

Data do recebimento: 8/02/2018

Data do aceite: 6/11/2018

---

# O ATIVISMO JUDICIAL INCENTIVADO PELO EXECUTIVO: UMA VISÃO MAQUIAVÉLICA

---

THE JUDICIAL ACTIVISM ENCOURAGED BY THE  
EXECUTIVE: A MACHIAVELLIAN VIEW

Carlos Eduardo da Silva Galante<sup>1</sup>

Thompson Adans Rodrigues Gomes<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Direitos Fundamentais; 1.1 Dimensões; 1.2 Direitos Sociais; 2. Brasil: Um País de Todos (?); 3. Ativismo Judicial; 4. O Interesse do Executivo: Ativismo, o Fim Justifica os Meios; 5. O Excesso de Ativismo Judicial na Suprema Corte; 6. Considerações Finais; Referências.

---

1 - Mestre em Direito pela Universidad San Carlos, Mestrando em Processo Legislativo pelo Centro de Formação da Câmara Federal, Pós-graduado em Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e em Direito Administrativo pelo Instituto Processus. Graduado em Secretariado, Pedagogia e em Direito. Servidor Público do Governo do Distrito Federal, Professor de cursos de pós-graduação, de graduação e preparatórios para concursos públicos e Exame de Ordem. Pesquisador da Plataforma Brasil. Parecerista.

2 - Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF)

**RESUMO:** Este artigo apresenta a concepção de Maquiavel em sua obra O Príncipe, aplicada ao ativismo, demonstrando o interesse do Executivo na continuidade do ativismo judicial. Por meio de uma abordagem crítico-interpretativa, pretende-se expor a negligência dos detentores de representatividade legislativa e executiva diante dos direitos fundamentais, os quais perpassaram um longo lapso temporal para serem reconhecidos e garantidos à sociedade. Indaga-se, também, a abrangência das políticas públicas, uma vez que o Executivo se utiliza da “bondade” do Judiciário para promovê-las para aqueles que se socorrem ao Judiciário e não para todos, como deveria ser. O objetivo deste trabalho é evidenciar a postura paradoxal do Executivo, a qual, ao mesmo tempo em que condena o ativismo, também o incentiva, por meio de ações e omissões. Assim, torna-se oportuna uma análise desses atos pela filosofia maquiavélica, e questionando: quais são os interesses do Executivo no ativismo judicial? Concluindo-se que a culpa do ativismo judicial não é exclusiva do Judiciário, devido ao incentivo dos demais poderes para a continuidade dessa prática. Porém, o Poder Judiciário deve se utilizar do ativismo excepcionalmente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Sociais. Poder Executivo. Maquiavel. Políticas Públicas. Ativismo Incentivado.

**ABSTRACT:** This article presents the Machiavelli’s conception in his work The Prince, applied to activism, showing the government’s interest in the continuity of judicial activism. By means of an approach critic-interpretative it is intended to expose the holders’ legislative and executive representativeness negligence in face of the Fundamental Rights, which have passed by a long time to be recognized and guaranteed to society. Also inquires, the public’s polices comprehensiveness, since the Executive uses the “goodness” of the Judiciary to promote these for those who rely on the Judiciary and not for all as it should be. The purpose of this paper is to highlight the Executive’s paradoxical stance, which at the same time condemns activism, is also encouraging by means of actions and omissions, and making it opportune an analysis of these acts by the Machiavellian philosophy, and questioning: what are the Executive’s interests in judicial activism? Concluding that the guilt of judicial activism is not exclusive to the Judiciary, due to the incentive of the other powers for its continuity, however, the Judiciary must be attentive and use of the activism exceptionally.

**KEYWORDS:** Social Rights. Executive Power. Machiavelli. Public Policies. Encouraged Activism.

## INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um tema que atrai fortes debates, os quais envolvem desde direitos fundamentais até políticas públicas, levantando questões pertinentes à conduta dos julgadores, mais especificamente, às decisões destes. Alguns os classificam como extravagantes, e outros como necessárias à garantia dos direitos primordiais à sociedade. Porém, é de se convir que o ativismo impacta jurídica, social e economicamente no âmbito nacional, podendo trazer riscos para as regiões que dele se utilizam e até mesmo para o país. Apesar de ser majoritariamente classificado como prejudicial, o ativismo é incentivado pelo Executivo, que, ainda, o imputa ao Judiciário e o condena, criando aqui uma relação paradoxal.

O tema proposto se torna complexo ao abranger direitos fundamentais sociais e políticas públicas, em que os primeiros devem garantir o bem-estar populacional, enquanto o segundo deve propor o desenvolvimento e a execução de ações que concretizem o primeiro. Contudo, não estamos em um mundo ideal, mas sim em um país fortemente “politizado” e de muitas vias corruptas, gerando barreiras, o que fomenta um ambiente propício ao ativismo. Além disso, o ativismo é exclusivamente imputado ao Judiciário, esquecendo-se das omissões executivas e legislativas. Ora, não se justifica o ativismo pelo fato de haver omissões dos outros poderes, porém, qual é o interesse maior em atribuir exclusivamente a culpa ao Judiciário? Não se defende aqui posturas ativistas, mas a reflexão para alcançar a solução e, conforme o dito popular, “agir na raiz do problema”, pois a partir do momento em que omissões do Executivo e Legislativo diminuam, o ativismo decairá também.

O trabalho, de forma geral, mostra a relação dos direitos fundamentais com as políticas públicas, desembocando no ativismo. E, de modo específico, vem ao leitor para demonstrar o longo lapso temporal decorrido para se ter o que chamam de direitos fundamentais, uma luta de muitas eras e muitas nações para alcançar um bem comum, que vem sendo negligenciado pelos detentores de representatividade, por interesses pessoais e má gestão.

A escolha do tema tem como premissa o fomento da discussão relativa ao ativismo judicial, objetivando ampliar os horizontes de que, se há ativismo no Judiciário, há omissão nos demais poderes. Dessa forma, se o ativismo é prejudicial à sociedade e, como é sustentado pelo Executivo, é uma ofensa ao princípio da separação dos poderes e até mesmo usurpação de poder, qual é o motivo de se perseverar em ações e omissões incentivadoras de tal prática?

### 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se tentar compreender o conjunto desta obra, é imperativo ter uma noção do que são os direitos fundamentais, como se relacionam com o Estado, sendo a postura deste positiva ou negativa à frente de tais direitos. Tem-se em mente que há divergências quanto à origem e classificações dos direitos fundamentais, as quais serão explanadas para um melhor entendimento da proposta deste artigo.

