

O ATIVISMO JUDICIAL PROGRESSISTA COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Teodolina Batista da Silva Cândido Vitória²

Os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas. Compete aos filósofos, caso estejam dispostos, a tarefa de colocar em prática as ambições do direito quanto a si mesmo, a forma mais pura dentro e além do direito que possuímos. (DWORKIN, Ronald. O Império do Direito, 2003, p. 486)

No cenário social hodiernamente instalado – pontua preocupantemente Neves (2007) –, o Brasil não mais resiste a uma Constituição de natureza meramente “simbólica” – sem função jurídico-instrumental, adormecida sob um etéreo berço de natureza tão somente político-ideológica, indiferente à concreção dos direitos e garantias fundamentais.

De igual sorte, dúvida não há no sentido de que o Estado certamente sucumbirá caso continue apresentando-se simplesmente como figurante frente à crítica realidade social hoje instalada. Se insiste em assim agir, poderá ver sua Constituição reduzida à lamentável condição de um débil e vil “simulacro” (MOREIRA, 2007, p. 92), sacrificando seu ideal democrático.

Releva salientar neste contexto, que a consolidação da democracia num país precisa passar também pelas fronteiras do seu Poder Judiciário, o qual, como é cediço, por meio da justa composição dos conflitos, pode sim reconstruir de forma heróica os rumos políticos de seu povo.

Questiona-se, atualmente, se em seus pronunciamentos e veredictos os magistrados devem ou não curvar-se passivamente ao poder da norma jurídica (*civil law*) na luta pela justiça, no processo de construção e fomento do direito. Perquire-se ainda, se podem esses representantes do Judiciário suprir as sérias e costumeiras omissões do Legislativo e do Executivo, sobretudo no que se refere à implementação de políticas públicas que são indispensáveis à efetivação do Estado democrático.

Emergem desta investigação as calorosas vozes do ATIVISMO JUDICIAL que há muito têm ecoado na consciência dos tribunais pátrios.

O termo “ativismo”, usado primeiramente em 1916 pela imprensa belga, foi cristalizado nos Estados Unidos da América pelos veredictos proferidos pela Suprema Corte em casos que alcançaram notória expressão pública.

Primacialmente, vale estabelecer uma análise em torno da conceituação de ATIVISMO JUDICIAL, movimento que se encontra associado a uma interação do Judiciário na efetivação do

¹ Este artigo equivale a fragmento da tese de Doutorado em Direito Público aprovada pela PUC/Minas em março/2011, sob a orientação do Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio.

² Advogada militante em Governador Valadares/MG. Doutora em Direito pela PUC/Minas/2011. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho-RJ/2001. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - FADIVALE, do Instituto Doctum de Educação e Tecnologia - DOCTUM e da Faculdade do Sul da Bahia - FASB.

texto constitucional, com ingerência no território de atuação do Legislativo e do Executivo por meio de iniciativas como:

a) Enquadramento na Constituição, sem pronunciamento do legislador ordinário, de situações nela não incluídas;

b) Controle de constitucionalidade (*the power judicial review*);

c) Determinação de iniciativas ou de abstenções para os órgãos estatais em especial acerca de políticas públicas.

Conceitualmente, o ativismo pode também ser compreendido como

uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. (BARROSO, 2010)

Por essa postura, os julgadores são movidos no sentido de comprometerem-se com a concreção dos direitos sociais, aplicando uma interpretação perene e construtiva dos preceitos muitas vezes tão abertos que o texto legal lhes confere. Afinal, “se os direitos sociais são fundamentais e importantíssimos em uma sociedade democrática de direito social como a disposta no direito brasileiro, por que não são concretizados apesar do advento do neoconstitucionalismo que teria surgido para fundamentar o processo de mudança do injusto para o digno?” (SILVA, 2010, p. 3).

Como pressuposto de uma justiça eficiente, o juiz ativista vem sendo consagrado como aquele que adota uma filosofia concretizante apesar da omissão e debilidade dos demais poderes, revelando “uma visão progressista, evolutiva e reformadora, que sabe interpretar a realidade de sua época e confere às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor”. (LEITE, 2010)

O pronunciamento a seguir transcrito do Ministro do STF Marco Aurélio de Mello enfatiza de forma peculiar sua postura nesse sentido:

Sempre afirmo que, como julgador, a primeira coisa que faço, ao defrontar-me com uma controvérsia, é idealizar *a solução mais justa de acordo com a minha formação humanística*, para o caso concreto. Somente após, recorro à legislação, à ordem jurídica, objetivando encontrar o indispensável apoio. Desejo, na busca deste respaldo – *porque já tenho idealizado a solução justa* – refletir e pesquisar sobre o tema, em que pese a proficiência do voto do nobre Relator. (...) – (BRASÍLIA, STF, AOE. 13, Rel. Min. Celso de Mello, 2010).

