorra ao Judiciário para

que possa ver solucionada a problemática causada. Assim sendo, o Judiciário, com o escopo primordial de trazer a jurisdição com efetividade, vê-se obrigado a ultrapassar determinados limites que lhe são impostos, razão pela qual se dá início ao fenômeno do ativismo judicial.

O tema é tratado como se na verdade o Poder uno fosse tripartido. Embora se possa discordar dessa forma de tratamento para melhor trazer uma abordagem, há de render ao atual tratamento dado ao tema para melhor exploração da tripartição do Poder, levando em consideração a sua base legal.

A tripartição do poder é prevista na Carta Magna e por Ela tratados como poderes independentes e harmônicos entre si. A própria Constituição Federal remete inicialmente à uma conclusão de que não se pode tratar tais poderes com uma divisão absoluta entre eles, devendo coexistir pontos de intersecção, ao fazer referência à expressão “harmônicos”. Deve-se na verdade verificar a noção básica de cada poder e saber o limite da harmonia ditada pela própria Constituição Federal.

A divisão existente entre os poderes se dá por uma necessidade de reformulação do que se tinha no conceito de poder. Em tempos pretéritos não se verificava uma organização metódica do Estado como se pode verificar nos tempos atuais, pois nas mãos do Monarca eram concentrados todos os poderes, ficando a cargo do mesmo a elaboração, a fiscalização e a execução das leis.

Com o avanço cronológico, O Brasil tendo a sua independência decretada, passa por uma situação parecida quando inserida em seu sistema de governo a tripartição de poderes com a criação de um quarto poder, que seria o Poder Moderador. Os poderes em si eram divididos, mas este último era centralizado nas mãos do Monarca e exercia grande papel fiscalizador dos demais poderes e da atuação de seus representantes, tendo na figura do Rei um grande administrador, juiz, e legislador.

Extinto o poder moderador, passa-se a viver a plenitude da tripartição, onde as funções de cada um dos poderes eram devidamente divididas e exercidas de forma independente.

O ativismo judicial vem temperar essa metódica divisão, não buscando o retorno ao tempo pretérito e ter a figura do magistrado fazendo as vezes de um Imperador perante o Poder Moderador, mas sim dar efetividade às normas criadas por outro poder, e realizar determinado controle sobre discricionariedades exacerbadas do poder executivo. Busca-se harmonizar os poderes como a própria Constituição preconiza em seu artigo 2º para que sejam efetivados e conquistados os interesses da sociedade.

Paulo Paiva<sup>4</sup> traz a noção da existência de verdadeira “Juristocracia”, onde o governo e as políticas públicas ficam nas mãos do Poder Judiciário exercido pelo Magistrado, mas não é isso que se pretende. Paulo Paiva<sup>5</sup> entende a juristocracia como uma mudança nos parâmetros político-decisórios da democracia e teria como característica primordial restringir a discricionariedade dos órgãos político-majoritários.

A juristocracia é traduzida no governo realizado pelo poder judiciário, onde o mesmo realiza a implementação de políticas públicas introduzindo-se no que se chama de mérito administrativo do poder executivo. Há críticas com relação a essa atuação ativista dos magistrados, uma vez que os mesmos não foram eleitos pelo povo e não são tido como representantes de toda uma coletividade.

Mas a crítica deve ser temperada pelo entendimento no sentido de que todas as decisões que se transmudam para uma postura ativista do magistrado, bem na verdade traduz o real interesse de uma coletividade. Interesse esse que se faz possível por uma decisão de quem não os representa de fato, mas sim de direito, na intenção de promover a justiça.

---

<sup>4</sup> PAIVA, Paulo. ‘Juristocrácia?’. In: FELLETT, André Luiz Fernandes *et al.* *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 500.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 500.

Assim não se pode achar que se trata de um retrocesso histórico colocando o Magistrado no papel de protagonista do Estado Democrático de Direito, mas sim com o seu poder de jurisdição dar efetividade à direitos que até então são desconhecidos pela maioria da população.