Quando se indaga sobre a origem dos direitos fundamentais, afirma-se em grande escala

que estes tiveram seu princípio na França (1789) ou nos Estados Unidos (1776). Contudo, é preciso que se retroceda um pouco mais no tempo para se ter uma visão ampla de toda a discussão e assim ter elementos para resolver a citada divergência.

Sabe-se que os direitos fundamentais não se edificaram na antiguidade. Tal afirmativa é tão verdadeira quanto a constatação de que “[...]o mundo antigo, por meio da religião e filosofia, influenciou diretamente o pensamento jusnaturalista e a concepção de direitos naturais e inalienáveis ao homem, pelo fato de seu simples existir” (SARLET, 2015, p. 37-8), de modo que esta fase fora denominada “pré-história” dos direitos fundamentais.<sup>3</sup> Cite-se ainda que, segundo Sarlet:

Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do Cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus). (2015, p. 38)

A influência das doutrinas jusnaturalistas a partir do século XVI foi de extrema importância para o reconhecimento dos direitos fundamentais no século XVIII, por meio de processos revolucionários. Na Idade Média, “[...] desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo” (SARLET, 2015, p. 38), os quais limitavam e organizavam o poder à época. Destaque-se o pensamento de Tomás de Aquino, que, “[...] além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas” (SARLET, 2015, p. 38), sendo constituídas, respectivamente, pelo “[...] direito natural, como expressão da natureza racional do homem” (SARLET, 2015, p. 38), e pelo “[...] direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população” (A.E., PEREZ LUÑO, 1995, p.30 apud SARLET, 2015, p. 38). O pensamento tomista foi de suma importância, influenciando outros pensadores e fazendo com que eles desenvolvessem o valor fundamental da dignidade humana, inserida nos ensinamentos de Tomás de Aquino. De tal forma, afirma-se que:

[...] o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem. (SARLET, 2015, p. 38)

De acordo com Sarlet (2015), as teorias contratualistas, a partir do século XVI, mas

3 - Nesse sentido, Sarlet (2015, p. 37-8), diz que “a consagrada concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os direitos fundamentais, não menos verdadeira a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chaves que [...] vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada [...] ‘pré-história’ dos direitos fundamentais”.

principalmente nos séculos XVII e XVIII, fizeram com que a doutrina jusnaturalista chegasse ao seu ápice de desenvolvimento. Junto a isso, ocorre “[...] um processo de laicização do direito natural, que atinge o apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista” (SARLET, 2015, p. 39), contribuindo para esse cenário teólogos espanhóis do século XVI “[...] que pugnaram pelo reconhecimento de direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2015, p. 39).<sup>4</sup>

No decorrer do século XVII, “[...] a ideia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural encontrou eco e elaborada formulação” (SARLET, 2015, p. 39) nas obras de H. Grócio (1583-1645); Samuel Pufendorf (1632-1694); John Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679). Ressalte-se aqui o pensador John Milton, que reivindicou “[...] o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e imprensa, bem como a supressão da censura” (SARLET, 2015, p. 39).

Diga-se, a título de curiosidade, que foi na Inglaterra do século XVII que o contratualismo e a ideia de direitos naturais obtiveram particular relevância, tanto no plano teórico quanto nas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas.<sup>5</sup> Outro pensador que se pode citar é o Lord Edward Coke (1552-1634), o qual teve importância na discussão em torno da *Petition of Right* de 1628.<sup>6</sup> Posteriormente, teve-se a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), o qual foi o “[...] primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência), uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores de poder” (SARLET, 2015, p. 40). Locke vai além, ressaltando que “[...] apenas os cidadãos poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, não meros objetos do governo” (SARLET, 2015, p. 40). Nesse contexto, um dos principais pensadores do iluminismo, de inspiração jusnaturalista, foi Kant (1724-1804), sobre o qual Ingo Wolfgang, citando Bobbio, expõe:

É o pensamento de kantiano [...] o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos. Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens [...] Kant, inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento. (BOBBIO, 1992, p. 86 apud SARLET, 2015, p. 40)

Demonstrada, sucintamente, a influência do mundo antigo em relação a posterior consolidação dos direitos fundamentais, tem-se o impasse de pontuar a origem destes. Ao se referir aos

4 - Teólogos espanhóis destacados por Sarlet: Vitoria y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez.

5 - Nesse sentido, Sarlet (2015, p. 39): cumpre ressaltar que foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direito assinadas pelos monarcas desse período.

6 - Nesse sentido, Sarlet, (2015, p. 39-40): em sua obra e nas manifestações públicas como juiz e parlamentar, sustentou a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade, tendo sido considerado o inspirador da clássica tríade vida, liberdade e propriedade.

marcos de criação de direitos, muitos já apontam a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses como um dos documentos principais, senão o principal, na evolução do direito humano. E aqui não se tira a relevância de tal documento para o reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições. Porém, será que os direitos contidos na *Magna Charta* possuem o caráter autêntico de direitos fundamentais? A resposta é não. Utilizando-se dos ensinamentos de Sarlet, tem-se que:

[...] há que se descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses “direitos” e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população de seu gozo. (2015, p. 41)

Citando Vieira de Andrade, o autor supra continua a expor:

[...] pela concessão ou reconhecimento de privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam. (ANDRADE, 1987, p. 25 apud SARLET, 2015, p. 41)

Outro marco que pode ser apresentado é a Reforma Protestante, a qual foi de suma relevância para a evolução que conduziria à gênese dos direitos fundamentais, havendo vários documentos nesse sentido, “[...] inobstante a decisiva contribuição desses documentos concessivos de liberdades” (SARLET, 2015, p. 42), “[...] não há como lhes atribuir a condição de direitos fundamentais, pois [...] podiam ser nova e arbitrariamente subtraídas pela autoridade monárquica” (SARLET, 2015, p. 42). Então, vieram as declarações inglesas de direitos do século XVII: *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1689), podendo até ser citado o *Establishment Act* (1701). Apesar dessas positavações de direitos e liberdades e de tais limitarem o poder real à época, não são o “ponto zero” dos direitos fundamentais, pois não vinculavam o Parlamento. Assim, deixa-se explícito o ilustre Sarlet:

Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positavação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como marco inicial, isto é, como nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o parlamento, carecendo, portanto, da necessidade supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. (2015, p. 43)

Logo, o caminho que há é uma estrada bifurcada, levando-nos ao dissídio doutrinário sobre a “paternidade”<sup>7</sup> dos direitos fundamentais, entre a Declaração dos Direitos do povo da Virgínia (1776) e a Declaração Francesa (1789).