Saliente-se, todavia, que a doutrina se ocupa também da teoria avessa ao *Judicial activism*, a qual é denominada *self restraint* (autorrestrição ou auto-contenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir tais questões, por não ser ele composto por representantes eleitos pelo povo.

Eles protestam, outrossim, contrariamente à expansão da atuação do Judiciário, argumentando, sobretudo, que o Ativismo Judicial viola a teoria da separação dos poderes. Niklas Luhmann, pai da “*teoria sistêmica*”, posiciona-se arremido ao ativismo, escudando-se no argumento segundo o qual sistema político e sistema jurídico “apresentam códigos e programas específicos e operacionalidade próprios”. (LUHMANN, 1993, pp.73-74)

Fábio Konder Comparato (1997), por sua vez, propugna pela atuação do Judiciário para solver matérias políticas, por entender que esta é uma *conditio sine qua non* para o deslinde da democracia, a qual estaria fulcrada na imprescindível possibilidade de preservação dos direitos fundamentais, menina dos olhos da Constituição de 1988.

Ronald Dworkin (2001), semelhantemente, sobrelevou os direitos fundamentais à soberania popular, selando-os com a prioridade típica de uma democracia liberal processualista por ele adotada, cujo ângulo primordial é a igualdade sacramentada pela *Amendment XIV*, propulsora da “*equal protection of the laws*”. (*The Constitution of The United States of American, 1787*)

O aludido filósofo concebe a hipótese de existirem leis injustas, embora pautadas na vontade de uma pseudo maioria de cidadãos que, *in casu*, terminam por sofrer irreparáveis lesões às suas próprias garantias constitucionais. Em circunstâncias dessa ordem, que podem ocorrer com certo grau de frequência, Dworkin (2003) propõe ao Judiciário uma postura contramajoritária, de tal sorte que impeça a difusão e o agravamento dos malfadados efeitos dessas leis que mutilam sobretudo os direitos das minorias.

Na perspectiva idealizada por esse teórico, o Ativismo Judicial não consiste mais em uma simples alternativa, mas, sim, em “um compromisso inadiável dos tribunais em nome da imperativa defesa da moral, da justiça e da democracia”:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). *Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.* (DWORKIN, 2003, p. 231, grifo nosso)

Destarte, o ativismo pressupõe a atuação de magistrados “não apenas cumprindo indolentemente a lei” em sua moldura kelseniana muitas vezes míope e formal. Ele implica, em

especial, que o Judiciário deve assumir uma conduta mais ousada na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão”, avocando para si a competência institucional, a capacidade intelectual e a sensibilidade necessária na solução das atuais demandas judiciais.

O *Judicial activism*, tanto em sua concepção “conservadora” quanto também na perspectiva “progressista”, possui múltiplos matizes, revelando-se mediante caricaturas diversas preconizadas por Willian P. Marshall, “*in Conservatives the seven sens of judicial activism*”, a saber:

Há um duplo – e às vezes conflitante – uso do termo no que tange à tomada de decisão judicial. A revisão da condenação de um réu que tenha cometido um ato criminoso não é geralmente considerada conservadora. No entanto, quando a decisão judicial é baseada na conclusão de que o governo federal não tinha competência para fazer valer os estatutos em vigor, a decisão judicial provavelmente será vista como conservadora. Um resultado não-conservador, em suma, pode ser o produto de uma opinião conservadora. Entretanto, a falta de precisão na definição não impedirá a minha exposição. Ao utilizar o termo “conservador”, terei como base suposições populares sobre o seu significado. Aceitarei o consenso, para efeitos de discussão, de que as decisões do novo federalismo, os casos de ação anti-afirmativas, as opiniões que limitam os direitos dos réus criminosos, casos de desapropriação bem como a decisão afirmando o direito de uma organização de discriminar homossexuais *são exemplos de decisão judicial conservadora*.

No entanto, tentarei uma tática um pouco diferente ao trabalhar com o conceito de ativismo judicial. Em vez de apresentar uma definição única, tentei identificar os índices de ativismo judicial muitas vezes referidos na literatura. Cheguei a um total de sete:

(1) *Ativismo Contra-Majoritário*: a relutância dos tribunais para adiar as decisões dos poderes democraticamente eleitos;

(2) *Ativismo não Originalista*: a incapacidade dos tribunais de se submeterem a alguma noção de originalismo ao decidir casos, quer o originalismo esteja fundamentado em uma estrita fidelidade ao texto ou em referência à intenção original dos autores;

(3) *Ativismo Precedential*: a incapacidade dos tribunais de se submeterem a precedente judicial;

(4) *Ativismo Jurisdicional*: a incapacidade dos tribunais em aderir aos limites de jurisdição sobre o seu próprio poder;

(5) *Criatividade Judicial*: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional;

(6) *Ativismo Remedial*: a utilização do Poder Judiciário para impor obrigações afirmativas em curso sobre os outros ramos do governo, ou de ter instituições governamentais sob supervisão judicial em curso, como parte de uma solução imposta judicialmente, e

(7) *Ativismo Partidário*: o uso do poder judicial para realizar objetivos claramente partidários - (MARSHALL, 2002, p. 102 a 104, tradução nossa, grifo nosso)³

³ There are dual—and sometimes conflicting—usages of the term as it pertains to judicial decision-making. Overturning the conviction of a defendant who has committed an opprobrious act is not generally considered conservative. However, when the dismissal is based on the conclusion that the federal government lacked the power to enact the governing statute, the decision will likely be viewed as conservative. A non-conservative result, in short, can be the product of a conservative opinion.

