

## 1 - INTRODUÇÃO

Um dos pontos de partida do presente estudo é a teoria da sociedade aberta dos interpretes constitucionais (HÄBERLE, 2002), proposta pelo jurista alemão Peter Häberle, um dos mais influentes doutrinadores do judiciário brasileiro, que defende que todos que leiam livremente a Constituição ou estejam sob a égide desta norma, são legítimos interpretes destas normas.

Em decorrência do amplo acesso à informação que a evolução tecnológica vem provocando, inclusive quanto aos meios de veiculação de notícias e informações, onde as redes sociais, como Instagram e WhatsApp vêm ganhando muita força, devido ao amplo acesso, a população vem tomando conhecimento acerca dos seus direitos. E, conseqüentemente, vem notando que os poderes públicos vêm atuando de maneira omissa quando da sua efetivação, de tal modo que aqueles direitos ficam apenas no plano do abstrato.

Destarte, o direito fundamental ao acesso à justiça, vem sendo fortemente difundido e utilizado por estes cidadãos, objetivando, com isso, que o Poder Judiciário dê concretude àquelas previsões normativas.

É fato notório que o nosso Judiciário vem recebendo cada vez mais demandas para serem solucionadas, uma clara consequência desses dois pontos acima enunciados. Ademais, tendo um maior conhecimento acerca de seus direitos em decorrência do maior acesso à informação que as redes sociais proporcionam, sendo, ainda, interpretes constitucionais, seguindo a teoria de Häberle (2002), surge a legítima expectativa de que aqueles direitos lhes serão garantidos pela atuação daquele Poder Constituído.

O Poder Judiciário, nessa perspectiva, vem se transformando na última trincheira de defesa dos direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2012), no sentido de que as demandas só são postas sob a sua análise quando da sua negativa de direitos pela Administração Pública em todas as outras esferas possíveis, ademais, caso aqueles direitos não sejam ali resguardados, não há mais a quem o cidadão possa se socorrer. Trata-se da última ferramenta de defesa daqueles direitos.

Ainda nesse sentido, onde o cidadão já enxerga a Administração Pública com desesperança, face as reiteradas negativas de efetivação de seus direitos mais básicos, como a saúde, podemos perceber que as decisões proferidas pelos magistrados têm o condão de legitimar ou não aquele Poder, como bem aponta o professor (FARIA, 2002), evidenciando, ainda, que diante da negativa de efetivação dos direitos por parte do

Judiciário, outros meios de resolução dos conflitos vem sendo cada vez mais buscados pelos cidadãos, que não a guarida jurisdicional.

Em verdade, a atividade do magistrado que o cidadão espera e que é aquela que entendemos ser a mais adequada no nosso ordenamento, em especial diante da indicação de que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, uma postura ativa, no sentido de que dá efetividade àqueles direitos fundamentais, ainda que diante da suposta lacuna da lei, o chamado ativismo judicial, sofre várias críticas por parte da doutrina e jurisprudência. Tentaremos, neste breve trabalho, tecer alguns comentários acerca das críticas que achamos mais importantes acerca deste instituto, buscando, ao fim, indicar o motivo pelo qual delas discordamos.

Nessa senda, três pontos de crítica serão aqui debatidos: I) a suposta existência de lacuna legislativa em relação à complementariedade dos direitos fundamentais; II) a separação dos poderes, e; III) a postura ativa do magistrado diante de casos de lacuna legislativa.

O presente trabalho foi elaborado com base em uma pesquisa qualitativa, tendo como método de abordagem o dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método de procedimento monográfico, tendo como objetivo geral indicar a necessária atuação efetivadora do Poder Judiciário com o fito de garantir a real eficiência dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. A importância da problemática reside na barreira que a teoria da separação dos poderes vem criando no sentido de efetivar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

## **2.1. - DA LACUNA LEGISLATIVA EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **2.1.1. – DO CONSTITUCIONALISMO PÓS SEGUNDA GRANDE GUERRA**

*Ab initio*, se faz medida necessária, para entendermos a previsão constitucional destes direitos e suas consequências, fazer breve referência ao movimento constitucionalista pós Segunda Guerra Mundial, tendo em vista que o constitucionalismo passa a ser marcado por uma nova ótica neste período, ótica essa que influenciou fortemente o nosso constituinte originário, como será demonstrado nas linhas que seguem.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, e o conhecimento das atrocidades cometidas pelo regime nazista, os ordenamentos jurídicos perceberam que não vinha sendo dada a atenção necessária ao tratamento da dignidade da pessoa humana. Assim, a referida questão passa a ser a pedra basilar e fundamento de vários ordenamentos jurídicos a partir daquele momento.

