



DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL NO BRASIL: PODERES REPRESENTATIVOS INEFICIENTES E A REAÇÃO AO PROTAGONISMO JUDICIAL

Paulo de Tarso Brandão¹

Tuane Santanatto Nascimento Santos²

Katherine Michelle Batalha Costa³

Resumo

O presente artigo científico tem como objeto de estudo a prestação funcional ineficiente do Poder Legislativo e a sua reação ao suprimento judicial. Esta pesquisa analisou casos reais, nos quais o Poder Judiciário precisou se manifestar para garantir justiça social e o respeito aos direitos humanos diante de omissão e descumprimento de direitos fundamentais, situação que resultou uma reação do Poder Legislativo ao que se intitulou como Protagonismo Judicial. A problemática diagnosticada diz respeito ao histórico de prestação legislativa ineficiente e associada a isso, a inefetiva prestação de políticas e serviços públicos que repercutem na necessidade de o Poder Judiciário garantir a concretização e efetividade de direitos fundamentais, fato que robusteceu o Protagonismo Judicial e ocasionou a atual desarmonia e a reação a essa atuação. No presente estudo foram utilizados o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento sociojurídico e a análise bibliográfica e jurisprudencial como técnica de pesquisa.

Palavras-chave: Políticas públicas; Direitos fundamentais; Protagonismo judicial; Ativismo judicial; Ineficiência.

Abstract

The present scientific article has as its object of study the inefficient functional provision of the Legislative Branch and its reaction to judicial supply. This research analyzed real cases, in which the Judiciary needed to speak out to guarantee social justice and respect for human rights in the face of omission and non-compliance with fundamental rights, a situation that resulted in a reaction from the Legislative Power to what was called Judicial Protagonism. The problem diagnosed concerns the history of inefficient legislative provision and associated with this, the ineffective provision of public policies and services that reflect on the need for the Judiciary to guarantee the

¹ Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina, graduado em Direito pela instituição Faculdades Integradas do Instituto Ritter dos Reis (1983), especialista em Processo pela Universidade Federal de Santa Catarina (1989), Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Pós-Doutorado em Direito - especialidade em Ciências Político-Jurídicas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2020). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA/PPGDIR).

² Graduada em Direito pela Universidade do Ceuma, Advogada, Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional, Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Legale, Membro da Comissão da Mulher da OAB-MA, Conciliadora e Mediadora Judicial pelo TJ-MA, Mestranda pela Universidade Federal do Maranhão.

³ Graduada em Direito pela Universidade CEUMA (2022), Pós-graduada em Advocacia Criminal, Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão e Advogada.





implementation and effectiveness of fundamental rights, a fact that strengthened Judicial Protagonism and led to the current disharmony and the reaction to this action. In the present study, the deductive approach method, the socio-legal procedure method and bibliographic and jurisprudential analysis were used as a research technique.

Key word: public policy; fundamental rights; Judicial protagonism; judicial activism; inefficiency.

1 INTRODUÇÃO

A busca por efetividade de direitos fundamentais não é recente, mas é relativamente nova a crise institucional que os Poderes da República vivem no Brasil. Há a necessidade de pesquisas sobre a crise institucional e a respeito da reação do Poder Legislativo, às decisões que visam concretizar direitos fundamentais e humanos por via judicial. O estudo do chamado Protagonismo Judicial está justificado pela atual conjuntura desarmoniosa que tensionou os Poderes da República e determinou o desequilíbrio entre eles.

A Constituição da República adotou uma perspectiva garantista em 1988, quando, por meio do legislador constituinte, estruturou suas bases normativas, valorativas e morais voltadas ao respeito e manutenção de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, como base para o bem estar social e como desiderato final da existência do Estado então fundado. Com isso, os Poderes, também criados pelo legislador originário, estão vinculados a concretiza-lo por via das atividades típicas que a eles foram atribuídas.

A tensão enunciada entre os Poderes se instaurou porque, em alguns momentos, algum dos Poderes não cumpriu adequadamente a obrigação constitucional de dar concretude a direitos que a Constituição, o documento fundante, elegeu como essenciais para a dinâmica social e a prestação jurisdicional, nos casos também constitucionalmente previstos, passou a ser alternativa para atender as necessidades da Sociedade.

A atividade Protagonista do Poder Judiciário, não se confunde com ativismo judicial, que é considerado lesivo ao sistema de justiça e, por via reflexa, ao jurisdicionado, por se tratar de decisões judiciais não amparadas pelo ordenamento jurídico, que são inadequadas ao sistema ou fundadas na exclusiva vontade do órgão julgador.