As declarações americanas incorporaram os direitos e as liberdades das antigas declarações inglesas do século XVII, direitos estes que também eram reconhecidos aos súditos das colônias americanas. Contudo, as americanas se distinguem das inglesas pelo fato de possuírem características como a universalidade e a supremacia dos direitos naturais, reconhecendo eficácia inclusive em relação à representação popular, de modo que todos os poderes públicos fiquem vinculados. Ressalte-se, ainda, a garantia de justiciabilidade por meio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade. Dessa forma, “[...] pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais” (SARLET, 2015, p.43). Nesse sentido, é o que mostram os ensinamentos de Sarlet:

[...] As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade do conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional da fundamentalidade em sentido constitucional tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa. (2015, p. 43)

Não menos relevante foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, “[...] fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França” (SARLET, 2015, p. 43-4). Em relação às declarações supracitadas, ou seja, tanto a declaração francesa quanto as americanas, ambas possuíam como característica comum “[...] sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento” (PEREZ LUÑO, 1995, p. 36 apud SARLET, 2015, p. 44). Evidencie-se, ainda, a mútua influência de uma declaração em relação à outra, sendo inequívoca tal reciprocidade, a tal ponto de ver-se que:

[...] A influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores, é inegável, revelando-se principalmente mediante a contribuição de Lafayette na confecção da Declaração de 1789. Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando à consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes. (SARLET, 2015, p. 44)

7 - Expressão utilizada por Ingo Sarlet ao se referir a quais das declarações deram origem aos direitos fundamentais.

Apesar do exposto acima, faz-se necessário salientar algumas diferenças que culminam na não “eleição” da Declaração francesa como a originária dos direitos fundamentais. A preocupação com o social e com o princípio da igualdade “[...] transparece não apenas na Declaração de 1789, mas também na Constituição de 1791, bem como – e principalmente – na Constituição jacobina de 1793” (SARLET, 2015, p. 44), sendo inspirada, fortemente, por Rousseau, reconhecendo direitos como: o direito ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados.<sup>8</sup> Entretanto, apesar da aspiração universal e abstrata da Declaração francesa e dos direitos firmados nela, ao contrastar-se com o maior pragmatismo das Declarações americanas, verifica-se que a “[...] Declaração de 1789 não postulava a condição de uma Constituição” (SARLET, 2015, p. 44), a qual foi incorporada posteriormente. Nesse sentido:

[...] Costuma referir-se, ainda, a aspiração universal e abstrata da Declaração francesa e dos direitos reconhecidos nela, contrastando, assim, com o maior pragmatismo das Declarações americanas, sendo correto afirmar-se que a Declaração de 1789 não postulava a condição de uma Constituição, incorporando-se, posteriormente, aos preâmbulos das Constituições de 1791 e de 1793, integrando também, por meio da técnica de remissão, o preâmbulo da vigente Constituição francesa de 1958. (SARLET, 2015, p. 44)

A título de esclarecimento, expõe-se o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual leciona que:

[...] durante muito tempo, os direitos da Declaração francesa se encontravam virtualmente à disposição do legislador, visto que não vinculavam o Parlamento, à míngua de um sistema operante de controle de constitucionalidade das leis. Ainda neste contexto, é de lembrar que, enquanto na França o sentido revolucionário da Declaração de 1789 radica na fundamentação de uma nova Constituição, no processo constitucional norte-americano este sentido revolucionário das declarações de direito radica na independência, em consequência da qual se faz necessária uma nova Constituição. (2015, p. 44)

Ressalte-se que não se minimiza a contribuição francesa, pelo contrário, esta foi decisiva para “[...] o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX” (SARLET, 2015, p. 44), destacando-se, ainda, o seu imenso legado: os direitos humanos.

## 1.1 Dimensões

Prosseguindo com a perspectiva histórica, é relevante destacar alguns pontos da evolução dos direitos fundamentais. Frisa-se que não serão abordados profundamente, pois não é o foco deste trabalho. Ao se falar de evolução dos direitos fundamentais, para se obter uma

8 - Nesse sentido Ingo Sarlet (2015, p. 44): Constituição jacobina de 1793, de forte inspiração rousseauiana, na qual chegaram a ser reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados.

melhor didática, fizemos uma separação por “dimensões”. Ressalte-se que, ao se referir às divisões dos direitos como dimensões, o que se pretende é apontar “[...] para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 46) e, para além disso, a “[...] unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’” (SARLET, 2015, p. 46). A primeira dimensão<sup>9</sup> refere-se aos primeiros direitos a serem positivados, reconhecidos nas Revoluções americana e francesa. Tal dimensão foi marcada pelo individualismo, influenciada pela doutrina liberal-burguesa, de modo que surgira os direitos dos indivíduos frente ao Estado, ou seja, são direitos de cunho “negativo”, requerem uma abstenção dos poderes públicos; são referidos “[...] mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder” (SARLET, 2015, p. 46-7). Tais direitos se referem “[...] a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e a à inviolabilidade de domicílio” (BRANCO, 2014, p. 137), sendo o homem, individualmente considerado, o titular desses direitos.<sup>10</sup> Com o processo de industrialização, o impacto do crescimento demográfico e com o ideal absentista do Estado Liberal, as disparidades sociais se agravavam e ganhavam um forte contraste, fazendo-se repensar o relacionamento entre Estado e sociedade, de tal forma que “[...] levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar suas angústias estruturais” (BRANCO, 2014, p. 137). Nesse sentido, configurou-se uma postura intervencionista na vida econômica e, ainda, ações estatais com fulcro na justiça social. Esses direitos “[...] não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que obrigam prestações positivas” (BRANCO, 2014, p. 137), sendo classificados como direitos de segunda dimensão, por meio dos quais “[...] se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho etc” (BRANCO, 2014, p.137). Frisa-se que os direitos da segunda [dimensão]<sup>11</sup> são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

Os direitos fundamentais pertencentes à terceira dimensão destinam-se à coletividade, ou seja, são de titularidade difusa ou coletiva, “[...] são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas da coletividade, de grupos” (BRANCO, 2014, p.137-8). Exemplos desses direitos são: o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. Registre-se que há doutrinadores que sustentam uma quarta dimensão – como Paulo Bonavides –, e outros até mesmo propõem uma quinta dimensão, contudo, a doutrina majoritária defende as três dimensões apresentadas. De certo ponto, alguns doutrinadores discursam a favor da quarta, porém, não é convergente com a opinião da maioria.

