

Ativismo Judicial: perspectiva sobre Direitos Fundamentais

Mitermay Junqueira Filho

Graduando pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, bolsista FAPEMIG.

Dierle Nunes

Doutor em Direito Processual pela PUC-Minas/Università degli Studi di Roma " La Sapienza". Mestre em Direito Processual pela PUC-Minas. Professor Adjunto na UFMG, na FDSM e na PUC-Minas. Membro do IBDP e do IAMG. Advogado.

INTRODUÇÃO

A efetividade dos direitos fundamentais não foram realizados pelo Estado de Bem-estar Social. A Constituição que era considerada apenas um documento, hoje tem características sociais realizáveis. O sistema político que se omitia em realizar suas funções legislativas e executivas em razão dos direitos fundamentais, preocupam apenas em satisfazerem interesses partidários. Assim, a Constituição de 1988 criou mecanismos processuais para auferir direitos que antes eram indisponíveis. Entretanto, os mecanismos processuais são usados para suprir as omissões e levar o tema omisso ao Judiciário, fazendo com que o magistrado tome alguma iniciativa e se torne o protagonista devido ao "non liquet".

O presente protagonismo judicial tem causado muitas polêmicas em torno de serem consideradas ou não as decisões judiciais legítimas para o Estado Democrático de Direito. Devido ao poder conferido ao magistrado, que superam as omissões políticas, tomando decisões monocráticas, mesmo não sendo considerados representantes do povo.

A análise sobre como decorreu a Judicialização da Política, fator determinante para proteção das garantias dos Direitos Fundamentais, pretende demonstrar a evolução no quadro de Direitos Sociais contra as pretensões das políticas partidárias no Brasil.

Bem como, o Ativismo Judicial em sede de controle de Constitucionalidade, sob a ótica de ser um fator preponderante na virada conceitual sobre Direitos Fundamentais, como exemplo o caso norte-americano *Bronw vs Board of education*. E, os eventuais riscos que podem ensejar uma sentença que não possuem argumentos para a decisão, bem como, a tormenta que pode ocasionar devido ao "stare decisis" em razão da vinculação de outros tribunais.

Assim, como, demonstra a perda da representatividade, uma vez que representantes e representados se encontram em níveis verticais nas relações políticas, fator que impede a aproximação da cidadania.

Busca-se uma reaproximação entre representantes e representados a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas, bem como, reconfigurar as ideologias

partidárias por um diálogo cultural entre as camadas da sociedade. Com o intuito de promover uma Democracia justa, promovendo a tolerância sobre o pluralismo cultural.

Com isto, através do método analítico, busca-se alertar sobre o fracasso em que persistem as Instituições políticas no Brasil, levando ao surgimento da figura da Juristocracia como fator determinante na busca dos direitos fundamentais, e por outro lado a eventual crise que pode ocasionar a sua decisão. Diante desse problema, pensamos que o primeiro passo seria buscar reconfigurar a ideia sobre representatividade, buscando uma relação direta com os Poderes Políticos através dos discursos que saíam das diversas camadas sociais, para a implantação ou execução de políticas públicas.

1 Judicialização da política

1.1 Separação dos poderes e a Constituição de 1988

O artigo 2º da Constituição Federal propõe que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Assim, tem-se como um dos seus princípios da democracia moderna a separação dos poderes, com o intuito de descentralização do poder, uma vez que a concentração absoluta do poder nas mãos de um soberano nos levaria a um governo Totalitário. Como expõe Magalhães (2006, p. 57):

Imaginou-se um mecanismo que evitasse essa concentração de poderes, na qual cada uma das funções do Estado seria de responsabilidade de um órgão ou de um grupo de órgãos. Esse mecanismo foi aperfeiçoado posteriormente com a criação de mecanismos de freios e contrapesos, em que esses três poderes que reunissem órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem controlar. Esses mecanismos de controle mútuo, se construídos de maneira adequada e equilibrada e se implementados e aplicados de forma correta e não distorcida, permitirá que os três poderes sejam autônomos não existindo a supremacia de um em relação ao outro.

Assim, quanto mais fragmentado o poder fosse, menos dano causaria à população. Essa fragmentação de poder não significa que cada um é soberano ou independente por si só, pelo contrário, são autônomos, mas necessitam da integração entre eles, para que possa ser efetuada a ideia de freios e contrapesos,

ou seja, seria a maneira de fiscalizar as atribuições de cada poder. Nas palavras de Magalhães (2006, p. 58):

Importante lembrar que os poderes (que reúnem órgãos) são autônomos e não soberanos ou independentes. Outra idéia equivocada a respeito da separação de poderes é a de que os poderes (reunião de órgãos com funções preponderantes comuns) não podem, jamais, intervir no funcionamento do outro. Ora, essa possibilidade de intervenção, limitada, na forma de controle, é a essência de idéia de freios e contrapesos.