O ativismo judicial é um fenômeno negativo e não se confunde com Protagonismo Judicial, que é a atuação judicial autorizada pela norma ou pelo sistema constitucional, privilegiando a concretização de direitos e garantias constitucionais, como será estudado a seguir neste trabalho.



Feita a diferenciação acima entre os dois fenômenos, segue a análise apenas do Protagonismo Judicial e da reação do Poder Legislativo a ele, diante de ineficiência, intencional ou não, que obsta a justiça social.

A metodologia utilizada foi o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento sociojurídico e a análise bibliográfica e jurisprudencial como técnica de pesquisa.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES E JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS

Neste capítulo serão abordados temas relevantes para a temática desenvolvida, porque visam compreender a estruturação da separação dos Poderes e a relação com a judicialização das demandas sociais no Brasil, como um ponto chave para a compreensão da reação anteriormente enunciada.

Montesquieu (2000) chamou a atenção para o alto risco da concentração de poder em uma única pessoa. Essa centralização reuniria elementos inconciliáveis que cerceariam a liberdade dos administrados e haveria o temor de que o mesmo governante, monarca ou senado, criasse leis tirânicas para executá-las tiranicamente, circunstância em que não existiria uma correspondência entre povo e seu representante.

Ao enunciar a Teoria da Tripartição dos Poderes, Montesquieu (2000) demonstrou as bases necessárias para o funcionamento do Estado, fundado na separação funcional, que permite a cada Poder o exercício típico e atípico a ele atribuídos, funções estas que para Freixo (2014) são complexas e evoluem ao longo do tempo, contendo não apenas a execução funcional estrita, mas uma coordenação e cooperação entre os Poderes para a realização das funções típicas e atípicas, visando o bem-estar social (Ximenes, 2021).

A Constituição brasileira ao consagrar a tripartição dos Poderes em seu art. 2º e designar as funções correspondentes a cada um deles, ratifica o compromisso com a independência e harmonia, que impacta a democracia e a segurança social, que, por sua vez, são pilares da estabilidade do País e têm como pano de fundo um conjunto de esforços para a transformação e o desenvolvimento do Estado (Barroso, 2020).

Com o advento da nova ordem constitucional brasileira, houve mudança considerável no modelo constitucional adotado, pois a positivação de normas, regras e princípios, foi a



condição de possibilidade para inaugurar o Estado Democrático de Direito no Brasil. O novo conceito de Estado está fundado em direitos fundamentais e na primazia do bem-estar dos administrados. Estes elementos, por sua vez, passaram, de fato, a ser o fim e a razão de existir do Estado (Abboud, 2018) (Sarlet, 2008).

Barroso (2020) explica que em razão desse cenário e da conquista progressiva de novos direitos positivos e prestacionais, frutos do Estado Constitucional, houve a necessidade da atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, para a consagração dos postulados constitucionais na realidade social, fato que não ocorreu conforme a dinamicidade e velocidade exigidas pelas relações sociais, alavancando o fenômeno da judicialização.

A judicialização das demandas sociais pode ser compreendida como a resolução de questões de larga repercussão política ou social pelos órgãos do Poder Judiciário, dentro de um processo judicial, caminho distinto do ordinariamente determinado pelo legislador constituinte, o que só ocorre em face da inércia dos demais Poderes (Barroso, 2020).

Ademais, a judicialização das demandas sociais tomou grande relevância a partir da desconsideração das demandas sociais, transferindo para a esfera judicial a possibilidade de pleitear a efetivação dos direitos sociais, os quais, decorrente dessa transferência depositaram sobre o Poder Judiciário a responsabilidade de conferir eficácia às normas de direitos fundamentais não concretizados, pela certeza da inafastabilidade da jurisdição, princípio esse, que garante uma resposta judicial mesmo quando não exista uma norma regulamentadora para o caso concreto a ser decidido (Barroso, 2019).

A alta busca judicial decorreu da omissão, mora e ineficiência na construção de políticas públicas ou em razão do que Medeiros (2011) chama de delegação estratégica, quando se refere ao Poder Legislativo, que é uma espécie de inércia consciente para que o judiciário decida sobre temas impopulares, difíceis ou sem adesão da maioria social. O ônus dessa atitude ensejou, em certa medida, a atual crise institucional entre os Poderes.

3 PROTAGONISMO JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina não é unânime a respeito do fenômeno do Protagonismo Judicial e, não raro, o confunde com o chamado ativismo judicial. O intérprete ou operador do direito, diante do caso concreto ou de um instituto jurídico, pode ter distintas percepções, mas não é razoável



em qualquer hipótese considerar Protagonismo Judicial como sinônimo de ativismo judicial, uma vez que eles não se confundem.