É tradicional a noção de que não se pode com base nos poderes atinentes à Administração Pública o poder judiciário realizar o controle de certas atividades vinculadas a este. Todavia, como guardião dos interesses sociais e da própria Carta Magna elaborada pelo poder legislativo, há de se reconhecer a necessidade de elaboração de certos controles.

Daí se pode retirar a noção de harmonia e convivência entre os Poderes do Estado, e perceber que o ativismo judicial ou a judicialização das políticas públicas não vem no sentido de sobrepor um Poder sobre o outro, mas sim de compatibilizá-los em prol de um bem muito maior, qual seja, a sociedade.

Daniel Giotti de Paula<sup>6</sup> credita a alta do fenômeno do ativismo judicial à crise parlamentar, pelo declínio na dignidade que se dava ao Parlamento e a percepção do povo em ver no Judiciário um solucionador de conflitos referente às políticas públicas daqueles perdedores em debates político-partidários. Sinaliza o pesquisador acima referido que a preocupação de Montesquieu, quando da separação dos poderes, era evitar que a mesma pessoa ocupasse mais de um poder. Tinha o receio de retomar o Estado Absolutista europeu.

No entender de Daniel Giotti o que rebate a crítica feita por aqueles que não aceitam o ativismo, tendo em vista a violação da separação de poderes, é o sistema desenvolvido por Madison baseado no sistema de freios e contrapesos (*check and balances*). Esse sistema faz com que excessos praticados por um dos poderes possa ser inibido pelo outro poder.

---

<sup>6</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 274.

No entender que pretende fixar este trabalho científico, é justamente nesse contexto que se encaixa a harmonia pretendida pela Constituição Federal, bem como a sistemática do ativismo judicial. O poder judiciário vem conter determinados excessos provocados pelo poder executivo ou pelo poder legislativo.

### **III – O PODER DISCRICIONÁRIO E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO**

A administração pública recebe a ingerência de diversos poderes e dentre eles o que mais interessa abordar neste artigo científico é o poder discricionário do Administrador Público. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho<sup>7</sup>, é o poder do agente poder avaliar a conveniência e oportunidade dos atos que vai praticar como um administrador não de interesses individuais, mas sim de interesses coletivos. O poder se situa justamente na prerrogativa de valoração.

O premente doutrinador continua dissertando no sentido de que a conveniência e a oportunidade são elementos nucleares do poder discricionário, no sentido de que sem esse binômio cairia nos atos vinculados do administrador público, sob o páreo do princípio da legalidade, no sentido de que ao administrador seria apenas possível a execução do que a lei determinasse.

O poder discricionário muitas vezes traz a ideia de um verdadeiro poder arbitrário, uma vez que dá ao administrador público grande margem de determinação quanto ao mérito de determinado ato. É nesse ponto nevrálgico que o presente artigo visa a estabelecer a necessidade de determinado limite a esse poder, trazendo limitações ao mesmo.

---

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 47.

A arbitrariedade é verificada quando a conduta do administrador foge aos limites da lei, ou a ofende de forma direta ou indireta. A arbitrariedade exercida pelo Chefe do Executivo deve ser controlada de alguma forma, pois a ausência de controle possibilita ao administrador exercer os seus interesses individuais. Na verdade tais interesses não deveriam estar acima dos interesses coletivos. A arbitrariedade segundo José dos Santos Carvalho Filho<sup>8</sup> é uma conduta ilegítima e pode ser possível sobre a mesma um controle de legalidade.

Pela excessiva discricionariedade pertencente ao Chefe do executivo em determinados atos, deve ser realizado certo controle judicial. Em razão disso podemos classificar os atos administrativos são diferenciados em duas espécies, quais sejam: vinculados e discricionários. Atos vinculados são aqueles que a lei determina a sua feitura e o administrador não tem nenhuma opção a não ser fazê-lo da forma que legalmente é estabelecida. Atos discricionários são aqueles que possibilitam ao administrador a valoração da conveniência e oportunidade para a realização de determinado ato.