9 - Em convergência com os ensinamentos de Ingo Sarlet (2015, p. 45), optou-se pelo termo “dimensão” ao invés de “geração” pelo exposto a seguir: o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo acumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.

10 - Neste sentido, Branco (2014, p. 137): o paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.

11 - Adaptação nossa.

## 1.2 Direitos Sociais

Para fins deste trabalho, é relevante adentrar na seara dos direitos de segunda dimensão, conhecidos como direitos sociais, aqueles que requerem uma prestação positiva do Estado, estando relacionada às políticas públicas, que serão alvo de posterior discussão. Primeiramente, os direitos sociais não abarcam apenas pretensões de caráter positivo, tendo um rol amplo de normas que englobam deveres de restituir e preservar, como expresso nas garantias institucionais. Há normas de organização e procedimento, bem como normas do catálogo que expressam deveres de proteção. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes sustenta que:

[...] nos direitos sociais não se identificam apenas pretensões de caráter positivo (direito subjetivo a uma prestação específica). Não raro, o dever de restituir e preservar está manifesto nas chamadas garantias institucionais (v.g., seguridade social, previdência social). Há exigência notória de normas de organização e procedimento em diversos direitos sociais (art. 200). É inequívoco, igualmente, que muitas normas constantes do catálogo de direitos sociais traduzam deveres de proteção (art. 7º, X, XX, XXII, XXVI, XXVII). (MENDES, 2014, p. 639)

Os direitos sociais são dependentes dos pressupostos fático-materiais para sua realização, ou seja, “[...] são particularmente relevantes para o exercício pleno desses direitos” (MENDES, 2014, p. 627). Devido a isso, “[...] os direitos de prestação em sentido amplo, categoria que engloba os direitos sociais (direitos de prestação em sentido estrito)” (MENDES, 2014, p. 627) e os direitos à organização e ao procedimento “[...] podem consistir na edição de atos normativos pelo Estado, na criação de procedimentos e garantias judiciais, na instituição de auxílios pecuniários [...], na realização de políticas públicas” (MENDES, 2014, p. 627).

Nessa esteira, inicia-se o debate acerca de judicialização/ativismo judicial, além da dimensão prestacional dos direitos sociais, pois é sabido que, embora estes, assim como os direitos negativos, “[...] impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positiva) quanto direitos de defesa (negativos) [...] é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização” (MENDES, 2014, p. 628). Gilmar Mendes, citando Stephen Holmes e Cass Sunstein, aponta que “[...] todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da ‘reserva do possível’” (MENDES, 2014, p. 628), especialmente, “[...] ao evidenciar a escassez de recursos e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas” (MENDES, 2014, p. 628). Stephen e Cass concluem que, da perspectiva das finanças públicas: “[...] levar a sério os direitos é levar a sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass apud MENDES, 2014, p. 628).

A dependência de recursos econômicos faz com que a doutrina entre em divergência. Alguns defendem que os direitos sociais “[...] assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis” (MENDES, 2014, p. 628), além de sustentarem que “[...] a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão

estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes[...]” (MENDES, 2014, p. 628) e a [cláusula]<sup>12</sup> da reserva do possível. Evidencia-se, ainda, que a formulação de políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria escolhas alocativas, seguindo o critério de justiça distributiva, “[...] configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macrojustiça” (MENDES, 2014, p. 628). Nesse sentido, cabe ao Judiciário concretizar a justiça no caso concreto (microjustiça). Expõe-se que o Judiciário “[...] muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo” (MENDES, 2014, p. 628-9). No entanto, assumindo a visão dos defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos de segunda dimensão, “[...] argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana” (MENDES, 2014, p. 629). Desse modo, “[...] ao menos o ‘mínimo existencial’ de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial” (MENDES, 2014, p. 629), sendo esses direitos não subordinados ao pragmatismo governamental ou a questões geradas pela má gestão ou omissão do Executivo.

## 2. BRASIL: UM PAÍS DE TODOS (?)

Antes de adentrar ao assunto do ativismo judicial, sob uma perspectiva de relação de poder entre o Judiciário e o Executivo, mostra-se significativo ter conhecimento sobre políticas públicas sociais. Quando o prisma se volta às políticas públicas no Brasil, aparecem mais insatisfações populares, pois, além de ser um dos países com os maiores impostos do mundo, não há políticas sociais que geram bem-estar, com um alto nível de eficiência, à sociedade. Nesse sentido, Lustoza (2013) expõe que:

Apesar da existência de um rol significativo de direitos no texto constitucional, as políticas sociais praticadas no Brasil ainda estão muito precárias, longe de atingir todos os cidadãos de forma eficiente. Isso retrata uma profunda desigualdade social e dominação por parte de elites econômicas, o que levou a ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha a afirmar que, embora o Brasil possua uma ótima Constituição, o país tem uma péssima prática constitucional.

Objetivando a sua conceituação, pode-se dizer que as políticas públicas são compreendidas “[...] como as de responsabilidade do Estado – quanto à implementação e manutenção a partir de um processo de tomada de decisões que envolve órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada” (HÖFLING, 2001, p. 31). Definem-se políticas sociais como “[...] ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado” (HÖFLING, 2001, p. 31), sendo “[...] voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais, visando a diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desen-

12 - Adaptação nossa.

volvimento socioeconômico” (HÖFLING, 2001, p. 31). A fim de deixar o conceito o menos vago possível, as políticas públicas podem ser:

[...] caracterizadas como um processo de decisão política que se materializa em objetivos com resultados esperáveis, normalmente vinculados à transformação de uma dada realidade, com vetores distintos, e que envolvem: a) técnicos estatais e não governamentais, burocratas e políticos (tomadores de decisão); b) atores distintos (com “recursos de poder” assimétricos), cenários e conjunturas (por vezes voláteis); c) capacidade e viabilidade de o Estado disponibilizar recursos orçamentários, humanos, legais e logísticos; d) mecanismos de mensuração dos resultados. (FONSECA, 2013, p. 405)