O ativismo judicial é uma prática danosa realizada pelo magistrado, quando age pautado em interesses pessoais, políticos ou por quaisquer outros motivos alheios, apartados e dissociados da Lei, decidindo fora da prescrição constitucional (Barroso, 2020).

Já o Protagonismo Judicial ganhou fama nos Estados Unidos por volta dos anos de 1947 e, inicialmente, foi chamado de ativismo judicial por Arthur Schlesinger Jr., em um artigo da revista americana *Fortune*, para se referir à jurisprudência progressista da Corte Warren que desempenhava um papel afirmativo na garantia de direitos sociais (Kmiec, 2004).

Schlesinger descreveu os nove juízes da Corte Americana, dividindo-os entre “ativistas judiciais” (aqueles que atribuíam ao texto jurídico a possibilidade de interpretação voltada ao bem-estar social) e “campeões da autocontenção” (os juízes que atribuíam ao texto da lei um caráter fixo, considerando inapropriada qualquer interpretação que escapasse a literalidade do texto). Com o decurso do tempo a Corte assumiu viés mais conservador, atribuindo a julgadores que não decidiam seus casos concretos conforme os ditames da lei o *status* de juízes ativistas judiciais (Kmiec, 2004), razão pela qual o termo atualmente nada tem a ver com o Protagonismo Judicial, objeto deste estudo.

Nos sistemas jurídicos do *Common Law* e *Civil Law* há elementos que diferenciam a forma de compreensão do fenômeno do Protagonismo Judicial e o seu acolhimento nos respectivos ordenamentos. No *Common Law* há uma maior propensão a tolerá-lo, uma vez que, nesse sistema, o Protagonismo Judicial não teria uma conotação prejudicial ao Direito, mas proporcionaria adaptação diante de novas exigências e pautas sociais (Dow, 2018) (Ramos, 2014).

No sistema de *Common Law* tem o Poder Judiciário atuação afirmativa e mais ativa no processo de geração do Direito e na construção dos precedentes normativos, atividades compreendidas como compatíveis com a separação e autonomia entre os Poderes (Dow, 2018).

Já no âmbito do sistema jurídico do *Civil Law* há uma maior resistência a compreender o fenômeno do Protagonismo Judicial, em razão de uma interpretação centralizada apenas nas funções típicas de cada Poder, sem considerar funções atípicas, os freios e contra pesos, e a autorização Constitucional para que o Judiciário realize a prestação jurisdicional com



possibilidade de interpretação do texto jurídico dentro do espectro da Lei e da jurisprudência consolidada (Barbosa e Saracho, 2018), o que gera a enunciada tensão entre os Poderes.

Os sistemas do Direito *civil law* ou *common law* não permanecem fiéis às suas origens, uma vez que institutos de um podem ser usados no outro, desde que haja corretas adequações ao sistema receptor, o que ocorre, por exemplo, com a adoção do sistema de precedentes judiciais no Brasil pela via da jurisprudência dos tribunais. (Brandão, 2020)

Para Paganelli, Simões e Ignácio Júnior (2011), o Protagonismo Judicial assumiu o centro das discussões após os eventos da Segunda Guerra Mundial, em razão das instabilidades e dos conflitos vivenciados naquele momento histórico, em que, por exemplo, movimentos como o Nazismo sobressaltou a possibilidade de aplicação da Lei sem considerar direitos e garantias fundamentais, razão pela qual, se fez necessária retomada de tribunais independentes para opor a Lei à tirania da maioria evidenciada naquele momento (Dow, 2009).

Barroso (2020) caracteriza Protagonismo Judicial como uma ação progressista, de modo específico e proativo, com finalidade de interpretar a Constituição quando ocorra omissão dos outros Poderes. Essa omissão pode ser do Poder Executivo, na construção e/ou execução de políticas públicas, ou do Poder Legislativo quando se omite de legislar e causa um vácuo legislativo, pela ausência de norma que regule direitos e garantias previstos na Constituição. Nesse viés, Cappelletti (1999) explica que a atividade proativa judicial é um elemento fundamental para uma melhor conformação dos direitos sociais.

A atividade proativa judicial se instala em decorrência da retração dos Poderes Legislativo e Executivo, retração essa, que impede a efetividade como já enunciado, carecendo da atenção e intervenção judicial para garantir que todos os cidadãos tenham acesso igualitário às políticas públicas e serviços essenciais à proteção social instituídos na Constituição (Barroso, 2020).

