

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.2.n.5.57025>

Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

A IMPORTÂNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL NO ACESSO A DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

THE IMPORTANCE OF JUDICIAL ACTIVISM IN ACCESS TO HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA

Edna Raquel Hogemann¹
Orlando Padeiro Filho²

RESUMO

Aborda, na perspectiva de direitos humanos, o papel do ativismo judicial na América Latina, considerando o contexto econômico e social da América Latina, em especial o Brasil, uma nova abordagem do ativismo judicial e os resultados na efetiva implementação de políticas públicas. Tendo em conta as críticas direcionadas a uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, busca identificar em que medida tal postura tem sido fundamental no acesso a direitos humanos por populações em situações de vulnerabilidade. O referencial teórico tem assento na concepção de ativismo judicial e justiça democrática delineados, respectivamente por Entierria, Rodrigues-Garavito e Sousa Santos, em oposição ao posicionamento de Scalia. Trata-se de pesquisa exploratória, de tipo qualitativo, de recursos bibliográficos, documentais e método dialético, com recurso de decisões jurisprudenciais.

Palavras-chave: ativismo judicial; separação de poderes; direitos humanos; políticas públicas; Poder Judiciário; América Latina; ativismo dialógico.

ABSTRACT

It addresses, from a human rights perspective, the role of judicial activism in Latin America,

¹ Advogada desde 1999. Pós-Doutora em Direito, pela Universidade Estácio de Sá/RJ, Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2006), Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2002), Pós-Graduação Lato Sensu em Bioética, pela Red Bioética UNESCO (2010), Pós-Graduação Lato-Sensu em História do Direito Brasileiro, pela Universidade Estácio de Sá - UNESA (2007), Graduada em Jornalismo, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1977) e Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (1999). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Decana, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UniRio. Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability (Bioethics, Biolaw, Biotechnology), do Grupo Direito Humanos e Transformação Social e do Instituto EthikAI- AIEthics. Com experiência no desenvolvimento de projetos pedagógicos, desde a concepção até a implantação, incluindo elaboração de planos de ensino, planos de aula, itens de avaliação e gerenciamento de equipe de docentes. Autora de livros didáticos, conteúdo de aulas on-line e itens de avaliação para disciplinas presenciais e a distância, além de experiência em gravação de videoaulas, coordenação e na produção de materiais didáticos para disciplinas em EAD para graduação e pós-graduação desde 2006.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito e em Gestão Pública pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Possui graduação em Engenharia de Computação pela Universidade de São Paulo (2003) e graduação em Direito pela Faculdade de Direito da mesma Universidade (2016). É Auditor Fiscal da Receita Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro desde 2012. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Atuou também como Analista de Planejamento e Orçamento do Estado de São Paulo por três anos, com experiência em Gestão Pública. Atuou também por mais de dez anos na área de Engenharia de Computação em consultoria, desenvolvimento e implementação de Sistemas de Informação.

considering the economic and social context of Latin America, especially Brazil, a new approach to judicial activism and the results in the effective implementation of public policies. Considering the criticism directed at a more active role by the Judiciary, it seeks to identify the extent to which this posture has been fundamental in terms of access to human rights by populations in situations of vulnerability. The theoretical framework is based on the conception of judicial activism and democratic justice outlined, respectively, by Enterria, Rodríguez-Garavito and Sousa Santos, in opposition to Scalia's position. It is an exploratory, qualitative research, using bibliographic and documental resources and a dialectical method, using jurisprudential decisions.

Keywords: judicial activism; separation of powers; human rights; public policies; Judiciary; Latin America; dialogical activism.

INTRODUÇÃO

Com o intuito de evitar o abuso de poder, o princípio de separação dos poderes, de Montesquieu, defendia a necessidade de serem criadas estruturas de poder distintas para a função executiva, legislativa e judicial. E a evolução histórica mostrou que a separação de funções é, antes de tudo, uma garantia do cidadão em face ao Estado, mais precisamente, uma garantia em face ao arbítrio estatal e na proteção dos direitos humanos.

Tal divisão de funções veio a ser complementada por um sistema de freios e contrapesos, a fim evitar abusos de uns cometidos pelos outros. Dessa forma, cada um dos poderes exerce, residualmente, funções atinentes aos outros. O poder executivo, em situações específicas, julga e também legisla, da mesma maneira que os demais poderes o fazem. De acordo com a célebre separação dos poderes, a função precípua do Judiciário é dizer o direito, ou seja, analisar as lides que lhe são postas e aplicar a legislação aplicável.