Ademais, buscando garantir a efetividade das normas constitucionais, e baseada nas preciosas lições de Konrad Hesse (1991), os ordenamentos jurídicos passam a reconhecer o caráter normativo das normas constitucionais, deixando de ser mera norma programática ou simples programas para o futuro.

Neste passo, do reconhecimento das matérias da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais como conteúdos materialmente constitucionais – indicação que, em verdade já havia sido apresentada no artigo 16<sup>1</sup> da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 -, as previsões dos rols de direitos fundamentais passam a ocupar a parte inicial das Cartas Constitucionais. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, pg. 79), a disposição destes direitos antes da chamada parte orgânica – que versa sobre a estrutura e organização do Estado e dos Poderes - por si só é uma maneira de dar privilégio a estas previsões.

Seguindo a lógica enunciado pelo jurista supracitado, ao elencar as normas de direitos fundamentais em momento anterior às normas que estabelecem a organização do Estado, o constituinte originário pretende deixar claro que o Estado existe em função da dignidade da pessoa humana, assim, a sua atuação, para que seja condizente com o ordenamento jurídico, deve ser interpretada de acordo com aquele rol anteriormente exposto.

Em outras palavras, o referido autor estabelece o efeito irradiante dos direitos fundamentais, segundo o qual, todas as normas devem ser alcançadas e interpretadas visando a máxima efetivação daqueles direitos.

Como dito anteriormente a Constituição brasileira de 1988 foi influenciada fortemente por este movimento constitucional. Exemplo claro da sintonia da Assembleia Constituinte com o movimento constitucional, é o estabelecimento, no artigo 1º da nossa Constituição de que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República.

---

<sup>1</sup> Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Influência esta que pode ser notada, ainda, pela leitura dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no artigo 3º deste diploma.

Soma-se a essas previsões o fato de que o artigo 5º da Carta prevê expressamente um extenso rol de direitos fundamentais.

### **2.1.2 - DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Como as questões em que se argui a existência de uma lacuna legislativa para a efetivação dos direitos fundamentais está estritamente ligada aos direitos sociais, tema ora abordado, imperioso tecermos alguns comentários acerca da caracterização das dimensões dos direitos fundamentais, nos detendo, logicamente, apenas as diferenciações entre a primeira e segunda dimensão, que são conceitos importantes para o desenvolvimento da abordagem.

Buscando afastar a falsa impressão de que existe uma substituição dos direitos previstos em uma dimensão pelos previstos na subsequente, conforme crítica apontada quanto a utilização do vocábulo *gerações*, utilizaremos, neste artigo, a nomenclatura de dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são decorrentes da teoria liberal-burguesa de séculos passados, onde exige-se do Estado que não interfira nas relações dos administrados. Assim, caracterizam-se como direitos de cunho negativo, onde se exige do Estado um não fazer, uma abstenção.

Reconhecendo que a mera previsão de liberdades era medida insuficiente para que fosse garantido o acesso igualitário aos bens juridicamente protegidos, as Constituições passam a prevêê, como medida necessária para possibilitar a efetivação daqueles direitos da primeira dimensão, que o Estado preste determinados serviços de maneira direta, buscando, com isso, garantir o pleno desenvolvimento e gozo dos demais direitos por parte dos cidadãos. Destarte, estes direitos exigem uma postura ativa do Estado, como bem estabelece o professor Ingo Wolfgang Sarlet “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.” (SARLET, 2009), o Estado passa de uma função de proteção e repressão para uma natureza essencialmente promocional (CUNHA JÚNIOR, 2011).

Nessa mesma linha de inteligência é o que nos ensina o professor José Eduardo Faria (FARIA, 2002, pg. 63).

*Se no Estado liberal as leis tinham por finalidade básica definir as “regras do jogo” no Estado-Providência as normas de caráter “social” são especialmente concebidas para modificar os resultados desse jogo, alterando implicitamente as regras.*

Resta nítida a importância da efetivação destes direitos, uma vez que só após a sua realização é que é permitido às pessoas em condições financeiras menos abastadas a ter, ainda que de maneira incipiente, condições de alcançar as liberdades e igualdades estabelecidas por meio dos direitos da primeira dimensão.