Brasil, um país de todos? Com essa indagação, questiona-se não somente o alcance das políticas públicas sociais, mas o meio político que obsta uma maior eficiência delas. Na epígrafe da obra *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, de Streck e Moraes (2004), é citado José Saragamo: “Há um mal econômico, que é a errada distribuição da riqueza. Há um mal político que é o fato de a política não estar a serviço dos pobres”.<sup>13</sup> Creio que aqui se vê claramente que as políticas sociais objetivam em sua essência a correção da “errada distribuição de riquezas” supracitada. Contudo, a política em nosso país é feita com fundamento em interesses individuais e no círculo político detentor da representatividade, lesando-se o coletivo. Há referências dessas desprestigiadas condutas como herança da ditadura militar, não havendo uma alteração significativa do sistema político brasileiro desde então. Nesse contexto, Francisco Fonseca leciona que:

O sistema político brasileiro, especificamente, foi estruturalmente moldado pela ditadura militar e jamais alterado significativamente desde a redemocratização. Algumas de suas características são: multipartidarismo extremamente flexível e pouco representativo; financiamento misto (público e privado), mas que, na prática, é largamente “privatizado” por meio do denominado “caixa 2”; infidelidade partidária (apenas recentemente minorada por decisão do Tribunal Superior Eleitoral); acesso institucional ao rádio e à televisão franqueados a todos os partidos com representação federal, independentemente de sua real representatividade (os partidos chamados “de aluguel” têm pequena representação parlamentar e todas as benesses do sistema político); toda sorte de casuísmo, tal como a coligação nas eleições proporcionais, que implica o voto num partido ou candidato e a eleição de outro, em razão da contagem do quociente eleitoral, entre outros; baixa transparência quanto ao uso dos recursos públicos (também recentemente minorada com a Lei de Acesso às Informações Públicas); lógica da coalizão para governar, ou melhor, para obter maioria no Parlamento, com impactos diretos na (in)coerência das “políticas públicas” e nos resultados eleitorais, uma vez que, usualmente, partidos derrotados participam de coalizões de governo capitaneadas pelos partidos vencedores; desenho eleitoral que concede carta branca do eleito ao representante – tornando o mandato “propriedade” deste – e o distancia de seus representados (a aludida reinterpretação da fidelidade partidária, pelo TSE, amenizou essa prática, mas ainda assim não a eliminou); baixo poder conferido ao Parlamento, tornando-o “despachante” de interesses paroquiais e corporativos; desbalanceamento na proporcionalidade federativa no Congresso Nacional no contexto do confuso bicameralismo; entre outras. (2013, p. 409)

13 - Epígrafe da obra *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, escrita por Lenio Streck e Luiz Bolsan.

Nesse cenário, em que se chega ao poder por meio de outros, deve-se “aceitar” a influência dos demais atores políticos quando há uma elaboração de políticas públicas, de modo que há uma trava a estas quando puderem ocasionar alguma lesão ao interesse econômico ou político daqueles que contribuíram para a escalada ao poder. Dessa forma, na perspectiva desses atores, torna-se mais plausível contribuir para a consolidação do poder do que para o bem social, gerando políticas públicas contidas, ineficientes, mas que não ferem os atores políticos contribuintes do poder. Exemplo claro do que foi citado são as milionárias “doações” eleitorais e a formação de coalizões, visando obter mais recursos para investir nas campanhas e mais tempo de difusão na TV e no rádio. Além disso, para se governar, “[...] há a necessidade imperiosa de negociação de maiorias confortáveis nos respectivos Parlamentos (Câmara de Vereadores, Assembleias Legislativas e Congresso Nacional) com vistas à aprovação de medidas, ações e ‘políticas públicas’” (FONSECA, 2013, p. 409), sendo estas “[...] capitaneadas pelo chefe do Executivo e para garantir aquilo que se tornou uma espécie de ‘cláusula pétreia informal’ do sistema político: a chamada ‘governabilidade’” (FONSECA, 2013, p. 409). Logo, pelos ensinamentos de Francisco Fonseca, tem-se que:

[...] seja para se eleger (papel do financiamento privado para fazer campanha e da coligação para obtenção de tempo no rádio e na televisão), seja para governar (“dívida” para com os financiadores e necessidade de maioria parlamentar para governar), os partidos políticos necessitam, imperiosamente, negociar compromissos publicamente assumidos e mais especificamente o “programa” de governo. Isso significa a existência tanto de “políticas públicas” tímidas, por não incidirem vigorosamente nos interesses constituídos, como contraditórias, uma vez que voltadas a vários interesses, boa parte deles contraditórios. (FONSECA, 2013, p. 410)

O autor Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra *Raízes do Brasil*, assinala o tipo do aventureiro, este “[...] tipo humano quer o proveito imediato das coisas, buscando sempre o bônus sem arcar com o ônus. Um homem imediatista e pouco precavido” (LUSTOZA, 2013). O aventureiro “[...] ignora fronteiras. No mundo tudo se apresenta a ele em generosa amplitude e, onde quer que se erija um obstáculo a seus propósitos ambiciosos, sabe transformar esse obstáculo em trampolim” (HOLANDA, 1995, p. 44). O escritor destaca, ainda, as “qualidades” próprias do aventureiro: “[...] audácia, imprevidência, irresponsabilidade, instabilidade, vagabundagem” (HOLANDA, 1995, p. 44) e tudo mais que se relacione com a concepção espaçosa do mundo está incluso nas características desse tipo. Essas descrições foram dadas aos colonizadores portugueses, de modo a se questionar: herdamos esse tipo?! Mire-se, por exemplo, no imediatismo dos governos nos quais, entre tantas propostas eleitorais, “[...] é raro encontrar um projeto de governabilidade a longo prazo (mais de quatro anos), a fim de tornar as atividades administrativas mais eficientes e atender aos cidadãos com qualidade” (LUSTOZA, 2013). Perceba-se ainda que “[...] a escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com suas capacidades próprias” (HOLANDA, 1995, p. 146).

De certo, há de se afirmar que os detentores da representatividade do Executivo e Legislativo brasileiros demonstram aptidão aventureira; são audaciosos, mas irresponsáveis; tentam transformar obstáculos em trampolim com o famoso “jeitinho brasileiro”. Até pouco tempo, divulgavam-se réus virando ministro para obtenção de foro privilegiado e, até a atualidade, têm-se

notícias de manobras parlamentares para autofavorecimento dos então legisladores. Se não foi herdado o espírito aventureiro, poderia ser dito que apenas aprendemos a ser aventureiros?

### 3. ATIVISMO JUDICIAL

Diante de todo o exposto, percebe-se a relação direta entre as políticas públicas e os direitos fundamentais de segunda dimensão; estes dependem de um bom planejamento e execução por parte do Poder Executivo para que sejam garantidos com eficácia à sociedade.