Em alguns países, como nos Estados Unidos, os juízes são eleitos em alguns Estados, enquanto em muitos países o Legislativo e o Executivo é que detêm o mandato popular, o que os legitimam a representar o povo em suas escolhas políticas. Nos países em que o Poder Judiciário não é eleito, como no caso da maioria dos países da América Latina, a crescente participação do Poder Judiciário em decisões que, aparentemente, exorbitam suas funções, passa a ser analisada com mais cautela. Muitas vezes, por exemplo, há ordens judiciais que impõem algumas políticas públicas que, muitas vezes, sequer possuem previsão na Lei Orçamentária ou nos demais instrumentos de planejamento governamental.

Considerando o protagonismo das leis num contexto de mundo globalizado, com as atividades econômicas com aptidão para causar graves efeitos lesivos e globais às populações massificadas, é preciso que haja um Judiciário forte para tentar equilibrar essas forças e

garantir os direitos dos mais fracos. O jurista italiano Mauro Cappelletti, em seus estudos sobre o sistema jurídico e as formas de acesso à justiça, já identificara a expressão “terceiro gigante” para o Judiciário, a fim de manter tal equilíbrio:

Vivemos o fenômeno do pluralismo, no sentido de que não é suficiente a divisão simplista entre público e privado, Estado e indivíduo. Surgem formações intermediárias de extrema importância, capazes de representar o indivíduo e de protegê-lo contra os efeitos potencialmente desastrosos da economia de massa, da sociedade de massa. (CAPPELLETTI, 1985, p. 180).

Analisando-se o contexto da América Latina, com graves problemas sociais e econômicos, um Judiciário mais ativo trouxe bons resultados em casos que afetam diretamente direitos fundamentais importantes. Percebeu-se um efeito simbólico em tais casos, como será demonstrado adiante, em que os grandes problemas sociais passaram a ser contextualizados como problemas de direitos humanos. Isso, inclusive, possibilitou uma maior participação dos cidadãos na implementação de políticas públicas. Casos da Bolívia e na Colômbia ilustraram bem esse movimento na América Latina. No caso brasileiro, num cenário carente de representatividade política e num contexto extremamente precário de direitos básicos, o relator Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo por objeto o controle judicial de atos de Comissão Parlamentar de Inquérito, teceu comentários muito interessantes acerca da divisão de poderes no contexto da Constituição Federal de 1988 (CF/88):

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem se qualificar como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. (BRASIL. STF: MS 23452/RJ).

Por esse aspecto, as afirmações do retro referido Ministro do STF vêm ilustrar a possibilidade de uma flexibilização do modelo de separação de poderes no contexto brasileiro. Em especial, considerando que os diplomas legais brasileiros multiplicam-se numa velocidade impressionante e, muitas vezes, sem qualidade, há ainda normas concorrentes sobre o mesmo tema, com disposições conflitantes e, muitas vezes, contraditórias. Dessa forma, os juízes passam a ter um papel fundamental para a efetivação dos direitos sociais, muitas vezes fixando o conteúdo concreto desses dispositivos.

Assim, o objetivo deste ensaio é retomar a discussão sobre o ativismo judicial e a importância de um Judiciário mais ativo em alguns contextos como o brasileiro, principalmente em questões sociais ligadas a direitos humanos. As sempre atuais palavras de Boaventura Sousa Santos ilustram a importância desta discussão, considerando o atual contexto de pandemia global que intensificou ainda mais as diferenças sociais e os problemas básicos de direitos humanos:

Somos herdeiros das promessas da modernidade e, muita embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (igualdade, liberdade, fraternidade), temos acumulado um espólio de dívidas; Cada vez mais e de forma mais insidiosa, temos convivido no interior de Estados democráticos clivados por sociedades fascizantes em que os índices de desenvolvimento são acompanhados por indicadores gritantes de desigualdade, exclusão social e degradação ecológica. Utilizado a expressão de Warat, a promessa de igualdade nunca passou de uma fantasia jurídica. (SANTOS, 2014, p. 06).

1. ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL

A expressão ativismo judicial é oriunda dos Estados Unidos (EUA) e foi documentada pela primeira vez em artigo publicado na revista *Judicialização, ativismo e decisionismo judicial*, em 1947. Tal texto descrevia a situação da Suprema Corte, com uma divisão entre os Ministros entre ativistas e os mais conservadores. A partir dessa dualidade, as decisões acabavam variando a depender de uma maioria eventual formada para cada caso.