### **2.1.3 - DA SUPOSTA LACUNA LEGISLATIVA**

Muitas das normas constitucionais que estabelecem os direitos sociais – direitos fundamentais de segunda dimensão -, se apresentam com estrutura de normas programáticas, ou seja, teriam caráter de meta, de modo que se permite que seja arguida, em especial pela Administração Pública, que resta afastada, a normatividade que se espera da regra constitucional. Segundo essa lógica, as normas programáticas, para tornarem-se exequíveis devem ser complementadas pelo legislador infraconstitucional.

Seguindo a lógica desta tese, o poder público vem justificando a não efetividade destes direitos no mundo fático, ou, ainda, a mínima efetividade, pondo, assim, o silêncio dos Poderes Constituídos acima da expressa vontade da Constituição.

Não é novidade que os direitos fundamentais da segunda dimensão, são prestados de maneira falha ou até mesmo não prestados. Exemplo corriqueiro do dia-a-dia brasileiro, é o péssimo serviço de saúde do nosso país. Quanto à saúde é de conhecimento de todos as enormes filas para atendimento em hospitais, bem como o fato de que não raro alguns dos seus usuários morrem nas filas antes mesmo de serem atendidos, ou, ainda, a negativa de fornecimento de determinados medicamentos necessários para tratamentos mais específicos.

A justificativa para a negativa de cobertura destes direitos, por muitas vezes, é a referência ao princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a Administração Pública só tem o poder-dever de agir quando expressamente ordenado por lei. Daí o surgimento das referidas lacunas legislativas.

Como restará evidenciado, aceitarmos essas justificativas viola diretamente a nossa Constituição, bem como efetiva uma inversão na hierarquia normativa do sistema jurídico.

### **2.1.4 - DA APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS E GARANTIAS DEFINIDOS NA CONSTITUIÇÃO – ART. 5, §1º DA CONSTITUIÇÃO**

O constituinte originário, seguindo todo o movimento constitucional, baseado na melhor doutrina e, ainda, com base no primado da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, aliado à tese da força normativa da constituição de Hesse, para não deixar margem de dúvida acerca da normatividade dos enunciados normativos constitucionais, em especial aqueles referentes aos direitos fundamentais, estabelece, no artigo 5º, §1º da nossa Constituição, que *“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*.

De maneira clara como a luz solar, a nossa Carta estabelece que a norma definidora de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata independentemente de norma que o complemente, devendo a sua interpretação, conforme defendido por Hesse (1991, pg. 22), *“(…) está submetida ao princípio da ótima concretização da norma”*. Em outros termos, a norma deve ser interpretada buscando maximizar a sua efetivação.

Evidenciando a desnecessidade de complementação por legislação infraconstitucional, Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, 2012, pg. 662) fazendo referência a nossa Assembleia Nacional Constituinte expõe:

*“De feito, no seio da Assembleia Nacional Constituinte, quando apresentada a proposta de emenda que culminou com a redação final do art. 5º, § 1º, da CF, e durante a votação em plenário, sustentou o Presidente da Assembleia, Deputado Ulysses Guimarães, ao explicar o sentido da referida emenda, que ela, verdadeiramente, “(…) objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposta”.*

Consequentemente, a referida lacuna legislativa infraconstitucional não pode e não deve servir para negar a normatividade e a efetividade das previsões constitucionais, em especial as normas que estabelecem direitos fundamentais, sendo que a própria razão de ser do Estado é a sua efetivação.

Se são as normas constitucionais que dão lastro de existência para as leis infraconstitucionais de complementação, não há que se falar que essas mesmas leis, ou mais absurdamente ainda, a sua ausência, serem utilizadas como óbices para a efetivação das previsões contidas nas normas que lhes garante a existência. Tal aplicação é o exato oposto do que o ordenamento jurídico defende.

A aplicação do entendimento segundo o qual aqueles direitos não seriam efetivados por falta de complementação legislativa, daria maior preponderância para o Poder Legislativo em detrimento do próprio Poder Constituinte originário. Ou seja, haveria a supremacia dos poderes constituídos sob o Poder Constituinte, de tal forma que

a própria constituição deixaria de encontrar-se no ápice da nossa pirâmide normativa e voltaria a ser o pedaço de papel de Lassalle.