Prosseguindo com a obra, é relevante entender a relação entre os poderes da república, inseridos no art. 2º da Constituição Federal. Segundo o referido dispositivo, tem-se: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Tal disposição foi fundamentada na obra “Espírito das Leis”, de Montesquieu, a qual expõe a teoria dos três poderes, sendo esta “[...] baseada nas obras Política, do filósofo Aristóteles, e Segundo Tratado do Governo Civil, de John Locke” (PERRET, 2013). De acordo com Perret (2013), Montesquieu se valeu das ideias dos pensadores supracitados para explicar, ampliar e sistematizar a divisão dos poderes, uma vez que o filósofo iluminista acreditava que, para evitar governos absolutistas e a elaboração de normas tirânicas, seria essencial estabelecer autonomia e limites de cada poder, de modo a gerar a concepção de que somente o poder controla o poder. Dessas observações, evidencia-se que o sistema de freios e contrapesos concebido por Montesquieu atribui autonomia e exercício de funções a cada poder, contudo, um poder é controlado pelos outros, estabelecendo uma relação harmônica e de interdependência.<sup>14</sup>

No sistema de freios e contrapesos, a divisão dos poderes se dá em Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais possuem funções típicas. “O poder Legislativo tem a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses” (PERRET, 2013). Aplicar o referido sistema significa:

[...] conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o judiciário, ao declarar inconstitucionalidade de uma Lei é um freio ao ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas fazendo assim com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes. (PERRET, 2013)

Considerando a Teoria dos Três Poderes, cuja finalidade é impedir o abuso cometido por um poder para com o outro, o que viria a ser o ativismo judicial? Quais são suas consequências? Ao adentrar nesse assunto, faz-se necessário diferenciar judicialização e ativismo judicial. Segundo Barroso, a judicialização e o ativismo judicial são primos; eles vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não possuem as mesmas origens. “A judicialização, no contexto brasileiro, é

14 - Para PERRET, Montesquieu e a Divisão dos Poderes (Sistema de Freios e Contrapesos), 2013: cria-se a ideia de que só o poder controla o poder, por isso, o sistema de freios e contrapesos, em que cada poder é autônomo e deve exercer determinada função, porém, este poder deve ser controlado pelos outros poderes, sendo então independentes e harmônicos entre si.

um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo [...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2012, p.25). Objetivando inteirar a compreensão em torno do assunto, Streck expõe que:

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. (STRECK, 2016)

Segundo Streck (2016), a judicialização está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição, enquanto o ativismo liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização, sendo que nessa decisão a vontade do julgador substitui o debate político. Ainda em consonância com o mesmo autor, “[...] decisões *contra legem* são ativistas, pois o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar do constituinte e/ou legislador ordinário” (STRECK, 2016). Pode-se dizer também que “[...] é ativista decisão que confunde explicitamente os conceitos de texto e norma, remetendo o direito aos cânones formalistas.” (STRECK, 2016)

Para Barroso (2012), o ativismo judicial traz consigo alguns riscos, quais sejam, o risco para legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário. Risco à legitimidade democrática, pois “[...] a importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo” (BARROSO, 2012, p.28). Citando Sarmiento, o autor expõe que a lei não pode ser ubíqua.<sup>15</sup> Dessa forma:

Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2012, p.28-9)

Outro risco é a politização indevida da justiça, pois, segundo Barroso (2012), uma decisão jamais será política consistindo em livre escolha e discricionariedade plena e, mesmo que comporte mais de uma solução, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, à luz dos elementos do caso em tela. Noveck, citando Barroso, expõe ainda que “[...] o dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação” (NOVECK, 2008, p. 420 apud BARROSO). Além disso, Barroso afirma que o direito não é política, de modo que não sejam admitidas escolhas livres, tendenciosas e partidarizadas, evidenciando também que:

15 - Nesse sentido, a lei não deve ser invocada para tolher a atuação do legislador, mesmo esta se fazendo sempre presente em alguma medida.

Os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação [...] Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. (BARROSO, 2012, p. 31)

No tocante ao risco dos limites da capacidade do Judiciário, Barroso leciona que, em caso de divergência na interpretação de normas constitucionais ou legais, é o Judiciário quem dá a palavra final. Contudo, o mesmo autor expõe que isso não significa que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal, pois segundo esse doutrinador, deve-se levar em conta a capacidade institucional – sendo esta a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria – e o chamado risco de efeitos sistêmicos, eis que, de acordo com Barroso, os juízes são preparados para aplicar a microjustiça, mas nem sempre dispõem das informações, de tempo e até mesmo de conhecimento para analisar o impacto de suas decisões, proferidas em processos individuais, sobre uma realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de serviços públicos. Tais decisões põem em risco a continuidade de políticas públicas, a organização da atividade administrativa e, ainda, a alocação de recursos públicos. Para Barroso, um exemplo explícito disso é o setor de saúde, em que, “[...] ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias” (BARROSO, 2012, p. 30).

Pode-se adicionar mais uma consequência decorrente do ativismo judicial: trata-se, na visão de Streck, da criação do “cidadão de segunda classe”,<sup>16</sup> que é aquele que se dirige diretamente ao Judiciário para buscar o que o Estado não fornece a todos. Dessa forma, “o Judiciário tem se tornado o último paladino, com certa margem de idoneidade, em que a sociedade já exausta de escândalos e corrupção, pode se socorrer” (RECK; VICENTE, 2012, p. 130). Nessa linha, observa-se “[...] a crescente demanda no Judiciário, acerca de questões que os poderes Legislativo e Executivo deveriam ponderar e resolver” (RECK; VICENTE, 2012, p. 129), levando ao acúmulo de processos que alimenta a superlotação do Judiciário, o qual nunca está com “fome”, mas sempre tem um espaço para mais demandas.