Todos os atos são submetidos à apreciação do Poder Judiciário no que diz respeito à sua legalidade. Dúvida é se os atos discricionários, além de ser submetidos à jurisdição pela sua legalidade, podem também o ser quanto ao seu mérito administrativo.

O controle judicial deve ser exercido valendo o magistrado da razoabilidade e proporcionalidade a ele inerente, tem-se essa necessidade para que o juiz não se caracterize como verdadeiro administrador público. Porém, a questão que se põe em debate é no sentido de se a decisão que determina a construção de uma creche ou a que fornece medicamentos para determinada pessoa ou ainda, determine ao paciente determinada vaga hospitalar, seria fazer do juiz um verdadeiro administrador público.

Na verdade o que se busca com tais decisões afirmativas é trazer a possibilidade de efetivação das políticas públicas que não são consideradas pelo legislador, quando do

---

<sup>8</sup> Ibid., p.500.

momento da elaboração das leis. Há de se observar que o implemento de tais políticas também é por vezes inobservado pelo administrador público.

Em razão de certas discricionariedades inconsequentes, inobservâncias injustificadas e omissões sem fundamento é que o poder judiciário vem cada vez mais intervindo em áreas típicas da gestão administrativa, não com o intuito de determinar uma verba ou outra para a feitura de determinado ato, mas sim com o seu poder jurisdicional determinar a execução de políticas públicas. É nesse sentir que hoje há divergência quanto a possibilidade ou não de se realizar tal controle. Como também se discute o que pode ou o que não pode ser controlado.

A jurisprudência nos dias de hoje não nos traz um parâmetro para que se trace um verdadeiro norte para verificar a viabilidade ou não de cabimento do controle judicial sobre determinados atos do poder público, embora houvesse tal necessidade.

Luís Roberto Barroso<sup>9</sup> quando critica a judicialização das políticas públicas ou o fenômeno do ativismo judicial, traz como fundamento o sentido de tal conduta do poder judiciário violentar o princípio constitucional da separação de poderes. O contra argumento que pode ser utilizado é no sentido de perceber que, na verdade os poderes neste ponto se harmonizam para realizar a promoção de uma justiça social, ou seja, de garantir o mínimo existencial para uma sociedade.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>10</sup> pondera que para trazer a possibilidade de realização do controle judicial perante os atos discricionários é no sentido de observar os princípios relativos à razoabilidade e proporcionalidade.

Defende-se no presente artigo a ideia de que se deve trazer aos olhos do poder judiciário a falta de razoabilidade e proporcionalidade que impera no atuar de determinados

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. “*Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*”, 2010. Tese Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 4 nov. 2012

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

administradores públicos. A exemplificação se dá pela preferência por política de turismo frente à real necessidade de uma reestruturação da política de saúde de determinados Municípios. Por isso devem tais condutas serem observadas pelo poder judiciário, com fito de se evitar injustiças com toda uma sociedade.

Assim a ideia de controle judicial do ato administrativo discricionário, em seu mérito administrativo, às vezes se faz necessária com a finalidade de salvaguardar a ordem pública que fora possivelmente violada. O professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>11</sup> em sua obra, *Princípios do Direito Administrativo*, muito bem trata do tema, como se pode verificar, *in verbis*:

A juridicidade, como se vê, amplia a margem de controle do ato discricionário levada a efeito pelo Judiciário. E isso não para permitir a apreciação do mérito administrativo propriamente dito, porque isso importaria em inadmissível violação ao princípio da separação de poderes, mas para garantir que o mérito da atuação administrativa não seja um artifício ou escudo a permitir, por via transversa, a violação da ordem jurídica pelo administrador

Com as manifestações de pensamento acima narradas, pode-se imaginar que o fenômeno do ativismo vem deixando de ser um mito e passa a ser uma realidade que a cada dia que passa vai sendo disseminado perante os Tribunais Superiores. Atualmente juízes de primeiro grau apresentam um grande progresso, com decisões de cunho afirmativo.