Nesse raciocínio, o Protagonismo Judicial apenas regula e concretiza o direito já constitucionalmente previsto. Não se trata, dessa forma, de usurpação de competência legislativa ou expansão que abarque a seara executiva, visto que a finalidade da atividade Protagonista, é o bem-estar social e a concretização de direitos fundamentais não concretizados pela omissão e a inércia dos Poderes Legislativo ou Executivo (Barroso, 2020).

Essa atuação tem a legitimidade confirmada pela adoção de um Estado Constitucional, que já não é visto apenas como um Estado Democrático de Direito, gestor das atividades dos



órgãos estatais, mas como um Estado Democrático de Direito Social, protetor e garantidor do interesse social, da dignidade da pessoa humana e de outros princípios que ensejam a proteção social (Streck, 1999) (Lafer, 1991).

Villas Boas e Vêras (2022) refletem sobre a força jurídica presente na dinâmica dos direitos fundamentais e humanos, os quais devem obter máxima atenção do legislador, uma vez que foi por decisão do próprio Poder Legislativo Constituinte, que se configurou o Estado brasileiro, e se determinou as normas nacionais de proteção aos cidadãos e, de outro lado, previu como as normas internacionais com a mesma finalidade, como, por exemplo, os Tratados de Direitos Humanos que o Brasil é signatário, ingressam, com status constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro.

Para garantir esse desiderato, os artigos Art. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB determinam que, diante da omissão legislativa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Além disso, na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, raciocínios que asseguram a legalidade da atuação Protagonista dentro do ordenamento jurídico vigente, privilegiando direitos fundamentais (Brasil, 2018).

4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUSTIÇA SOCIAL

No presente capítulo serão expostas, sucintamente, algumas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que coadunam com o que se classifica como Protagonismo Judicial.

O primeiro grande marco foi o Recurso Extraordinário nº 878.694, originário do estado de Minas Gerais, julgado em 10 de maio de 2017, que questionou a constitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. O pedido objeto da demanda no STF foi a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão (Brasil, 2017b).

O referido Recurso Extraordinário analisou a validade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que outorgava ao companheiro ou companheira direitos sucessórios distintos dos destinados ao cônjuge no artigo 1.829 do mesmo Código.



A controvérsia discutida pela Suprema Corte era a legitimidade da distinção, para fins sucessórios, entre a família oriunda do casamento e a proveniente de união estável. O Ministro Relator Roberto Barroso considerou descabida a diferenciação entre as duas configurações de família que, além de estabelecer hierarquização entre as entidades familiares, também violava o princípio da dignidade da pessoa humana como valor imanente a todos os seres humanos, pois todos os indivíduos têm igual valor diante das normas constitucionais, e por isso, merecem o mesmo respeito (Brasil, 2017b).

A decisão considerou que houve violação ao princípio da proporcionalidade, ao outorgar ao companheiro(a) direitos sucessórios inferiores àqueles conferidos ao cônjuge, reduzindo o direito do(a) companheiro(a). Ademais, antes do Código Civil de 2002 (CC/2002), o regime jurídico sucessório da união estável era regido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996, que previam aos companheiros direitos similares aos dos cônjuges nos termos do Código Civil anterior, em que cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (Brasil, 2017b).

Dessa forma, o CC/2002 inseriu no ordenamento jurídico distinção que foi considerada inconstitucional, prevendo regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiro(a)s, com regras mais gravosas que as anteriormente reguladas, por essa razão a atuação do Tribunal Constitucional estabeleceu uma verdadeira vedação ao retrocesso, que foi garantida pela via judicial.

O Recurso Extraordinário nº 646.721 do Rio Grande do Sul, julgado em maio de 2017 pelo STF, deu aplicação conforme a Constituição ao artigo 1.790 do Código Civil, atribuindo à sucessão em união estável homoafetiva o mesmo tratamento dado aos cônjuges e companheiros (Brasil, 2017a).

Para o Relator, Ministro Marco Aurélio, não seria legítimo desigualar, para fins sucessórios, casais homoafetivos, uma vez que cônjuges e companheiros possuem essa proteção. Fosse assim, estar-se-ia hierarquizando as entidades familiares, incompatível com a Constituição de 1988 (Brasil, 2017a).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 foi garantida a identidade de gênero, entendendo o Supremo Tribunal Federal que quando se trata de questões relacionadas com gênero, ao indivíduo é garantido o direito de agir levando em conta como ele se reconhece, se sente e se vê, uma vez que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa



humana, cabendo ao Estado apenas o papel de reconhecê-la e não a constituí-la. Por isso, a alteração do prenome e do sexo no registro civil integra o reconhecimento da personalidade jurídica, da liberdade pessoal e da dignidade, não havendo a necessidade de mudança de sexo (Senado Federal, 2018).