#### 4. O INTERESSE DO EXECUTIVO: ATIVISMO, O FIM JUSTIFICA OS MEIOS

O conhecimento de tudo o que foi exposto desemboca neste tópico. Em vista disso, fez-se necessário demonstrar as dificuldades da origem dos direitos fundamentais, a classificação des-

16 - O termo “cidadão de segunda classe” foi-me explicado por Streck em resposta a um e-mail que lhe enviei, ocasião em que me foram dadas explicações sobre o ativismo e suas consequências e, ainda, sobre o interesse do Estado perante este.

tes e destacar os direitos sociais, os quais são impactados pelas políticas públicas, que, em geral, são negligenciadas pelos detentores da representatividade do Executivo e Legislativo, gerando omissões que incentivam o ativismo judicial. Ao se defender do ativismo, o Executivo reputa a tal ação a afronta ao princípio da separação dos poderes e até mesmo à apropriação de poder, porém, mantém uma postura que incentiva a continuidade dessa “condenada” ação, constituindo, assim, um paradoxo, o que faz, na relação de poderes – Executivo-Judiciário –, o ativismo parecer usurpação. Maquiavel, em sua obra *O Príncipe*, expõe o jogo de poderes, em que não se faz relevante a moral ou a justiça, mas é de extrema importância parecer íntegro, piedoso, humano, fervoroso, entre outras características, pois “[...] os homens em geral julgam mais pelos olhos do que pelas mãos, porque a todos cabe ver mas poucos são capazes de sentir” (MAQUIAVEL, 1515, p. 105). Compare-se aqui a imagem do príncipe com a imagem do Poder Executivo brasileiro, para fins de que “[...] não é essencial possuir todas as qualidades acima mencionadas, mas é bem necessário parecer possuí-las” (MAQUIAVEL, 1515, p.104). Desse modo, para o Executivo, não é importante investir de forma eficaz em políticas públicas que abrangem a sociedade, mas se torna interessante parecer que a aplicação que é feita está gerando benefícios a todos, pois “[...] a natureza dos homens é aquela de obrigar-se tanto pelo benefícios que são feitos como por aqueles que se recebem” (MAQUIAVEL, 1515, p. 66-7). Exemplo disso é o ativismo incentivado pelo Executivo, em que este se utiliza da “bondade” do Judiciário em querer garantir e proteger os direitos fundamentais de segunda dimensão, promovendo tais direitos para aqueles que buscam o Judiciário e não a todos, como deveria ser. Ressalte-se o setor da saúde, no qual há um ativismo fortemente presente, estimulado pela omissão do Estado em assegurar um sistema de saúde eficaz, levando o cidadão a recorrer às vias judiciais. Em consequência da falta de investimento na rede de educação pública, eclodem inacabáveis demandas na justiça. Assim, com a superlotação judicial, o Executivo faz parecer que está em busca dos direitos da população, porém, a culpa é da morosidade dos trâmites processuais, uma vez que o “príncipe” deve “atribuir a outrem as coisas odiosas, reservando para si aquelas de graça” (MAQUIAVEL, 1515, p. 111). Sobre esse aspecto, cite-se Streck, que demonstra do seguinte modo o incentivo ao ativismo:

Pensem apenas no problema das aposentadorias rurais, por exemplo, cujos deferimentos são frutos de decisões, no mais das vezes, solipsistas, para usar um conceito que me é caro... Ou das liminares concedidas diuturnamente em face dos leilões ou mesmo determinando intervenções diretas nos orçamentos do Executivo (nas três esferas da federação). Lembrete: o site do Ministério da Saúde “ensina” como entrar em juízo contra a própria Viúva. Aqui, o próprio Executivo incentiva práticas ativistas (há estados como o Rio de Janeiro que fornecem até fraldas e xampu). (STRECK, 2013)

Destaque-se não só o comportamento do Executivo para com a sociedade, mas também o modo de se alcançar o governo. Em nosso país, governa aquele que tiver maiores incentivos financeiros em suas campanhas eleitorais e consigo tiver maior quantidade de “atores” políticos apoiando e propagandeando-as. A esse respeito, Maquiavel prevê que:

Aqueles que somente por fortuna se tornam de privados em príncipes, com pouca fadiga assim se transformam, mas só com muito esforço assim se mantêm: não encontram nenhuma dificuldade pelo caminho porque atingem o posto a voo; mas toda sorte de dificuldades nasce depois que aí estão. São aqueles aos quais é concedido um Estado, seja

por dinheiro, seja por graça do concedente [...] Estes estão simplesmente submetidos à vontade e à fortuna de quem lhes concedeu o Estado. (1515, p. 40)

Interprete-se o trecho transcrito acima, trazendo-o à nossa realidade, ou seja, os governantes que se alçam ao poder por meio de outras pessoas, no caso, atores políticos, estarão submetidos à vontade deles, pondo em “xeque” o desenvolvimento do Estado, devido a um governo submisso a interesses dos aliados, sendo descartadas todas e quaisquer políticas sociais que eventualmente sejam prejudiciais aos que o colocaram no poder. Não se desconsidera o fator democrático, por ser a representatividade popular que elege o candidato ao cargo pretendido, porém, há de se destacar que a democracia brasileira muito se resume ao sufrágio, pecando quando os candidatos estão empossados e exercendo as funções dos cargos representativos, pois não há – e, se houver, são de difícil acesso – os mecanismos para exercer a democracia em relação às políticas de desenvolvimento social, econômico e cultural. Assim, esse processo de desenvolvimento é permeado por relações persuasivas que albergam interesses individuais, fazendo com que, frequentemente, os ‘atores’ recorram:

[...] ao chamado “intercâmbio”, que significa a troca de favores, de apoios e até mesmo de benefícios, como dinheiro, cargos, bens, etc. Quando nem a persuasão nem o intercâmbio funcionam, há atores que se utilizam de ameaças. As ameaças podem se referir à imposição de danos ou prejuízos ou à suspensão de favores ou benefícios. (RUA, p. 07)

Apesar de tudo, pode-se dizer que os detentores dos cargos representativos brasileiros aprenderam ao menos um dos ensinamentos de Maquiavel: “[...] nas épocas convenientes do ano, distrair o povo com festas e espetáculos.” (MAQUIAVEL, 1515, p.134).

### 5. O EXCESSO DE ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE

Cabe fazer uma justa e necessária menção ao distinto Professor Oscar Vilhena Vieira, que soube abordar o ativismo no contexto do Supremo Tribunal Federal com uma precisão ímpar. O ativismo judicial envolve uma atuação proativa do Poder Judiciário para levar princípios e regras da Constituição a situações que não foram expressamente previstas pelo legislador. Trata-se de um modo adotado para comportar diversas situações surgidas e não positivadas na Carta Magna. A expressão ativismo judicial adquiriu nos últimos tempos uma conotação negativa de extrapolação do próprio papel pelo Judiciário. Na verdade, há situações que legitimam uma atuação mais expansiva de juízes e tribunais, ainda que excepcionalmente, com destaque para a promoção dos direitos fundamentais e a proteção das regras do jogo democrático.