Vale mencionar outro dogma que se mantém sobre o fenômeno da separação dos poderes: que cada poder possuiria suas funções de maneira exclusiva, ou seja, caberia ao Legislativo apenas criar leis, ao Judiciário julgar e ao Executivo executar as leis. Entretanto, os poderes exercem funções que são consideradas atípicas, como lembra Magalhães (2006, p. 58):

Outro aspecto importante é o fato de que os poderes têm funções preponderantes, mas não exclusivas. Dessa forma, quem legisla é o Legislativo, havendo, entretanto, funções normativas por meio de competências administrativas normativas no Judiciário e no Executivo. Da mesma forma a função jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, havendo, entretanto, funções jurisdicionais em órgãos da administração do Executivo e do Legislativo.

Entretanto, foi necessária a criação de mais dois órgãos com o intuito de fiscalizar os poderes, assim fazendo valer a ideia de democracia, sendo eles: o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Assim, salienta Magalhães (2006, p. 59):

Com a evolução do Estado moderno, percebemos que a idéia de tripartição de poderes se tornou insuficiente para dar conta das necessidades de controle democrático do exercício do poder, sendo necessário superar a idéia de três poderes para se chegar a uma organização de órgãos autônomos reunidos em mais funções do que as três originais. Essa idéia vem se afirmando em uma prática diária de órgãos de fiscalização essenciais à democracia, como os Tribunais de Contas e, principalmente, o Ministério Público.

Assim, no primeiro momento, analisamos as funções de cada poder estatal no Estado de Direito, sendo elas típicas e atípicas. Referimo-nos à integração de mais dois órgãos incumbidos na fiscalização dos poderes com o intuito de atingir a função social do Estado. Antes de falarmos sobre a crise dos Poderes, entendemos

necessário falar sobre as causas que levaram a esse fenômeno da judicialização da política.

1.2 A Constituição de 1988 como fonte de promessas para a modernidade

A ditadura militar estava com os dias contados no início dos anos 1980: o povo reivindicava pelas eleições diretas, assim, foi convocada a Assembleia Constituinte e no dia 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição. Após um regime duro, em que não existia democracia, foi no discurso de promulgação da Constituição de 1988 que o Deputado Ulisses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, a batizou de Constituição Cidadã. Como menciona Mártires Coelho (2009, p. 202) sobre o discurso de Ulisses Guimarães:

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Gratificamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem e o seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã. Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar. A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade. Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo executivo e o legislativo. Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos. É a Constituição coragem. Andou, imaginou, inovou, ousou, ouviu, viu, destroçou tabus, tomou partido dos que só salvam pela lei. A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.

O preâmbulo da Constituição, nada mais é do que uma apresentação do seu conteúdo, ou seja, demonstra em poucas palavras quais são os objetivos, valores, e ideais que se pretende alcançar. Ao compararmos o preâmbulo da Constituição de 1967 com a Constituição de 1988, podemos perceber a passagem de um Estado que não se preocupava com a sua população, e um Estado totalmente voltado a garantir direitos sociais.

O Preâmbulo da Constituição de 1967 dispunha: "O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

No Preâmbulo da Constituição de 1988 propõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Os membros da Assembléia Constituinte estavam preocupados em garantir as expectativas que não foram atendidas no Estado de Bem-estar Social. Assim, nascia no Brasil o Estado constitucional de Direito, incumbido na concretização dos direitos do povo, uma vez que, são os detentores legítimos da soberania nacional. Nas palavras de Canotilho (2003, p. 100):

O **Estado constitucional** é "mais" do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para "travar" o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado "impolítico" do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual "todo o poder vem do povo" assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular.

A construção da Constituição de 1988 tinha como um dos membros, o jurista José Afonso da Silva, que estruturou a Constituição de 1988. Assim, a Constituição de 1988 é Dirigente e as normas constitucionais possuem: eficácia contida (para a norma constitucional ter efeito seria necessário a criação de uma norma infra-constitucional para delinear seus efeitos), eficácia plena (a norma constitucional teria eficácia imediata) e de conteúdo programática (normas base para a construção de políticas públicas). Como propõe Bercovici sobre a Constituição Dirigente (2005, p. 58):

A Constituição Dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substituindo a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política. O programa constitucional não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária.

Todavia, não é o que aparenta quando nos relacionamos a essas "normas programáticas", que geralmente possuem conceitos abstratos, com relação aos direitos culturais, econômicos e sociais. Como explica Canotilho (2003, p. 474):

As normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais são, segundo alguns autores, *normas programáticas*. As constituições condensam, nestas normas programáticas, princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social. A relevância delas seria essencialmente política, pois servem apenas para pressão política sobre os órgãos competentes. Todavia, sob o ponto de vista jurídico, a introdução de direitos sociais nas vestes de *programas constitucionais*, teria também algum relevo. Por outro lado, através das normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais e, por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização.