Outra decisão importante foi a tomada na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770, do Distrito Federal, julgada 2021 pelo plenário do STF, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (Brasil, 2021).

Nessa ADPF, o argumento enfrentado foi o descumprimento do dever de prestação do serviço de saúde pública no enfrentamento da emergência de saúde decorrente da Covid-19. Na decisão, em sede de medida cautelar, o STF concluiu que, conforme previsto nos artigos 23, II, da Constituição, os entes políticos têm competência comum para decidir sobre saúde pública, conferindo efetividade ao artigo 196 da Constituição, que afirma o dever do Estado efetivar e concretizar o direito à saúde pública, por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (Brasil, 2021).

A medida cautelar foi referendada pelo Plenário do STF, que assentou que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, diante de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 pela União, poderiam organizar seu próprio calendário de cobertura imunológica contra a doença, respaldados pela competência comum referendada pelo texto constitucional e pela urgência do caso concreto, no qual o direito à saúde era preponderante interesse coletivo.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, julgada em 2011, deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil e realizou mutação constitucional para a interpretação do artigo 226, §3º, da Constituição, para reconhecer às pessoas do mesmo sexo o direito à união homoafetiva.

Nessa ADI o Supremo Tribunal Federal se pautou no pluralismo como valor sócio-político-cultural, em que a liberdade para dispor da própria sexualidade, está inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo e é expressão da autonomia da vontade como manifestação do direito à intimidade e à vida privada, para declarar incompatível com a Constituição estabelecer diferença entre pessoas, levando a sério o princípio da igualdade, independente de sexo (Brasil, 2011).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, julgada no



plenário em 2019, que igualou a homofobia ao racismo, para fins do enfrentamento pela via criminal, foi reconhecida a omissão e a mora legislativa na tramitação do Projeto de Lei nº 5003/2001 que tratava do tema e não havia sido votado até a data do julgamento da ADO. O Supremo Tribunal Federal entendeu que não poderia postergar a decisão ou concordar com a discriminação praticada em razão da identidade de gênero da vítima, uma vez que seria flagrante violação contra direitos e liberdades fundamentais conforme artigo 5º, inciso XLI pelo compromisso constitucional pactuado (Brasil, 2019).

O STF também utilizou como fundamentação da ADO o respeito aos acordos e tratados de valorização de direitos humanos, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Pacto de San Jose da Costa Rica, que preveem o direito à liberdade de gênero, livre de homofobia.

Em todas as decisões acima citadas, houve substancial necessidade de pronunciamento do Poder Judiciário para resguardar direitos sociais. A omissão ou delegação legislativa, assim como a inefetividade de políticas públicas pelo Executivo, geram um cenário de instabilidade social, na qual os administrados veem no Poder Judiciário a solução para suas demandas na seara privada e coletiva. Cabível, portanto, o comportamento proativo ou Protagonista (Barroso, 2020).

Quando há um vácuo normativo, é justificável que o Poder Judiciário possa suprir a falta da norma ou determine o cumprimento de uma prestação social, respaldado no texto constitucional para concretizar o bem-estar social, garantindo o respeito aos direitos fundamentais. No entanto, a insatisfação dos Poderes estabelece a dicotomia entre a usurpação de competência e o Protagonismo Judicial, o que dificulta a congruência de ações entre os Poderes e agrava a falta de materialização do Estado Democrático de Direito (Sarlet, 2018).

Barroso e Mello (2019) afirmam que, diante de inércia ou omissão legislativa, quando acionado, o Judiciário tem a responsabilidade de atuar em favor do cidadão dentro das possibilidades do ordenamento jurídico, até que o Poder competente sane a omissão levada a juízo. Esta possibilidade é juridicamente reconhecida e compatível com a Constituição por via da integração e ponderação dos direitos requeridos pelo cidadão. Além disso, diante do descumprimento de preceito fundamental, compete ao Poder Judiciário garantir o direito não efetivado pelo descumprimento do dever constitucional.



Para deixar registrada a autorização para o Protagonismo do Poder Judiciário, a Constituição da República instituiu diversos dispositivos, além de autorizar outros instrumentos e estabelecer normas de direito material, como a Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão, Ações Diretas de Inconstitucionalidade e de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Mandado de Injunção. Esses instrumentos possibilitam a análise judicial de omissões ou ações inconstitucionais e dão ao Poder Judiciário, quando provocado, o poder/dever de exercer o controle de atividades típicas dos outros Poderes da República (Brandão, 2020).