O controle judicial atualmente exercido se faz necessário, tendo em vista à promoção de melhores políticas públicas e melhor garantia do bem estar da população. O magistrado, quando profere uma decisão de cunho ativista, não procura atuar na esfera do Poder Executivo ou fazer as vezes do Poder Legislativo. Pretende, na verdade estabelecer a ordem social.

O restabelecimento da ordem social se faz pela necessidade da inserção das ditas “normas programáticas” para a realidade fática, para que se dê efetividade aos Direitos Sociais definidos na Constituição da República. Busca-se um tratamento com maior eficiência

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 91.



dos Direitos anteriormente mencionados, e uma criação de barreira à interesses puramente políticos e gasto desnecessário do erário público.

O Magistrado, ao determinar a construção de uma creche, não busca fazer o papel do Chefe do Executivo. A real intenção não é determinar qual seria a melhor política para o seu governo, mas sim busca satisfazer o interesse de inúmeras crianças que não tem acesso nem ao menos à base escolar, ou um ensino médio. O mesmo ocorre quando se está diante de decisões que determinem a construção de unidades de saúde ou até mesmo espaços para melhor difusão da cultura e do lazer.

No próximo capítulo, será verificada a existência prática deste fenômeno e a possibilidade de se afirmar esse fenômeno perante omissões do poder executivo, bem como de seus atos irracionais, com vista ao que não parece ser essencial.

#### **IV. O ATIVISMO JUDICIAL NA REALIDADE COTIDIANA NOS TRIBUNAIS E TRIBUNAIS SUPERIORES**

As primeiras decisões dos Tribunais, que podem ser consideradas ativistas no âmbito de políticas públicas, se perfaziam-se em decisões tímidas, uma vez que nada determinavam, apenas reconheciam o Direito do autor da ação e em nada materializava tal Direito. Após essa fase, as decisões começaram a tomar proporções que interligavam os Poderes.

O Poder Judiciário passando a determinar ao Poder Legislativo ou executivo atitudes que pudessem materializar o Direito pretendido.

Pode-se perceber que as decisões cada vez mais atingem esferas reservadas ao Poder executivo, na tentativa de harmonizar os três poderes e evitar uma discricionariedade desregrada do Poder Público. Sabe-se que um país tem seu prestígio aumentado quando se

torna sede de certos eventos, porém é necessário lembrar que muitos desses países sedes tiveram como herança uma enorme quebra em seu sistema financeiro.

Com o Brasil, a situação não está caminhando em sentido contrário, mas sim cada vez mais próximo da realidade. Gastos exagerados podem ser percebidos por qualquer do povo na construção, na reforma e na qualificação de determinados locais destinados a eventos esportivos de toda natureza. Ao olhar para o lado oposto, pode-se perceber a depreciação de unidades escolares e a insuficiência de unidades hospitalares, para que se possa prestar um serviço mínimo e digno.

Por isso, deve-se ter em mente a real necessidade de trazer uma espécie de força judiciária para realizar a ponderação de razoabilidade com certos gastos públicos. Não se pretende criar a figura de um Poder Judiciário “superpoderoso”, mas sim capaz de identificar certos abusos de poderes em prol de propagandas políticas às avessas.

Da mesma forma, não se pretende pôr fim à democracia representativa, como dito em capítulos anteriores, até porque tentar tal atrocidade seria fulminar toda uma história construída, bem como conquistas realizadas no decorrer de todos esses anos. Seria ignorar guerras e mortes que propiciaram esse momento histórico e não ter nenhum respeito com essa história.