A atuação da Suprema Corte dos EUA durante a presidência de Earl Warren, entre 1954 e 1969, veio revolucionar as práticas anteriores, com uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer ato do Poder Legislativo ou do Executivo. O caso *Brown vs. Board of Education* foi emblemático nesse modelo mais ativo, já que a primeira sentença, proferida em 1954, que colocava fim à segregação racial nas escolas não fora cumprida, com a nova decisão focada em ordens estruturais para a reforma das escolas em mal funcionamento, a partir de uma colaboração entre as esferas de poder envolvidas. Tal decisão originou um legado muito importante para os direitos civis naquele país.

No entanto, com o grande número de casos da Suprema Corte seguindo essa linha mais ativista, iniciou-se uma intensa reação conservadora e a expressão ativismo judicial passou a ter uma conotação negativa e depreciativa. Antonin Scalia (1999), professor de direito da Universidade de Chicago e juiz da Suprema Corte a partir de 1986, foi um dos ícones desta onda conservadora na Suprema Corte, defendendo a prejudicialidade do ativismo judicial à democracia, visto o prejuízo à previsibilidade das decisões, além do aumento da

arbitrariedade do juiz.

Esse autor defendia que um juiz no papel de legislador não seria bom para a democracia, o que poderia gerar situações abusivas (SCALIA, 1999). Além disso, foram expostos alguns riscos importantes na participação mais ativa do juiz como, por exemplo, a falta de conhecimentos mais especializados em um certo assunto – o que, atualmente, no contexto brasileiro, foi parcialmente superado com a existência de figuras especializadas como peritos e a previsão expressa do *amicus curiae* no Art. 138 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, o insucesso percebido na implementação de diversas políticas públicas em diversos países vem corroborar que, muitas vezes, o domínio técnico das questões não é o principal problema, visto a ausência de políticas públicas básicas mesmo com uma estrutura de órgãos governamentais especialistas em vários assuntos. Outro ponto a ser destacado é que, mesmo com uma postura mais ativa do Poder Judiciário, muitas vezes falta efetividade às suas decisões, visto o não atingimento dos resultados práticos grande parte dos cidadãos. Especificamente neste ponto, percebe-se um grande movimento na América Latina, com base no Tribunal Constitucional Colombiano, que será mais explorado à frente, com um acompanhamento mais efetivo e participativo das decisões judiciais após a sua implementação.

Em contrapartida à visão de Scalia e dos críticos a um Judiciário mais ativo, o jurista espanhol Eduardo de García de Enterría traz uma visão muito mais realista desse ativismo, considerando que o sistema jurídico é composto de conceitos abertos. Dessa forma, o Poder Judiciário ganha relevância na produção de uma jurisprudência compatível com os valores mais fundamentais. Assim, pontua a necessidade de se reconhecer que o juiz constrói o Direito e possui a atribuição de dar funcionalidade à lei, ou seja, colocá-la a serviço da justiça. Defende ainda que o juiz ganhou novas responsabilidades que o removem permanentemente de seu antigo papel de aplicador mecânico e rotineiro das Leis, e os tribunais evoluem para um maior peso dos valores materiais do Direito, deixando para trás o legalismo puro e mais estrito.

Adicionalmente, no tocante aos direitos humanos, cumpre ressaltar seu conteúdo altamente moral; todas as declarações relacionadas a estes direitos prescrevem normas de conduta a serem cumpridas pelos Estados signatários e até mesmo, de certa forma, para seus não signatários, uma vez que a Organização das Nações Unidas (ONU) possui mecanismos não convencionais em caso de violação a direitos humanos em países não assinantes.

Revela-se, então, de fundamental importância para o estabelecimento de um conjunto de direitos humanos que consigam decididamente plena eficácia a tentativa de se encontrar, pelo menos, um conjunto mínimo de garantias, capazes de assegurar a dignidade da pessoa humana, ainda que a própria noção de dignidade humana seja problemática para a solução deste impasse, na medida em que cada país e, dentro de cada um desses países, cada cultura por eles abrigada, tende a estabelecer sua própria concepção de dignidade humana (HOGEMANN, 2017, p. 23).

A conceitualização de direitos humanos, assim como a necessidade de sua proteção como um dentre os mais importantes discursos transnacionais eleva a prática social a de categoria analítica e metodológica.