Nesse sentido, ocorrendo o descumprimento da função executiva e legiferante, cabe ao Judiciário adotar postura Protagonista, fundada na Constituição, em leis infraconstitucionais ou no sistema constitucional brasileiro.

5 A INEFICIÊNCIA LEGISLATIVA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E A REAÇÃO AO PROTAGONISMO JUDICIAL

É substancial pontuar que a atuação executiva na implementação da ordem administrativa estatal está associada a um contexto em que se espera uma atuação que privilegie a democracia e o governo para o povo e que, ao adotar essa postura, otimize a gestão da segurança pública, da saúde, da educação, do transporte e mobilidade pública com acessibilidade, com a promoção da igualdade e fomento ao trabalho digno, uma vez que esses direitos sociais estão nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal e necessitam de um diálogo cooperativo e atuante em prol da sociedade (Brasil, 2023).

Diante de inefetividade do Poder que tem como atividade típica a implementação da constituição na realidade social, caberia a ação de outro Poder, valendo-se do sistema de freios e contrapesos, para suprir a deficiência no atendimento de direitos fundamentais, já que essa atitude pautar-se-ia em um único objetivo: garantir a proteção dos direitos constitucionais não realizados de forma eficaz à comunidade (Barbosa e Saracho, 2018).

Bobbio (2004), assevera que um problema grave dos tempos atuais, com relação aos direitos do homem, não seria mais o de como reconhecê-los, mas de como protegê-los, uma vez que não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, se são direitos naturais ou históricos,



absolutos ou relativos, mas sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que sejam continuamente violados.

Ferraz Júnior (2021) assevera que a legitimidade dos regimes democráticos se externaliza quando os direitos dos homens ou os direitos fundamentais são vivenciados por eles em todas e quaisquer fases de sua vida com dignidade. Cappelletti (1999), por sua vez, afirma que os direitos fundamentais exigem permanente ação do Estado, por meio dos Poderes da União, com vistas a implantar subsídios e remover barreiras econômicas a fim de promover a realização dos programas sociais.

A atuação dos Poderes representativos sobre os assuntos de interesse do Estado e do povo está diretamente relacionada com o fracasso ou sucesso do país, uma vez que eles são responsáveis pelas políticas públicas e pela governança Estatal em todos os seus níveis políticos. A ausência de comprometimento dos referidos Poderes, resta a insegurança e a instabilidade que coloca em risco o equilíbrio social.

De forma sucinta, segue um relato de algumas atitudes que podem ser entendidas como reação dos Poderes representativos a pautas que por anos eram requeridas pela Sociedade e que não foram implementadas ou legisladas e, em decorrência da atual crise institucional entre os Poderes, decorrente do Protagonismo Judicial, ganharam força por via de uma atuação engajada e organizada, sobretudo do Poder Legislativo.

Em 2017, com a reforma trabalhista, o imposto sindical, que até então era obrigatório, tinha valor fixo e natureza tributária, passou a ser facultativo, e somente poderia ser cobrado mediante autorização expressa do trabalhador. Com a baixa adesão de sindicalizados, a partir da reforma, e com uma possível fragilização dos sindicatos, no segundo semestre de 2023, o STF tratou do assunto relativo à sindicalização no Brasil (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que contribuição assistencial não se confunde com o imposto sindical e, por isso, não tem natureza tributária, é usada para custear atividades assistenciais do sindicato e tem seu valor estabelecido por via da negociação, e serve para custear as atividades necessárias às negociações e proteções trabalhistas coletivas (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Como a Corte declarou constitucional a contribuição assistencial e, para evitar o esfacelamento dos sindicatos, julgou ser compulsória a contribuição assistencial. A decisão não agradou ao Congresso Nacional, que reagiu imediatamente remetendo ao Senado Federal o PL



2099/2023 que altera a Consolidação das Leis do Trabalho proibindo a cobrança compulsória (Agência Senado, 2023).

Em outra recente manifestação, o presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, impulsionou a tramitação da proposta de Emenda à Constituição nº 45/2023, que criminaliza o porte ou a posse de substâncias entorpecentes em qualquer quantidade. Essa movimentação do parlamento teve claramente a intenção de bloquear o debate instalado no Supremo Tribunal Federal que colocou em pauta o julgamento sobre a quantidade de maconha poderia configurar o tipo penal do artigo 28 da Lei de Drogas. Lembrando que o artigo 28 é decorrente de ato típico do parlamento e que o Supremo somente pretendia dar maior garantia aos usuários e evitar o grau de discricionariedade hoje vigente (Agência Senado, 2024a).