Oportuno ainda lembrar que, nos Estados Unidos, foi também elaborado um “*Scientific Study of Judicial Activism*” por Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist (2006-2007), publicado pela *Social Science Research Network* (SSRN), o qual concluiu que o Ativismo Judicial é matéria recordista nas críticas direcionadas à *Supreme Court*. Esse trabalho destaca as polêmicas decisões proferidas nas Eras Warren, Rehnquist e Burger Court, situando o ativismo na arena ideológica e expondo uma série de vereditos que ora recebem aplausos, ora reprovação.

Entre tantos julgados, citam positivamente o processo *Brown v. Board of Education* (1954) por meio do qual foi combatido o preconceito racial. Negativamente, referem-se aos *cases Korematsu*, que sacrificou a liberdade de mais de 100.000 japoneses, destacando-se também *Dred Scott*, quando se reafirmou a discriminação contra os negros.

Ronald Dworkin é cortejado em tal pesquisa, que destaca sua filosofia como aquela que concebe o ativismo do Poder Judiciário como forma de proteção dos direitos constitucionais, “o caminho para a Corte cumprir sua função e servir os cidadãos pela justiça pública”⁴ (DWORKIN, 2006, p. 1-2). Quanto aos possíveis riscos resultantes de seus “excessos *pela opulência ou pela carência, devem encontrar sua equação no equilíbrio advindo da hermenêutica e da argumentação*”⁵.

Daí decorre que, diante de protagonistas e também de opositores, o Ativismo Judicial tem sido matéria de constantes debates que buscam lançar luzes sobre as discussões acaloradas que daí exsurtem, especialmente quanto à supremacia constitucional e ao *judicial review*, atualmente adotados no Brasil de forma notória pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento de concreção dos direitos humanos fundamentais.

Nevertheless, the lack of definitional precision will not deter my exposition. In using the term “conservative,” I will rely on popular assumptions regarding its meaning. I will accept the consensus, for the purpose of discussion, that the new federalism decisions, the anti-affirmative action cases, the opinions limiting the rights of criminal defendants, the pro-takings cases, and the decision affirming an organization’s right to discriminate against homosexuals are examples of “conservative” judicial decision-making.

I will try a somewhat different tack, however, when working with the concept of judicial activism. Rather than coming up with a single definition, I have attempted to identify the indices of judicial activism that are often noted in the literature. I have reached a total of seven:

- (1) Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches;
- (2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers;
- (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent;
- (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power;
- (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine;
- (6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; and
- (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.

⁴ a way for a Court to live up to its obligation to serve as citadel of the public justice.

⁵ Pronunciamento do jurista Fernando José Armando Ribeiro, na palestra intitulada: “*Judicialização da Política na Política Comparada*”, no Congresso “Constituição e Processo - entre o Direito e a Política”, realizado em 13 e 14 de Setembro de 2010, em Belo Horizonte-MG, promovido pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica em parceria com a PUC/Minas.

A improcedência da ADI 3510 que julgou pela constitucionalidade da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança) permitindo a pesquisa científica em células-tronco embrionárias; a demarcação das terras indígenas na área Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto); as Súmulas Vinculantes nº. 11 (contra o uso abusivo das algemas) e nº. 13 (contra o nepotismo), e, por último, em 05 de maio do fluente ano, o reconhecimento da união homoafetiva estável (ADI 4277 e ADPF 132), testemunham o prenúncio de um novo tempo onde o **“ativismo judicial progressista”** se apresenta consagrado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/12350_66670174218181901.pdf>. Acesso em: 25 de jan. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AOE. 13, Rel. Min. Celso de Mello, 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1100>>. Acesso em 19 de jan. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CROSS, Frank B. and Lindquist, Stefanie A., **The Scientific Study of Judicial Activism**. Minnesota Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23; University of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=939768>

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Massachusetts: Harvard University, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo judicial**. BDJur, Brasília, DF, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>>. Acesso em 10 de mar. 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

MARSHALL, William P., **Conservatives and the seven sins of judicial activism** (September 2002). University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=330266> or doi:10.2139/ssrn.330266

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. **Ativismo Judicial. Realidade admissível apenas para a concretização dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <www.buscalegis.ufse.br/revistas/index.2009>. Acesso em: 20 de jun. 2010.