As abordagens discursivas e histórica de direitos humanos assumem que a prática social (contenciosa) e o contexto histórico são, em parte, constitutivos da ideia mesma de direitos humanos, razão pela qual a ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, vinculados aos direitos humanos, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes. Em muitas situações, o Judiciário atua em omissões legislativas, sendo fundamental na efetivação de direitos básicos em diversos países. Muitas vezes o ativismo vem a extrair o máximo de potencialidades do texto constitucional, inclusive construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos.

Robert Alexy (2008) trouxe sua teoria de direitos fundamentais e uma definição mais clara de princípios, que seriam mandados de otimização a serem implementados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Sua teoria auxilia muitos juízes na fundamentação de suas decisões, considerando a distinção estrutural entre regras e princípios e as regras de sopesamento, principalmente quando há necessidade de dar concretude à uma maior discricionariedade do julgado.

Estudiosos constitucionais e teóricos da democracia deliberativa demonstraram de forma convincente as credenciais democráticas de intervenções judiciais que induzem a colaboração entre os diferentes ramos de poder e promovem a deliberação sobre questões públicas. Novamente, recorre-se à Sousa Santos, que fortalece a necessidade de um Judiciário mais ativo, considerando os demais interesses que são visíveis em contextos sociais como os da América Latina e do Brasil:

A história dos Direitos Humanos no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial nos leva a concluir que as políticas de Direitos Humanos estiveram em geral a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos. Um discurso generoso e sedutor sobre os Direitos Humanos coexistiu com atrocidades indescritíveis,

as quais foram avaliadas de acordo com revoltante duplicidade de critérios. (SANTOS, 2003, p. 14).

2. CONTEXTO DA AMÉRICA LATINA

No contexto latino-americano, dado o cenário de baixo desenvolvimento econômico e social, percebe-se bons resultados de um Poder Judiciário mais ativo, com algumas decisões de litígios estruturais. Em que pesem diferentes denominações para tais litígios, como "casos coletivos" ou "casos estruturais", são situações em há uma violação contínua e generalizada de direitos fundamentais de alguns grupos menos favorecidos. Interessante citar que o caso dos EUA envolvendo *Brown vs. Board of Education* foi emblemático nesse modelo mais ativo, e tal tendência chegou mais forte na América Latina apenas nas duas últimas décadas.

Mark Goodale, professor de antropologia cultural e social na Universidade de Lausanne, na Suíça, fez um trabalho em relação ao impacto do discurso ocidental dos direitos humanos à área rural da Bolívia, revelando a importância de se considerar os contextos locais na abordagem de direitos humanos. Considerando as vulnerabilidades locais, o discurso generalizante de direitos humanos deve ser reconsiderado:

O estudo dos direitos humanos sugere que a "prática" que está sendo documentada e analisada tem o potencial de transformar o quadro pelo qual se entende a ideia dos direitos humanos. Isso porque as recentes pesquisas sobre direitos humanos sugerem uma alternativa aos modos dominantes de investigação nos quais os direitos humanos foram conceituados nos últimos cinquenta anos. Estudar a prática dos direitos humanos é, em parte, argumentar para uma filosofia diferente dos direitos humanos, o que podemos descrever vagamente como uma filosofia antropológica dos direitos humanos. (GOODALE, 2007, p. 09).

Ainda na Bolívia, Goodale conduziu um trabalho entre 1998 e 1999 em Potosí, uma região remota da Bolívia, no qual estudou os conflitos, sistemas sociais e políticos indígenas e as articulações entre tais comunidades indígenas e camponesas e o estado boliviano. Já em 2006, com a eleição de Evo Morales como o primeiro presidente indígena da Bolívia, o professor conduziu uma ampla pesquisa com diversos atores sociais e políticos, dada a natureza inovadora e radical de muitas das mudanças implementadas durante o governo de Morales. Os estudos de Goodale foram fundamentais na comprovação de que o contexto local e as especificidades são extremamente relevantes no contexto de direitos humanos, sendo importante uma discussão sobre direitos humanos fora dos centros de discursos tradicionais das grandes elites.