E é justamente por causa desta falha da prestação dos serviços públicos e efetivação dos direitos dos cidadãos, como dito na parte introdutória deste artigo, que estes, cada vez mais, vêm buscando a tutela jurisdicional.

## **2.2 – DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Um dos temas centrais para a análise da temática pretendida, visto que este é um dos pontos onde o dito ativismo judicial sofre as mais ferrenhas críticas, é quanto à separação dos poderes.

Isso porque, muitos dos críticos alegam que a postura ativista do juiz acarreta na sua invasão na função legislativa, vez que, ao efetivar os direitos sociais que supostamente careciam de lei que o complementasse, o juiz estaria realizando esta normatização em substituição ao Poder Legislativo.

A referida crítica, muitas vezes aceita em nosso ordenamento, trata-se de uma interpretação, ao nosso ver, muito rígida do princípio da separação dos poderes. E essa interpretação precisa ser revista para ser adaptada aos tempos atuais, conforme defendido pelo alemão que Andreas J. Krell (KRELL, 2002, pg. 88), que expõe:

*“Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.”*

A separação dos poderes não é recente no mundo jurídico, tendo sido analisada inicialmente por Locke ainda no século XVII, mas ganhando maior destaque pela obra de Montesquieu, que cria o modelo mais aceito na atualidade na sua obra *Do espírito das leis*, que data, por sua vez de 1748, isto é, mais de dois séculos e meio atrás.

A obra de Montesquieu é anterior à própria revolução francesa. Disso podemos supor que as ideias ali expostas necessitam ser reanalisadas e adaptadas à realidade da contemporaneidade.

Em uma síntese apertada, a ideia central da teoria é de não deixar nas mãos de uma única pessoa as tarefas de legislar, julgar e administrar, buscando evitar o abuso do poder que tanto marcou antigo regime.

Fato é que a teoria já vem, aos poucos, sendo revista e adaptada para se adequar às novas sociedades contemporâneas. Nesse sentido, cumpre destacar os ensinamentos do constitucionalista baiano (CUNHA JÚNIOR, 2011, pg. 3-4):

*“Atualmente, entre nós, a separação de Poderes se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder político. Isso significa que, não obstante a independência orgânica – no sentido de não haver entre eles qualquer relação de subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções –, a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há “interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.*”

Esse sistema de interferência recíprocas é a fórmula dos *checks and balances*, que foi apontada pelo próprio Montesquieu. Existem vários exemplos de controle mútuo sendo o principal deles o controle de constitucionalidade e legalidade dos atos dos poderes constituídos.

Percebe-se que na realidade o princípio da separação dos poderes não estabelece a exclusividade no exercício das funções de cada Poder, mas sim a sua predominância no exercício dessas funções.

Nessa senda, cada poder tem suas funções típicas, que são aqueles referentes ao Poder em si, mas estes Poderes exercem, em determinadas situações, funções atípicas de maneira subsidiária, que seriam as funções de predominância de um outro Poder. Exemplo claro desse exercício atípico das funções é a edição de medidas provisórias, que é um ato normativo por excelência, mas que é praticado pelo chefe do Poder Executivo por meio da edição de Medidas Provisórias.

Caso não fosse possível o exercício dessas funções atípicas por parte dos Poderes, a Administração Pública acabaria congelada devido às grandes necessidades burocráticas da exigência de uma total separação de poderes. Como por exemplo tempo e as verbas dispendidas para a elaboração dos regimentos de cada órgão público caso fosse necessário que apenas o Poder Legislativo exercesse a função normativa.

Em verdade, caso as funções fossem exclusivas de cada Poder, estaria havendo uma concentração de um poder específico nas mãos de poucos. O que seria ainda pior se considerássemos que os Poderes não pudessem realizar controles mútuos.

Como fica evidente na situação analisada neste artigo, onde o Poder Legislativo acaba realizando abuso de poder, vez que permanece omissivo quanto a edição das normas complementares daqueles direitos constitucionais. Ou seja, a busca pela ilegitimidade do

Judiciário quanto a efetivação destes direitos beneficia a torpeza do Legislativo em permanecer silente, quando devia editar as normas complementares.

