

PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO NA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

CECÍLIE OLIVEIRA MEDEIROS

Entre as diversas conquistas alcançadas pela humanidade ao longo do último século, nenhuma foi mais significativa do que a consolidação global da noção da existência de um conjunto mínimo de direitos dos indivíduos, independentemente de qual seja o seu grupamento social, cultural ou étnico, coroada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

Os direitos do homem são caracterizados por serem inalienáveis, invioláveis, imprescritíveis e universais. Uma das teses de Bobbio (1990, p. 32) acerca do tema em questão é a de que a classe dos direitos do homem é de difícil conceituação e também é considerada variável e heterogênea. Neste sentido, o autor não considera os direitos do homem como sendo absolutos, pois, pode haver, no caso concreto, conflito de interesses, cabendo ao intérprete (operador do direito) decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com sua mínima restrição.

Com efeito, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais estão positivadas na Constituição Federal de 1988, com a característica da proteção imediata nos termos do artigo 5º, § 1º, do mesmo diploma legal, integrando o rol das cláusulas pétreas.

Na construção do Estado Democrático de Direito, busca-se um sistema de justiça com vistas à efetivação da cidadania diante de um contexto social que pugna pela necessidade de uma jurisdição que caminhe na proteção dos direitos humanos.

Nesse contexto, cumpre enfatizar alguns aspectos relacionados à organização dos Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, sobretudo para potencializar sua origem.

A Constituição Federal de 1988 preleciona que todo poder emana do povo e, que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si.

Contemporaneamente, não se vinga mais a ideia de separação dos poderes como em sua concepção originária: aquela lançada na Antiguidade Grega por Aristóteles, em sua obra “Política”, através do qual se vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano. O filósofo Montesquieu desenvolveu outra Teoria em seu livro “O espírito das leis”, que por sua vez, inovou ao dizer que os três poderes (legislativo, executivo e judiciário) são distintos, autônomos e independentes entre si.

Os Poderes do Estado, portanto, representam os órgãos pelos quais são exercidas e cumpridas as funções do poder político, que são basicamente divididas em três: função administrativa e governamental (exercida pelo Poder Executivo), função legiferante, ou seja, com a incumbência da edição das leis (que cumpre ao Poder Legislativo), e função jurisdicional, ou que efetua a aplicação do direito ao caso concreto (encargo do Poder Judiciário).

Apesar de independentes entre si, os Poderes estatais são harmônicos, isto é, “[...] se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição” (Carvalho Filho, 2006, p. 02).

De acordo com o artigo 3º, da Carta Magna, o Poder Judiciário, assim como os demais Poderes do Estado, deve, portanto, atentar-se aos objetivos da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É responsabilidade do Poder Judiciário empenhar-se na concretização dos objetivos constitucionais quando da realização de sua função típica: a tutela dos direitos dos cidadãos, aqui incluídos os direitos fundamentais.

Vale ressaltar que a distribuição das atribuições dos poderes está descrita na Carta Magna de maneira flexível, já que cada um dos poderes possui funções típicas e atípicas, a exemplo do próprio Judiciário que, além de suas atribuições típicas

relativas à jurisdição, detém também funções atípicas administrativas no âmbito dos tribunais. O controle entre os poderes é disciplinado pelo Sistema de freios e contrapesos, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, é indispensável ao Judiciário, como aos demais Poderes a observância e o respeito aos fins colimados pela Constituição, mediante uma interpretação das “[...] normas infraconstitucionais à luz das garantias de justiça contidas na Constituição Federal, procurando extrair das normas processuais um resultado que confira ao processo o máximo de efetividade, desde, é claro, que não seja pago o preço do direito de defesa” (MARINONI, 2007, p. 34).

Resume, neste ponto, Celso Fernandes Campilongo (1994, p. 49), *in verbis*:

“A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativo no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça”.

O Poder Judiciário não pode ser caracterizado como mero reprodutor dos textos emanados do Poder Legislativo, pois, como indaga Amilton Bueno de Carvalho (1997, p. 30), se a função do juiz é buscar a vontade do legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa da aplicação, que o faria administrativamente. O intermediário Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer “um papel sujo, pois é quem garante a efetivação da injustiça”.

Consoante à enciclopédia Wikipédia, como ativismo judicial, na esfera política, designamos uma postura proativa do Poder Judiciário que atua de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes. São exemplos: Vedação do nepotismo nos três poderes (ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto; e RE 579.951/RN Rel. min. Ricardo Lewandowski); O julgamento sobre as uniões homoafetivas (ADIn 4277) e (ADPF 132); o julgamento que culminou com a demarcação das terras da Raposa

Serra do Sol (ACO 1167); Aborto em feto anencéfalo (ADPF 54); **Passe** livre para deficientes no transporte coletivo (ADIn 2.649/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia).