Já no contexto colombiano, César Rodríguez Garavito (2010), professor da Universidade dos Andes, Stanford e NYU Law, dentre outras, fez um estudo detalhado sobre uma ação mais ativa por parte da Corte Constitucional Colombiana (CCC) em casos estruturais. Garavito classificou, inicialmente, os diversos efeitos de uma decisão da CCC em tais casos:

- efeitos diretos: aqueles que afetam os participantes do caso, sejam eles os litigantes, os beneficiários ou os órgãos governamentais;
- efeitos indiretos: as consequências que, sem serem estipuladas pelo Tribunal, decorrem da decisão, afetando também outros atores;
- efeitos materiais: as mudanças tangíveis na conduta de grupos ou indivíduos;
- efeitos simbólicos: mudanças nas ideias e construções sociais coletivas, implicando em alterações culturais ou ideológicas em relação ao problema.

Uma conclusão extremamente relevante por Rodríguez-Garavito (2010) foi de que os efeitos indiretos e simbólicos são fundamentais nestas decisões, pois trazem consequências jurídicas e sociais tão profundas quanto os efeitos materiais diretos da decisão. A tabela 1 traz alguns exemplos da combinação desses efeitos:

Tabela 1: exemplos dos efeitos das decisões segundo Rodríguez-Garavito

	Direto	Indireto
Material	Desenhando políticas públicas, como ordenado pela decisão	Formando coalizões para influenciar as questões levantadas
Simbólico	Definindo o problema como uma violação de direitos	Transformando a opinião pública sobre a urgência e gravidade

Fonte: Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, Texas Law Review, 89:1669

Como é possível visualizar na tabela, um efeito direto e material de uma decisão será o desenho em si de uma política pública que fora ordenada pelo Tribunal. Por outro lado, um efeito direto, porém simbólico, seria a definição daquele problema discutido como uma violação de direitos. Esse ponto é de extrema relevância ao se considerar o contexto da América Latina e as dificuldades institucionais de se promover políticas públicas efetivas em direitos humanos. Já um efeito indireto e material da decisão seria a formação de coalizações, a fim de uma melhor discussão sobre as questões levantadas, o que também é de extrema relevância, dada a participação de diversos atores, que atuarão em conjunto na busca de soluções efetivas. Por fim, um efeito indireto, porém simbólico, seria uma transformação da opinião pública em relação à gravidade de tal problema, peça fundamental para uma implementação de políticas públicas efetivas na promoção de direitos humanos.

Após 7 anos, por meio de entrevistas com atores, análise de conteúdo da cobertura da imprensa, participação e observação de reuniões e audiências, Rodríguez-Garavito concluiu também que o monitoramento das decisões emanadas é um grande diferencial para o sucesso desse modelo judicial mais ativo. A partir daí, Garavito passou a conceituar o ativismo dialógico, em que o Poder Judiciário emite decisões que estabelecem objetivos gerais e caminhos de implementação claros, por meio de prazos e relatórios de progresso. Tal forma de ativismo incentiva o acompanhamento da implementação dessas decisões, com a ocorrência de audiências públicas, comissões de monitoramento e maior participação dos cidadãos.

Esse autor analisa também que, nesse novo conceito de ativismo, os direitos discutidos devem ser fortes, no sentido de serem fundamentais na promoção de direitos humanos, como direitos de moradia, alimentação, educação e saúde. Além do monitoramento já citado anteriormente, as decisões dialógicas definem remédios que nada mais são que procedimentos e objetivos gerais do que deverá ser implementado. A tabela abaixo ilustra a análise comparativa de Rodríguez-Garavito (2010) em três casos diferentes no contexto da Corte Colombiana:

- caso T-025 / 2004: emergência humanitária causada pelo deslocamento forçado de 1.150 famílias em meio ao conflito armado colombiano. Foi um caso emblemático e que trouxe melhores resultados, visto que a CCC emitiu ordens mais flexíveis, deixando para o Poder Público com uma maior liberdade de atuação na implementação de políticas públicas. Foram emitidas basicamente três ordens: a formulação de um plano de ação para a solução das questões humanitárias básicas das famílias deslocadas; o cálculo da necessidade orçamentária para tanto e os meios necessários para a obtenção dos recursos financeiros; a garantia de proteção ao núcleo essencial dos direitos básicos daquelas famílias. Ressalta-se que foi determinado, também, um monitoramento constante das ações, com 21 audiências públicas de acompanhamento ao longo de 7 anos, envolvendo uma ampla gama de atores não governamentais, sendo que houve quase 100 decisões de acompanhamento por meio das quais o CCC ajustou seus pedidos à luz dos relatórios de progresso emitidos no âmbito desse monitoramento;
- caso T-760 / 2008: controvérsia envolvendo o fornecimento de medicamentos, em que a CCC determinou a formulação de uma contingência para lidar com a falência iminente do Sistema de Saúde, a criação de protocolos administrativos para resolver a queixa dos pacientes e o estabelecimento de mecanismos para a supervisão dos provedores de saúde privados. Foi previsto um monitoramento ambicioso, mas que acabou perdendo força;
- caso T-153 / 1998: grave situação dos detidos, com prisões superlotadas e péssimas condições prisionais, em que foram ordenadas ações diretas sem margem para os órgãos responsáveis atuarem. Combinado com a falta de monitoramento, o impacto final da decisão foi muito baixo na solução efetiva do problema estrutural discutido.