Nesse sentido:

*“A separação absoluta entre os Poderes não é só impossível – haja vista a unidade do Poder político e a tarefa comum a todos – mas também indesejada, de tal modo que distante de uma separação de Poderes, o que se tem, deveras, é uma verdadeira coordenação ou colaboração ou co-participação entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro, que a conserva sua, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em conseqüência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum.” (CUNHA JÚNIOR, 2011, pg. 5)*

E segue: “Uma doutrina separacionista, que pregue uma divisão absoluta e rígida das funções estatais, por certo não atingirá a plenitude de seus fins.”

Devemos entender a separação dos poderes como um meio a propiciar não uma separação rígida, mas sim uma coordenação/cooperação, para que de alguma maneira, seja potencializada a eficácia destes Poderes.

Outra crítica que se faz à postura efetivadora aqui analisada, é quanto a sua suposta afronta à democracia. Crítica essa, que como se verá nas linhas que seguem, não deve prosperar.

Os opositores do dito ativismo judicial que fazem uso desta crítica, alegam que o Poder Judiciário é um Poder meramente técnico, enquanto que os Poderes Legislativo e Executivo seriam Poderes democráticos por excelência. Isto porque, diferente destes Poderes, os magistrados têm acesso ao cargo mediante concurso público, e não por meio do voto, que é expressão última da vontade popular.

Nessa linha de raciocínio, estes críticos alegam que, devido ao caráter democrático da edição das leis – tarefa do Legislativo – não caberia aos magistrados substituí-los mesmo diante das lacunas pela omissão deste Poder, pois, não teriam a legitimidade democrática para tanto.

Neste ponto, devemos abordar a magnânima tese defendida pelo jurista Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2004). A ideia central desta obra, é a de que os direitos fundamentais se tratam de um meio de defesa das minorias contra as imposições da maioria. É dizer, o espaço que estes direitos garantem é uma esfera de proteção sobre a qual as maiorias não podem interferir no sentido de lesá-los, seja pela sua negação ou pela sua má prestação.

Deixando evidente este entendimento, o referido autor nos expõe:

*“Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la satisfacción de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, foman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.”(FERRAJOLI, 2004, pg. 24)*

Em outra parte da mesma obra, o autor segue: “Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar com su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas.”

Nesse mesmo sentido é que John Rawls nos evidencia, ao elaborar as bases para a sua tese de justiça como equidade (RAWLS, 2016, pg. 4) que:

*“Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. (...) Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais.”*

Nesta linha de raciocínio, então, não há que se falar em falta de legitimidade democrática do Judiciário, vez que, ainda que a postura de colmatar a lacuna seja em sua excelência guardada ao Poder Legislativo, a atuação do magistrado se dá na busca da efetivação da Constituição, que é a maior expressão democrática do ordenamento.

## **2.3 - A POSTURA ATIVA DO MAGISTRADO DIANTE DE CASOS DE LACUNA LEGISLATIVA**

Antes da análise acerca da postura ativa do magistrado quando enfrenta casos onde ocorre a referida lacuna legislativa, cumpre tecer alguns comentários acerca da judicialização da política e da politização do judiciário.

### **2.3.1 - DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Ao constituinte originário alçar a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos, cidadania e o bem-estar social, como objetivos e fundamentos da República, a Constituição brasileira torna jurídica as matérias anteriormente tidas como apenas da seara política. “Nesse passo, as Constituições contemporâneas acabaram por regular o próprio fenômeno político, estabelecendo as prioridades políticas do Estado e vinculando os programas estatais à consolidação daqueles valores.”(CUNHA JÚNIOR, 2011).

Esse movimento da judicialização da política não é tão recente no mundo jurídico. Desde o início do século passado com as constituições do México e da Alemanha, em especial devido ao fato de preverem direitos de cunho social, existe uma crescente judicialização das questões sociais. As constituições vêm passando a incorporar nos textos objetivos e diretrizes políticas, o que acaba tornando estas também como questões jurídicas, já que presentes na norma de maior hierarquia daqueles ordenamentos. Assim, quando não são regularmente cumpridas, existe a possibilidade do controle jurisdicional.