Seja como for, a verdade é que o STF se move, como regra, pela autocontenção. Trata-se de algo já existente em outros tempos, quando aquela corte fora reconhecida pelo notável desempenho na produção jurisprudencial. Vários constitucionalistas atribuem o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Poder Judiciário como uma consequência natural da rigidez de uma constituição, como no caso do documento nacional.

Na lição do ilustre Professor Oscar Vilhena, em seu artigo “Supremocracia”, a hiperconstitucionalização da vida contemporânea é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa.<sup>16</sup> Por isso mesmo, pode-se dizer que o STF acabou por exercer e se tornar um tribunal de apelação ou de última instância judicial, atuando em milhares de processos resolvidos pelos tribunais inferiores em vários anos, o que em tese explica esse ativismo considerável sob o ponto de vista do volume de decisões.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta obra, foi conciliada a filosofia maquiavélica com a realidade do cenário jurídico-político brasileiro, o qual pode ser visto por vários ângulos e que se realçou melhor à referida filosofia.

Ao considerarmos a trajetória histórica dos direitos fundamentais e seu ponto de origem, vemos o quanto são importantes, devendo ser garantidos pelo Estado de forma eficaz, uma vez que várias nações em diversas épocas empenharam-se para conquistar cada direito inserido em cada dimensão. Logo, ao Executivo, Legislativo e ao Judiciário cabe a tarefa de observá-los, garanti-los e preservá-los, seja por meio de políticas públicas, seja elaborando novas leis ou por meio do controle de constitucionalidade. Julga-se, com base nisso, que aos poderes públicos é defeso se absterem da observância dos referidos direitos.

Os direitos sociais, ou direitos de segunda dimensão, destacados nesta obra por sua relevância, possuem uma relação intensa com as políticas públicas, cujas ações objetivam concretizar o disposto no texto constitucional. Contudo, as políticas públicas, em sua maioria, são negligenciadas, pois falta aos nossos administradores e legisladores a empatia, ver com os olhos da sociedade o que ela aspira e necessita. Empatia que o nosso Judiciário, mesmo de forma imparcial, às vezes extravagante e outras consideradas emotivas, atribui ao caso, de modo a gerar o ativismo. As bases político-administrativas nacionais são corruptas, desorganizadas, demasiadamente individuais e apáticas às pretensões sociais, sendo inaptas na proteção dos direitos fundamentais, valendo-se de um jogo de poder para se isentar das plausíveis responsabilidades. Como decorrência, a sociedade é levada a um caos instaurado por mera má gestão e por omissões sistemáticas dos poderes Legislativo e Executivo, encorajando a ação do Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais.

Integrando-se a filosofia da obra *O Príncipe* à realidade brasileira, expõe-se o modo de agir estratégico do Executivo e de se imputar ao Judiciário uma culpa exclusiva, a qual de fato é gerada pela omissão dos poderes Executivo e Legislativo, um em relação às políticas públicas e o outro ao legislar, criando um ambiente omissivo e propício ao ativismo, cabendo ao Judiciário suprir tais atos.

Ao focar nesta relação paradoxal, percebe-se que o Executivo se vale dos julgamentos dos casos concretos em que há omissões dos demais poderes para selecionar e promover políticas

16 - VIEIRA, Oscar Vilhena. *Revista Direito GV*, v. 4, nº 2, São Paulo – jul./dez. 2008. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-243220080002000005>. Acesso em: 3 nov. 18.

públicas não de modo a servir a toda a sociedade, mas somente aqueles que tiveram a sorte de se socorrerem no Judiciário, usando o ativismo como um meio de se autovitimar e isentar-se de sua responsabilidade. Essa postura, sabidamente, gera altas demandas judiciais e impacta na celeridade da justiça, semeando uma imagem negativa do Judiciário e retirando de si os holofotes da abrangência das políticas públicas ineficazes.

É certo que o ativismo não é vantajoso e traz consigo riscos à sociedade, quais sejam, risco à legitimidade democrática, politização indevida da justiça, limites da capacidade do Judiciário e até mesmo fomento à formação de “cidadãos de segunda classe”. Faz-se necessário promover meios eficazes para pressionar os detentores de representatividade a não permanecerem omissos, levando-os a não sobrecarregarem a justiça com questões que podem e devem ser resolvidas administrativa e legislativamente, pois o ativismo tem de ser igual à classe política brasileira, ou seja, excepcionalmente exercer sua função.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

BARROSO, Luís. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

FONSECA, Francisco. Dimensões críticas das políticas públicas. *Cad. EBAPE.BR*, v. 11, n. 3, artigo 5, Rio de Janeiro, Set./Nov. 2013. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/8862/10599>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

HÖFLING, Eloisa. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano XXI, nº 55, novembro/2001. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

LUSTOZA, Helton. *Eficiência e políticas públicas: necessidade de um planejamento governamental*. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/eficiencia-e-politicas-publicas-necessidade-de-um-planejamento-governamental-cboqgfbdktxis7uahi-f55bgwe>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Edição: Ridendo Castigat Mores. [Domínio Público]

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PERRET, Marcelo. *Montesquieu e a Divisão de Poderes (Sistema de Freios e Contrapesos)*. Disponível em <<http://www.lopesperret.com.br/2013/05/30/montesquieu-e-a-divisao-de-poderes-sistema-de-freios-e-contrapesos/>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

RECK, Janriê; VICENTE, Jacson. Ativismo judicial: uma forma de controle social?. *Revista Brasileira de Direito*, IMED, Vol. 8, nº 1, jan./jun. 2012. Disponível em <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/281/231>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

RUA, Maria. *Análise de Políticas Públicas: conceitos básicos*. Disponível em <[http://franciscoqueiroz.com.br/portal/phocadownload/gestao/rua%20maria%20\\_%20analisedepoliticaspUBLICAS.pdf](http://franciscoqueiroz.com.br/portal/phocadownload/gestao/rua%20maria%20_%20analisedepoliticaspUBLICAS.pdf)> Acesso em: 08 mar. 2017.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional Os dois lados da moeda*. Disponível em <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 09 mar. 2017.

STRECK, Lenio; MORAIS, José. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. *Observatório Constitucional: O que é isto, o ativismo judicial, em números?*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. *Senso Incomum: O Rubicão e os quatro ovos de condor: de novo, o que é ativismo?*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Revista Direito GV*, Vol. 4, nº 2, São Paulo, jul./dez. 2008. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-243220080002000005>>. Acesso em: 3 nov. 18.