A tabela abaixo traz de forma sintética a análise final de Garavito para os casos estruturais citados acima:

Tabela 2: comparativo das decisões analisadas por Garavito

	Direitos	Remédios	Monitoramento	Impacto
T-025 / 2004 – famílias deslocadas	Forte	Moderado	Forte	Alto
T-760 / 2008 – sistema de saúde	Forte	Moderado	Fraco	Moderado
T-153 / 1998 – condições prisionais	Forte	Forte	Fraco	Baixo

Fonte: Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, Texas Law Review, 89:1669

A análise da tabela, conduz à percepção de que o caso T-025/2004, que se tornou emblemático no ativismo judicial da América Latina, trouxe melhores resultados, considerando o forte monitoramento que permitiu o ajuste dos rumos durante a implementação das ações, além dos remédios moderados que deram uma maior liberdade à atuação aos órgãos públicos responsáveis pela implementação das políticas públicas. Nos demais casos, a falta efetiva de monitoramento foi a causa principal do insucesso, porém no caso específico do T-153/1998, os remédios considerados fortes contribuíram de forma significativa para que o impacto fosse ainda mais baixo do que no caso T-760/2008.

3. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Novamente volta-se o olhar à contribuição teórica de Santos com mais uma passagem interessante sobre a busca de direitos na América Latina, incluindo o caso brasileiro:

Durante o processo brasileiro de democratização e de constituição de atores comunitários surgiu de modo semelhante a ideia do “direito a ter direitos” como parte da redefinição dos novos atores sociais. A mesma redefinição é detectável em muitos dos casos citados neste volume: no caso da marcha dos *cocaleros* (camponeses plantadores e coletores de coca) na Colômbia, Ramirez mostra que a luta contra a fumigação das plantações de coca expressa uma tentativa dos camponeses da região amazônica de cobrarem, em um contexto marcado pela violência externa, o reconhecimento de uma identidade alternativa à construída pelo Estado a respeito deles. Considerados pelo Estado como narcotraficantes e simpatizantes da guerrilha, os camponeses reivindicam ser reconhecidos como atores sociais independentes e cidadãos do país (...)A vulnerabilidade da participação à descaracterização, quer pela cooptação por grupos sociais super incluídos, quer pela integração em contextos institucionais que lhe retiram o seu potencial democrático e de transformação de poder está bem ilustrada em

vários dos casos analisados. SANTOS, 2003, p. 45).

Tais palavras são fundamentais para entender a necessidade um papel mais ativo do Judiciário num contexto de vulnerabilidade na participação popular em decisões governamentais. Inclusive considerando que, na atualidade, muitos direitos abrangem mais pessoas, inclusive grupos de pessoas indeterminadas.

Uma consideração importante de ativismo judicial no contexto brasileiro, feita pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, é que o ativismo é primo da judicialização. Interessante citar alguns números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, de forma bem contundente, trazem a ideia da grandeza da expressão “judicialização” citada por Barroso (2009):

- o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, aguardando uma solução definitiva;
- o tempo médio para a finalização de um processo, também em 2009, foi de 5 anos e 2 meses em média;
- a justiça brasileira apresenta o maior número de funcionários *per capita* (200) em comparação com diversos outros países do mundo, conforme dados da Comissão Europeia para Eficiência na Justiça;
- O STF tem capacidade para lidar com apenas 50% dos processos que chegam com preliminar de repercussão geral, que já é um grande “filtro” para a redução de números de processos que são respondidos por aquele tribunal.

Barroso (2009) ainda complementa que tal judicialização decorre do modelo constitucional que se adotou, e não de um exercício de vontade deliberado de vontade política por parte do Poder Judiciário. E que o ativismo judicial é uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. E isso acaba sendo fundamental, considerando o grande *rol* de direitos fundamentais da CF/88 e a elevação da dignidade da pessoa ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito.