Em outra recente manifestação um grupo de Senadores protocolou um pedido de plebiscito para que a população brasileira vote e decida sobre a legalização ou não do aborto no Brasil. O Projeto de Decreto Legislativo de número 343/2023 foi uma reação quase instantânea à manifestação favorável da ministra do STF Rosa Weber à realização da interrupção da gestação nas primeiras 12 semanas de gravidez (Rádio Senado, 2023).

A PEC 51/2023 versa sobre o estabelecimento de mandato temporário para os ministros do Supremo Tribunal Federal. A PEC prevê uma limitação de idade para ingresso no Tribunal e lapso temporal máximo de 15 anos de mandato para os ministros da Corte (Senado Federal, 2023).

A limitação do tempo de atuação dos ministros na Corte visa reduzir o que os autores da proposta consideram ativismo judicial. Atualmente, os ministros do Supremo Tribunal possuem mandatos até atingirem a idade de 75 anos e são aposentados compulsoriamente e o requisito da idade mínima para ingresso é de 35 anos.

É importante chamar a atenção para que a atuação do Parlamento sobre as pautas acima analisadas foi inquestionavelmente célere, permitindo inferir que a mora ou omissão legislativa em determinadas demandas ou matérias é uma questão de interesse, conveniência ou delegação estratégica dos congressistas (Medeiros, 2011).

Os temas sobre os quais o Supremo Tribunal Federal decidiu e garantiu direitos fundamentais tramitaram durante muitos anos no Congresso Nacional, mesmo havendo reivindicação popular pedindo a atuação mais célere por parte do Legislativo. Isso demonstra claramente que o Poder Legislativo pode ser ágil quando quer e, de outro lado, que efetivamente



há uma reação à atividade judicial do STF, quando ele decide proativamente sobre demandas não reguladas legislativamente.

De outro ponto de vista, o surgimento de controvérsias a respeito da correta proteção a direitos fundamentais é muitas vezes esperável, uma vez que os avanços na esfera social ocorrem aceleradamente em relação à atividade de aprovação e promulgação de textos legais pelo Legislativo (Cappelletti, 1999). Essa circunstância faz com muitas vezes as normas legais quando entram em vigor já estejam relativamente antigas em relação ao contexto e ao momento em que se encontra a sociedade e, por isso, é necessário que o Legislativo compreenda a necessidade de integração judicial em situações específicas, sempre reguladas pela Lei.

De outro lado, não raro, diante da vasta gama de reivindicações sociais a gestão pública, a cargo do Poder Executivo, usa discursos como o da falta de orçamento, para justificar a interrupção de serviços, o baixo investimento em políticas públicas e/ou o atendimento insuficiente de necessidades sociais garantidas à população, sempre fundamentando no princípio da reserva do possível (Sarlet, Timm, Barcellos, 2008).

Entretanto, o princípio enunciado não considera aspectos como a má gestão dos recursos públicos e a corrupção, que são problemas reais e funcionam com simples discurso para não cumprir a sua função (Furtado, 2018).

Nessa perspectiva, é razoável compreender como legítima a reivindicação popular pela atuação célere e efetiva dos Poderes Legislativo e Executivo, nas suas atividades típicas, assim como é legítima a reivindicação ao Poder Judiciário, por meio dos instrumentos legalmente construídos para tanto, do atendimento dos direitos constitucional e legalmente reconhecidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A omissão dos Poderes que, na sua função ordinária, devem garantir e concretizar direitos estabelecidos na ordem constitucional ou por ela deferidos à lei ordinária, seja o Poder Legislativo, seja o Poder Executivo, legitima o Poder Judiciário para atuar de forma excepcional para realizar o papel atribuído a qualquer deles.

A atuação do Poder Judiciário substituindo o Poder da República, nos casos mencionados no corpo deste relatório de pesquisa não é arbitrário e não constitui um ato de voluntarismo ou de ativismo judicial. A autorização para que isso ocorra está delimitada na



própria ordem constitucional ou em leis que não a confrontam. É, portanto, uma manifestação decorrente do Protagonismo que os Estado Constitucionais e Democráticos dão ao Poder Judiciário na construção do próprio Estado moldado pela Constituição.

Ocorre, no entanto, que há uma incompreensão no mundo político e, muitas vezes, no interior do próprio Poder Judiciário, por atribuir a essa atuação o caráter de ativismo judicial, criando uma artificial crise e gerando uma tensão entre os encarregados de exercer as diversas funções do Estado.