Recentemente, há de se perceber a tentativa do Poder Legislativo dar um golpe de Estado em toda uma sociedade, quando pretendeu submeter as decisões proferidas pelo Poder Judiciário ao Congresso Nacional. Essa consciência apenas reforça o entendimento da real necessidade em tentar controlar as omissões injustificadas do próprio Congresso Nacional, bem como a discricionariedade desregrada do Poder Executivo. Seria louvar o Poder Legislativo mais importante que o Poder Judiciário, sem nenhuma justificativa, a não ser a tentativa de furtar-se às obrigações e evitar o implemento de políticas públicas.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança 26602<sup>12</sup> e 26603 referente à fidelidade partidária, bem como com relação ao mandado de injunção relativo à greve dos funcionários públicos e até mesmo a ADPF nº 45<sup>13</sup>, relativo ao fornecimento de medicamentos pelo Estado passou a adotar uma linha mais protagonista. Isso faz com que possamos verificar uma atitude mais pró ativa do Poder Judiciário para a efetivação de interesses basicamente públicos e sociais.

Geórgia Lage<sup>14</sup> em seu artigo cita o discurso do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello realizado em no ano de 2008 (dois mil e oito), em que infirma a qualidade de um Tribunal ativista, no sentido de resultar uma positiva criação do Direito, com a jurisprudência para prevalecer a primazia da Constituição Federal. Celso de Mello<sup>15</sup> merece ter transcrito o seu discurso, que realça a importância de um Judiciário ativista, fazendo melhor entender a essência deste artigo, *in verbis*

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

---

<sup>12</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Eros Grau. Mandado de Segurança 22602-3.

<sup>13</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Celso de Melo. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.

<sup>14</sup> CARMONA, Geórgia Lage Pereira. *A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário*. Tese Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11605](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605)>. Acesso em: 25 mar. 2013.

<sup>15</sup> MELO, Celso de, *apud* CARMONA. p. 2.

A omissão do Estado, bem como o seu abuso de poder na tomada de determinadas decisões é deveras conhecida e seu combate é necessário. Por isso, procura-se um Poder Judiciário como limitador desse poder dado aos administradores e ao Poder Legislativo.

Luis Machado Cunha<sup>16</sup> quando traça as dimensões do ativismo judicial, pode-se perceber que a atuação do Poder judiciário se dá em todas elas, mas a que pretendemos enfatizar e valorar, são as seguintes: ativismo jurisdicional e ativismo remedial. O ativismo remedial é o que mais deve ser enfatizado e praticado pelos Tribunais, uma vez que trata da implementação de políticas públicas. Certo é que os Tribunais espalhados pelo Brasil, com reforço e amparo em decisões do Supremo Tribunal Federal é responsável por garantir cada vez mais esses Direitos, defendidos em normas programáticas.

A omissão do Poder Legislativo que se pretende combater, nos Tribunais Superiores é cada vez mais recente, como se pode ver no caso em que se passou a utilizar de forma análoga lei para defender o direito de greve de servidores públicos. Outra hipótese que podemos verificar tal omissão, é com relação a concessão de aposentadoria especial. Antes se tinha decisões não proativas, no sentido apenas de declarar o Congresso Nacional em mora, o que nada adiantava, e em nada resolvia o Direito, porém com o passar dos tempos a medida proativa tomou proporções o suficiente para determinar a aplicação de lei diversa, para ver garantido Direito definido na Carta Magna de 1988.

Com relação ao Poder Executivo, as mesmas omissões existem e hoje já são solucionadas pelos Tribunais Superiores, como se pode perceber no julgamento do AI 677.274-8/SP, da relatoria do Ministro Celso de Mello, onde permitiu o reconhecimento da responsabilidade perante a escolaridade. Há necessidade de efetivar Direitos definidos na Constituição da República.

---

<sup>16</sup> CUNHA, Luis Machado, *apud* CARMONA. p. 3.

O que pretende defender o presente artigo é a necessidade de realizar o controle judicial em gastos com obras excessivamente onerosas e não tão primordiais para toda uma sociedade, feito pelo Administrador Público com base em sua discricionariedade. Pode-se perceber que para efetivar a realização de eventos internacionais e mundialmente conhecidos no Brasil, as obras realizadas põem em prejuízo a própria população em virtude da precariedade de serviços.