A partir dessas constatações, o juiz passou a ter um maior protagonismo. Aliado à crise de representatividade política e à crise ética que assolou o Brasil nos últimos anos, o juiz passou a atuar de forma mais ativa, principalmente em questões sensíveis de direitos humanos. Embora haja críticas à essa nova postura, um ativismo dialógico nos conceitos ilustrados por Garavito parece ser um modelo coerente com a realidade atual brasileira, ratificada pela interpretação mais proativa da Constituição citada por Barroso, que ainda ilustra algumas características fundamentais do ativismo:

a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos

normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

O Ministro cita a ênfase desse ativismo em matérias relacionadas a políticas públicas, e isso traz um amplo espectro nesta atuação mais ativa do Judiciário em diversos direitos fundamentais. Uma decisão emblemática foi o julgamento da ADPF54/2004, de propositura pela Confederação Nacional dos Profissionais de Saúde, a respeito da possibilidade de aborto de fetos anencefálicos. Foi julgada procedente pelo Plenário e declarada inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção dessa gravidez seria crime, enfatizado o princípio da dignidade humana da mulher gestante em contraposição ao direito à vida do feto. Vale citar um trecho de extrema relevância desse julgamento:

No cumprimento das normas dispostas na Constituição da República, o Professor Daniel Sarmento destaca o crescimento da importância do Poder Judiciário "nos últimos anos e hoje se assiste no Brasil a uma verdadeira judicialização da política e das relações sociais. Por um lado, a Justiça passou a ocupar-se dos grandes conflitos políticos e morais que dividem a Nação (...). Por outro, ela foi descoberta pelo cidadão brasileiro mais humilde, que, apesar dos problemas ainda persistentes do acesso à prestação jurisdicional, tem passado a procurá-la com uma frequência cada vez maior para resolver aos seus problemas cotidianos. Assim, de instituição quase desimportante em regimes constitucionais pretéritos, o Poder Judiciário converteu-se numa espécie de 'guardião das promessas'.

Percebe-se que fora citado o termo "guardião das promessas" ao Poder Judiciário, mostrando a maior importância no atual contexto brasileiro. Essa expressão vem corroborar a visão de que o Poder Judiciário se transformou em um grande ator na sociedade, muitas vezes garantindo o mínimo de direitos que já estão previstos na própria Constituição. Entretanto, embora haja críticas quer seja pelo desrespeito à divisão de poderes, quer seja pela falta de legitimidade do Poder Judiciário, visto que seus membros não são eleitos, já há casos no Brasil alinhados com os conceitos de um ativismo dialógico.

Um outro julgamento do STF que veio ratificar essa tendência de ativismo dialógico foi o da ADPF 347/2015, em relação ao sistema carcerário brasileiro. Foi adotada uma abordagem gerencial por parte do Poder Judiciário, sendo que o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, esclarece que o Judiciário passa atuar em prol da superação de bloqueios políticos institucionais:

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a

matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática. (BRASIL. STF: ADPF 54/DF).

O Ministro Marco Aurélio ressalta a importância dos efeitos indiretos e simbólicos já citados anteriormente por Rodríguez-Garavito, quer seja o reenquadramento de questões socioeconômicas como problemas de direitos humanos, quer seja o fortalecimento em si da capacidade institucional do Estado em lidar com problemas estruturais. Cita também a importância da provocação dos responsáveis pela implementação de novas políticas públicas, além de citar expressamente conceitos já visualizados nas decisões da Corte Colombiana, como o monitoramento da implementação das soluções escolhidas, a fim de garantir resultados efetivos dessas ações.

Mais recentemente, no contexto da Pandemia pelo vírus da COVID-19, o mesmo Ministro Marco Aurélio veio trazer na ADPF 822 mais um exemplo de um ativismo dialógico. O ilustre Ministro considerou as medidas do Governo Federal insuficientes para o combate à Pandemia, ressaltando uma omissão reiterada da União numa política uniforme nacional de combate ao vírus. Nas palavras do Ministro: “A conclusão é única: ocorre violação generalizada de direitos fundamentais em relação à dignidade, à vida, à saúde, à integridade física e psíquica dos cidadãos brasileiros, considerada a condução da saúde pública durante a pandemia covid-19. Há falência estrutural”.