Segundo Cappelletti (1993, p. 07), *in verbis*:

“Não é admissível um judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sociopolítica dos dias presentes. É compreensível uma justiça ‘quase nula’, ao tempo dos iluministas, quando as populações eram rarefeitas, a tecnologia incipiente e os recursos estatais destituídos de maior potencialidade. Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos lesivos as populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrentá-lo em patamar de igualdade. Em vez do Judiciário fraco da doutrina tradicional da separação de poderes, deve tornar-se o terceiro gigante, para manter o equilíbrio de forças, necessário aos controles recíprocos entre os poderes do Estado e ao controle dos poderes sociais e econômicos”.

O ativismo judicial, conforme Jônatas L. M. Paula (2001, p. 41), surge no Brasil a partir da redemocratização e a assimilação cultural-jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal de 1988, tendo como resultado o fortalecimento e expansão do Poder Judiciário ante aos reclames da sociedade por Justiça.

O mesmo jurista afirma ainda que, “a legitimidade da atividade jurisdicional advém de uma conduta estritamente vinculada à realização da Justiça Social, contida no artigo 3º, da CF”. Este artigo cuida de enumerar os objetivos fundamentais da nossa República.

Informa Luiz Flávio Gomes (2009, p.01), que em relação ao seu nascimento, tem-se registro de que o ativismo judicial foi mencionado, pela primeira vez, em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para ele, há ativismo judicial quando o Juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos.

Dentre as principais causas do surgimento do ativismo judicial citamos a ausência ou ineficiência de políticas públicas, bem como as omissões legislativas.

O ativismo judicial, que não é característica exclusiva do direito brasileiro, tem sido marcante em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal

(STF), as quais estão cada vez mais presentes na mídia, em virtude da relevância dos temas nelas versados.

O decano do STF, o ministro Celso de Mello, ao discursar, em 23 de abril de 2008, na posse do presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes, afirmou que "práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional".

Já o ministro Gilmar Mendes, em seu discurso, mencionou os casos que atualmente entende serem os mais relevantes, afirmando que "a demanda cada vez maior da sociedade, a Corte tem respondido, demonstrando profundo compromisso com a realização dos direitos fundamentais [...]. Temos julgado casos históricos, em que discutidas questões relacionadas ao racismo e ao antissemitismo, à progressão de regime prisional, à fidelidade partidária, e ao direito da minoria de requerer a instalação de comissões parlamentares de inquéritos, entre outros".

Constituem argumentos contra o ativismo, conforme Barroso (2009, p. 28) o fato de que os Juízes e Tribunais, não teriam legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo. A insuficiência de recursos públicos ante a falta de previsão orçamentária também foi questionada por outros juristas.

O ativismo do Poder Judiciário se justifica pela necessidade de adequação e interpretação de normas jurídicas ante a realidade social posta, como bem lembra Carvalho (1997, p. 30), [...] através do comando da lei preceitua genericamente. É-lhe, pois, impossível prever a totalidade dos casos em particular. A lei, por melhor que seja, como comando geral, pode na casuística levar à injustiça flagrante. Ora, ao judiciário é dada a obrigação de, no caso particular, corrigir a situação não prevista, ou mal prevista, caso contrário, não teria sentido sua existência.

Desse modo, o magistrado tem o dever conduzir seu ofício pautando-se pela fundamentação de duas decisões, em cumprimento ao princípio da publicidade, com respeito aos valores e fins colimados na Constituição da República, sempre em observância aos direitos e garantias fundamentais de ambos os jurisdicionados.

Nesse contexto, afirma José Augusto Delgado (2008, p. 329) que em países carentes de políticas sociais efetivas, além de marcados pela forte corrupção no processo político e na realização dos fins estatais, como é o caso do Brasil, é fundamental a presença de juízes comprometidos com o "sentimento constitucional",

especialmente em relação ao adequado sentido dos textos que tratam das normas de direitos sociais.

Enfim, em um país em que as estruturas políticas e a democracia são mais formais do que reais, em que os direitos humanos só são concretizados na exata conveniência e capacidade de resistência das elites, o ativismo judicial, adequadamente empregado, além de contribuir para o aprimoramento da democracia, em especial quando estende os efeitos dos direitos fundamentais aos excluídos, não só é desejável, mas necessária.

REFERÊNCIAS:

ARISTÓTELES. Política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Atualidades Jurídicas. vol. 4, 2009.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria organizador. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15. Ed. rev, ampl. e atual. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e direito alternativo. 5. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

DELGADO, José Augusto. “Ativismo judicial. O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea”. *Processo Civil: novas tendências. Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Júnior*. Coordenadores Fernando Gonzaga Jaime, Juliana Cordeiro de Faria e Maira Terra Lauer. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, Luiz Flávio: “O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?”. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>> Acesso em: 13 de agosto de 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 2000.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. Teoria Política do Processo Civil. A objetivação da Justiça Social. Curitiba: J.M. Editora, 2011.