A tendência dos julgados aponta para esse sentir, até mesmo com as ações civis públicas que são propostas por membros do Ministério Público ou ações populares, com base nos danos ao erário para que sejam evitados gastos exorbitantes em obras desnecessárias. É recorrente o exercício desse controle, que passou a se mostrar de forma mais efetiva com os eventos esportivos que serão realizados, principalmente no Estado do Rio de Janeiro.

Efetivar os direitos constitucionalmente protegidos não é gastar milhões na reforma e construção de estádios de futebol, ou na construção de um autódromo, mas sim disponibilizar os mesmos gastos para a manutenção da saúde e educação para servir de referência. Isso é possível com a capacitação de profissionais, melhores salários, bem como melhores condições de trabalho.

Atualmente as atitudes proativas não só do Poder Judiciário, como também de órgãos auxiliares à justiça chamam cada vez mais os Juízes a efetivar tal controle e evitar o desperdício com o dinheiro do erário. É o que efetivamente se busca para termos um Estado Democrático de Direito.

## **CONCLUSÃO**

O presente artigo buscou trazer uma abordagem científica sobre a tripartição dos poderes definida pela Constituição da República e também resgatou a noção de harmonização

desses mesmos Poderes. Com isso há de se observar que cada um dos Poderes deve exercer suas atribuições com vistas a garantir os direitos básicos de cada um dos cidadãos.

O Poder Judiciário, ao exercer o controle sobre os atos administrativos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, originariamente apenas podia exercê-lo com base na legalidade de cada um dos atos. O fenômeno do ativismo judicial ou da judicialização das políticas públicas, fez perceber que o Poder Judiciário não mais passou a se ater apenas à legalidade dos atos administrativos, como também ao mérito.

Deve o magistrado perseguir a efetividade de todas as normas constitucionais, tanto as que por si só possuem eficácia plena, como também aquelas que são tidas como normas programáticas. Normas que são responsáveis por garantir o bom funcionamento do Estado democrático de Direito. Essas normas vez e outras são usurpadas da verdadeira noção de Estado, seja pela omissão do Poder Legislativo ou pelo abuso de poder e discricionariedade desregrada do Poder Executivo.

Limitar a discricionariedade do Chefe do Executivo, bem como trazer a necessidade de implementação de políticas públicas por força de decisões judiciais, fizeram fomentar o que se considera o verdadeiro Estado democrático de Direito. Não se busca com essa noção trazer a figura de um Poder Judiciário sem limites e que tudo pode, mas pelo contrário, trazer a noção verdadeira de seu papel, qual seja, garantir a jurisdição.

Assim, em que pese alguns sustentarem estar a democracia ameaçada, por esse movimento denominado ativismo social, que se perfaz de um método contramajoritário para atingir interesses públicos, deve-se entender que se trata da efetiva garantia da democracia. Um pilar do Estado Democrático de Direito não poderá ser considerado ameaçado quando se pretende efetivar e preservar direitos à esse Estado inerentes. Há de se reconhecer a positividade do ativismo judicial para as pessoas que representam as classes necessitadas e com ânsia de justiça.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo Judicial*, 2011. Trabalho Acadêmico. Disponível em: <http://gespublic.blogspot.com.br/2011/07/ativismo-judicial.html>. Acesso em: 5 nov. 2012;

BARROSO, Luís Roberto. “*Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*”, 2010. Tese Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Acesso em: 4 nov. 2012;

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. *A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário*. Tese Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11605](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605). Acesso em: 25 mar. 2013;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

PAIVA, Paulo. ‘*Juristocrácia?*’. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador: JusPODIVM, 2011;

PAULA, Daniel Giotti de. *Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política*. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al, *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador: JusPODIVM, 2011;

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.