Importante citar o teor estrutural desse caso, considerando a grave crise sanitária decorrente da Pandemia de COVID-19, reforçada ainda mais pela incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificarem a situação (BRASIL. STF: ADPF 822/DF).

CONCLUSÕES

Chega-se à parte conclusiva do presente estudo na perspectiva de que um papel social mais ativo do Poder Judiciário importou em resultados importantes na América Latina, como se pode verificar no caso colombiano.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem atuado mais ativamente nos últimos anos, alinhado aos conceitos de um ativismo dialógico. Os exemplos apresentados ao longo desse ensaio estão a demonstrar, por um lado, a complexidade e a diversidade dos povos latino-americanos, quer seja pela questão dos indígenas na Bolívia, quer seja pela questão de extrema violência colombiana, e, de outro, seja pela ausência de capacidade institucional de o Governo

brasileiro promover uma agenda efetiva de políticas públicas, o Poder Judiciário sobressai-se, objetivamente, na questão de proteção dos direitos mais fundamentais dos cidadãos.

Tal ativismo demonstrou trazer resultados importantes e ser extremamente necessário em casos de inércia dos demais Poderes, em especial quando há violação massiva de direitos fundamentais. Esse é um cenário verificado constantemente em países com menor desenvolvimento econômico e social. Assim, o Judiciário atua num cenário em que legisladores e executivos demonstram uma incapacidade ou descompromisso na tomada de decisões para implementação de políticas. O Poder Judiciário passa a ser protagonista e responsável pela harmonização da atual estrutura do Estado Democrático de Direito, o qual zela pela concretização de direitos fundamentais e pela preservação da dignidade humana.

Por fim, identifica-se que, principalmente em nações com graves problemas estruturais, como é o caso da América Latina, não é possível ter um Judiciário passivo, em especial no que tange à concretização de direitos individuais e/ou coletivos, previstos no texto constitucional. Em que pese críticas à repartição de competências entre os poderes, e até uma possível usurpação, é necessária uma nova leitura sobre a noção de separação dos poderes e do princípio democrático.

É desejável um Poder Judiciário atuante que abra caminho para a efetivação de um Estado material de Direito, em busca de uma governança democrática e da consolidação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. *A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). São Paulo: Landy, 2005.

AVRITZER, Leonardo e SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: Para Ampliar o Cânone Democrático. *In Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann**. Santa Catarina: Revista Sequência, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, 2009.

BAXI, Upendra. **The future of Human Rights**. Oxford: Oxfors University, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Tutela dos interesses difusos**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, ano XII, nº 33, 169-182, março, 1985.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020 (ano-base 2019)**. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Consulta realizada em 08/08/2021.

COUNCIL OF EUROPE EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ). Disponível no endereço eletrônico: <https://www.coe.int/en/web/cepej>. Consulta realizada em 22/07/2021.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights: In Theory and Practice**. New York: Cornel University, 2003.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. **Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución**. Revista Española de Derecho Constitucional. n. 10, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da administração às decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: n. 2, 1993.

GOODALE, Mark. Locating rights, envisioning law between the global and local. In: GOODALE, Mark; MERRY, Sally Engle. **The Practice of Human Rights – Tracking Law Between The Global and the Local**. New York: Cambridge University Press, 2007.

HABERMAS, J. Três modelos normativos de democracia. In: Jürgen Habermas. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HOGEMANN, Edna Raquel. **Direitos humanos e filosofia Ubuntu**. RJ: Lumen Juris, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira (trad.) Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELLER, Arno Arnaldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004 MORAES,

Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NUNES, Dierle José Coelho. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do processualismo Constitucional democrático. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes, MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coord.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RODRÍGUES-GARAVITO, César. “*Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*”, Texas Law Review, 89:1669- 1698. (2010-2011)

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Edições Almedinas. Coimbra: Edições Almedina. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo liberal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCALIA, Antonio. **The rule of law as a Law of rules**. Chicago: University of Chicago Law Review, 56, nº 4. 1999.

TATE, Chester Neal, VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York; London: New York University Press, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro –

Análise da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas de padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 189, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. **O ativismo judicial e o jogo dos três poderes**. Jus Navigandi, ano 16, n. 2912, Teresina: 2011.

YOUNG, Iris Marion. **Desafios ativistas à democracia deliberativa**. Revista Brasileira de Ciência Política, nº13. Brasília: 2014.

Recebido – 04/01/2022

Aprovado – 24/08/2022