Isto é, a própria Constituição, ao prevê juridicamente estes direitos, que, como vistos anteriormente, tem força normativa e aplicabilidade imediata, dá permissão ao Judiciário de atuar na esfera política sempre que a efetivação daqueles direitos constitucionalmente previstos, estejam sendo prestados de maneira falha ou omissa, é dizer, quando prestados de maneira insatisfatória, ou quando não prestados. É justamente nesse sentido que ocorre a judicialização da política.

O Judiciário passa a ser mais um dos responsáveis pela real efetivação dos direitos sociais e das políticas públicas, uma vez que, caso o Poder Público silente nesse sentido, o cidadão pode recorrer à última trincheira dos direitos fundamentais pelo respeito à Constituição e à expressa vontade popular ali expressa. Apesar de não lhe ser atribuída a função de criar as políticas públicas, lhe cabe impor a execução adequada daquelas constitucionalmente impostas (CUNHA JÚNIOR, 2011). Assim, o Judiciário, provocado adequadamente, pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas (LOPES, 2002).

Urge destacar que a politização da justiça é uma via de mão dupla, assim, para que a tarefa do judiciário seja executada da maneira devida, é necessária, também, a permissão da politização da justiça.

Acerca da politização do magistrado, cumpre fazer breve citação do professor italiano Capelletti (CAPPELLETTI, 1993, pg. 33):

*“não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.”*

Como é cediço, a lei deve ser adequada à sociedade para a qual se dirige. Para evidenciar esta teoria, podemos nos aproveitar de parte da citação feita, ainda no item 2.1,

pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet, que expõe “(...)é o Estado que existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado;”. Dessa breve citação, podemos inferir que o Estado, e daí, também, todas as leis que edita para regular os indivíduos baixo sua imperatividade, devem existir em função da sociedade. É dizer, o meio social, cultural, econômico, etc. de uma sociedade, condiciona o legislador daquele Estado.

Esta mesma ideia nos é passada quando dos estudos comparados das normas de outros países ou de outros períodos da história. Que devemos sempre fazer uma análise em conjunto do cenário social da sociedade em que aquela lei foi editada.

A própria interpretação que é dada pela sociedade às leis que se busque examinar tem papel fundamental. É nesse sentido que a obra A invenção dos direitos humanos (HUNT, 2009) nos traz a crítica à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de autoria de Thomas Jefferson, um senhor de escravos, que estabelece: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”.

A nível de crítica, talvez tenha restado faltante ao fim da referida enunciação – da Declaração de Independência -, tal como nota Benjamin, no obra A revolução dos bichos(ORWELL, 2021), que “alguns animais são mais iguais do que outros.”

Fica nítido, então, a necessidade de a norma ser condizente com a sociedade para a qual se dirige. Devendo, para tanto, ser levada em consideração todo o cenário social daquela comunidade.

Por conseguinte, nos parece estranho e dessoante que se exija do magistrado, um dos cidadãos para quem as normas se dirige e pertencente daquela comunidade, que no momento da atuação se destaque daquela sociedade e leve em consideração tão somente a literalidade dos enunciados normativos, agindo como a boca da lei, despido de qualquer sentimento.

Se o meio social e cultural é fundamental para a edição de uma lei, como se pode exigir que deles se afaste o magistrado justamente no momento último da lei, que é a sua aplicação? Ao nosso ver, tal afastamento pode ocasionar julgados onde os direitos, em vez de defendidos pelo Judiciário, seja dado o selo de licitude em situações de inefetividade dos direitos constitucionais. Fica evidente, assim, a necessidade inconcussa da politização do juiz, evitando, assim, que o Judiciário se torne socialmente alienado (FARIA, 2002).

Para entendermos a necessidade do reconhecimento desta postura ativa do Judiciário, se faz necessário uma breve análise das opções que os cidadãos tem para buscar a satisfação de seus direitos. Neste sentido, se destacam a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção.

Por ter clareza solar quanto ao ponto que aqui se pretende criticar, urge citarmos parte da decisão do Relator Ministro Celso de Mello na ADIn nº. 1458-7-DF:

*“A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o Poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.*

*Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º), a prerrogativa de expedir provimento normativo com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. (...)”.*

A crítica ao mandado de injunção diz respeito não às consequências jurídicas que esse remédio constitucional tem, mas sim à demora e abstração de seu julgamento. Porém, de fato, o seu julgamento dá efetividade àqueles direitos ali exposto, vez que o Judiciário atua como legislador ativo (CUNHA JÚNIOR, 2011) ao editar norma, ou estabelecer a aplicação de norma similar àqueles casos abstratos.