Contribuir para dirimir essa controvérsia, visando o funcionamento da separação e harmonia entre os poderes, cumprindo outro mandamento constitucional, foi o objetivo desta pesquisa.

7 REFERÊNCIAS

ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018.

AGÊNCIA SENADO. **Contribuição negocial aos sindicatos favorece trabalhadores, aponta audiência**. Brasília, DF: Senado Federal [2023]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/11/06/contribuicao-negocial-aos-sindicatos-favorece-trabalhadores-aponta-audiencia>. Acesso em: 15 fev. 2024.

AGÊNCIA SENADO. **Pacheco volta a defender criminalização do porte e posse de drogas**. Brasília, DF: Senado Federal [2024a]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/03/05/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

BARBOSA, Oriana Piske de A; SARACHO, Antônio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos** (Checks and Balances System). Tribunal de Justiça do DF e Territórios, 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Papel criativo dos tribunais: técnicas de decisão em controle de constitucionalidade**. Revista da AJURIS. Porto





Alegre, v. 46, n. 146, Junho, 2019. Disponível em:
<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/issue/view/v.%2046%2C%20n.%20146%20%282019%29>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Normas de Direitos Fundamentais**: um estudo sobre o nível das regras. Florianópolis: Habitus, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. [Decreto-Lei nº 4.657 (1942)]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Publicado em 14 de outubro de 2011. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Publicado em 01 de julho de 2019. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770 DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 24 de fevereiro de 2021. Publicado em 02 de maio de 2022. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 878.694 MG**. Relator: Luís Roberto Barroso. 10 de maio de 2017b. Publicado em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 646.721 RS**. Relator: Marco Aurélio. 10 de maio de 2017a. Publicado em 11 de setembro de 2017. Disponível em:



<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050#:~:text=RE%2064621%20%2F%20RS,etrocesso.&text=haja%20escritura%20p%C3%BAblica.4.,1.829%20do%20CC%2F2002%E2%80%9D>. Acesso em: 10 jan. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Editor: Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1999.

Dow, David R. **America's prophets: how judicial activism makes America great.** Westport: Praeger, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O papel do Judiciário na democracia atual.** vol. 14, nº. 04, Rio de Janeiro, 2021. pp. 1001-1038. DOI: 10.12957/rqi.2021.62780. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/62780>. Acesso em: 10 jan. 2024.

FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes. **Revista Intervenção, Estado e Sociedade.** v.1, n.1, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/8/0>. Acesso em: 02 jan. 2024.

FURTADO, Lucas Rocha. **Brasil e corrupção: análise de casos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, 2004, p. 1463. Disponível em:

<https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024.

LAFER, Celso. **Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Editora Shwarcs, 1991.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação interpoderes e a judicialização no Brasil. *In: Gestão pública e desenvolvimento: desafios e perspectivas.* Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Ipea, Brasília, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; IGNÁCIO JÚNIOR José Antônio Gomes. **Ativismo judicial: paradigmas atuais.** Editora letras Jurídicas, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://app.vlex.com/#sources/31777>. Acesso em: 20 fev. 2024. Acesso restrito.

RÁDIO SENADO. **Senadores protocolam pedido de plebiscito sobre a legalização do aborto.** Brasília, DF: Senado Federal [2023]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2023/10/02/senadores-protocolam-pedido-de-plebiscito-sobre-a-legalizacao-ou-nao-do-aborto#:~:text=Senadores%20protocolaram%20um%20pedido%20de,primeiras%2012%20semanas%20da%20gesta%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 17 mar. 2024.





RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de informação legislativa**: v. 51, n. 204, out./dez. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>. Acesso em: 02 mar. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de... [et al.]. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 51, de 2023**. Brasília, DF: Senado Federal [2023]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160374>. Acesso em: 17 mar. 2024.

SENADO FEDERAL. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275**. Brasília, DF: Senado Federal [2018]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/26369952>. Acesso em: 18 mar. 2024.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF declara constitucionalidade da contribuição assistencial a trabalhadores não sindicalizados**. Brasília, DF: STF, [2023]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=513910&ori=1>. Acesso em: 15 fev. 2024.

VILLAS BÔAS, Regina. VÉRAS, Gustavo. A desconstrução do princípio da separação dos poderes e a ascensão do ativismo judicial: a incorporação do direito internacional dos direitos humanos no sistema constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 36, 2022, p. 395-415. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2713>. Acesso em: 20 fev. 2024.

XIMENES, Julia Maurmann. **Direito e Políticas Públicas**. ENAP, DF, 2021.