Nota-se, assim, que já existe previsão constitucional permitindo o Judiciário a agir como legislador ativo, porém, apenas em casos abstratos, e por meio da propositura do mandado de injunção.

A própria interpretação jurisdicional, fixando o sentido e alcance de uma lei na sua aplicação ao caso concreto sempre implica em um poder normativo não muito distinto do próprio ato de legislar (FARIA, 2002), isto porque, ao determinar a consequência jurídica de maneira específica, o magistrado elabora uma espécie de lei concreta, aplicável apenas àquele caso.

Diante dessas possibilidades de atuação, que não a postura efetivadora os direitos fundamentais, em especial os de segunda dimensão, permanecem inefetivos.

Neste ponto, se faz necessária a citação de parte da obra do jurista italiano Ferrajoli (FERRAJOLI, 2004, pg. 63), que, falando acerca da ausência de garantias face as lacunas legislativas, estabelece: “(...) la ausencia de garantias debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar(...)”

Assim, a postura efetivadora do magistrado, mais que uma possibilidade, é uma necessidade que a sociedade clama.

Por fim, devemos salientar a possibilidade de atuação do magistrado que é conferida por meio do artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, recepcionada no nosso ordenamento, tendo sido promulgada por meio do Decreto No 678, de 6 de novembro de 1992:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Por meio dessa previsão, recepcionada pelo ordenamento brasileiro, é dado ao Judiciário (medida de outra natureza, que não a legislativa) a possibilidade de atuar quando o exercício dos direitos fundamentais não estiver garantido.

#### **4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Partindo de uma perspectiva binária, no sentido de que se uma opção não é válida, a sua oposta teria esta caracterização – lícito e ilícito, constitucional e inconstitucional, etc. -, podemos notar que, a opção segundo a qual o magistrado deve agir a partir de uma postura passiva, no sentido de não buscar suprir a lacuna legislativa infraconstitucional, ou seja, o juiz como a boca da lei, aquela decisão irá ferir de morte a carta constitucional em dois aspectos: tanto quanto a omissão legislativa que poderá perdurar, quanto ao reconhecimento do direito ali estabelecido, que continua inefetivo.

Assim, mais uma vez resta a dúvida, qual seria, então, a postura esperada do magistrado quando do julgamento de tais casos?

Ao nosso ver, fazendo uso do entendimento doutrinário aqui exposto, a melhor maneira de efetivar e respeitar a nossa Constituição, fazendo valer a vontade da Constituição (HESSE, 1991), é permitindo que o magistrado aja com uma postura de defensor e efetivador daquelas normas, podendo, quando necessário, suprir as lacunas legislativas infraconstitucionais. Caso contrário, como pudemos notar acerca das possibilidades que têm em a omissão inconstitucional irá permanecer, restando, os cidadãos, a mercê dos Poderes Legislativo e Executivo, sem meios de buscar essa, que não a paciência.

Ademais, não podemos olvidar que por meio da recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, houve a inovação no nosso ordenamento jurídico com a previsão da possibilidade do Judiciário adotar medidas visando a efetividade dos direitos fundamentais quando estes não estiverem garantidos. Como dito anteriormente, a falta de regulamentação por parte da atividade legislativa, afasta a garantia destes direitos, fazendo nascer, assim, a possibilidade da atuação do Judiciário no sentido de efetivar aqueles direitos.

## **REFERÊNCIAS**

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CUNHA JÚNIOR, D. DA. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, v. 5, p. 23–38, 2011.

CUNHA JÚNIOR, D. DA. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador - BA: Editora JusPodivm, 2012.

FARIA, J. E. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo – SP: Editora Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, L. **Derechos y Garantías La ley del más débil**. Madrid: Editora Trotta, 2004.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre – RS: RS. Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUNT, L. **A invenção dos direitos humanos; uma história**. [s.l.] Companhia das Letras, 2009.

KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOPES, J. R. DE L. Direito subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo – SP: Editora Malheiros, 2002. p. 113–143.

ORWELL, G. **A revolução dos bichos**. Jandira - SP: Principis, 2021.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 4ª ed. São Paulo – SP: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais; Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre – RS: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2017.