As normas consideradas programáticas, que tinham por intuito seguir diretrizes políticas, hoje são consideradas idealizadoras de direito, detentoras de valor jurídico determinante para atender a sociedade. Na explicação de Canotilho (2003, p. 1176):

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da "morte" das **normas constitucionais programáticas**. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas programa que impõe uma actividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismo políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vincutividade. As normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político.

Podemos ver essa garantia quando a Constituição no seu artigo 5º, § 1º, que as normas de garantias e direitos fundamentais tem eficácia imediata. Como menciona Silva (2011, p. 69):

Ainda que com redações diversas, muitas constituições, especialmente aquelas promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, contêm algum dispositivo sobre a eficácia e a aplicabilidade dos direitos fundamentais. Na maioria das vezes, essas cláusulas são reações a experiências anteriores, especialmente a concepções que encaravam os direitos fundamentais como dispositivos sem caráter normativo, que não vinculavam os poderes públicos e não conferiam direitos subjetivos aos cidadãos contra o Estado. Assim é que a Constituição alemã, por exemplo, em seu art. 1, III, dispõe que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes estatais como direitos de validade imediata. O mesmo objetivo tem o art. 5º, § 1º, da Constituição

brasileira, que dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Normas fundamentais que não podem ser extintas da Constituição, por fazerem parte da *reserva da Constituição*, são normas essenciais para a validade do Estado Constitucional de Direito: princípios fundamentais da organização estatal e direitos de liberdade e igualdade. Há autores que tratam essa perspectiva de "núcleo duro" ou "essência constitucional", por serem considerados como mecanismo de desenvolvimento constitucional e não poder ser extinto ou modificado. Como ensina Canotilho (2003, p. 1141):

Entende-se por **reserva da constituição** o conjunto de matérias que devem estar e não podem deixar de estar normativamente contempladas num texto constitucional. (...) Esta "essência constitucional" é constituída pelos princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político (poderes do legislativo, do executivo e do judiciário, princípio da regra maioritária) e pelos direitos de liberdade e igualdade básicos de um cidadão que as maiorias legislativas devem respeitar. (grifos do autor)

Diante da reserva constitucional é válido mencionar sobre o sentido que proíbe a vinculação do legislador em criar qualquer tipo de ato legislativo que seja contrário as normas e princípios constitucionais. Podemos perceber esta concepção nas palavras de Canotilho (2003, p. 440) que dispõe:

A cláusula de vinculação tem uma dimensão proibitiva: veda às entidades legiferantes a possibilidade de criarem actos legislativos contrários às normas e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanação de leis inconstitucionais lesivas de direitos, liberdades, e garantias. As normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias constituem, nesta perspectiva, *normas negativas de competência* porque estabelecem limites ao exercício de competências das entidades públicas legiferantes.

O "núcleo duro" está contido, e pode ser percebido, na Constituição de 1988, quando analisamos sobre as chamadas "cláusulas pétreas". Cláusulas consideradas "imutáveis" no ordenamento constitucional brasileiro, não podendo ser matéria de emenda constitucional que tente abolir alguma das matérias elencadas. Descreve desde modo o artigo 6º, § 4º da Constituição:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa do Estado;
II – o voto direito, secreto, universal e periódico;

- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

Diante exposto neste tópico, podemos perceber que a Constituição criou mecanismos para garantir direitos sociais, uma vez que, a reserva constitucional serve como parâmetro de dever constitucional e as "cláusulas pétreas" para garantir a "imutabilidade" dessas normas – podem haver normas que ampliem os direitos sociais (e outros direitos fundamentais), mas não diminuí-los, expressa ou implicitamente

Vale ressaltar uma questão: se os direitos individuais estão inclusos na reserva constitucional, logo por força do artigo 5º, § 1º, sua aplicação deve ser imediata, porém quando tratamos de normas de conteúdos abstratos como expõe o artigo 5º sobre direito à vida, à segurança e até mesmo os objetivos fundamentais de que trata o artigo 3º, deveria o executivo aplicá-los imediatamente (independentemente de questionamentos sobre haver ou não recursos públicos) ou seria necessária uma norma infraconstitucional para regulamentar matéria (logo, seria a Constituição apenas um papel escrito sem eficácia alguma)? Essa questão da eficácia foi tratada por Hesse (1991, p.25):

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura "impotente para dominar, efetivamente, a distribuição do poder", tal ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalista e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.

Apesar de muitos considerarem a Constituição apenas como um mecanismo político, devemos valorizá-la no sentido de realização dos direitos. Uma vez que além de ter características políticas, possui princípios e direitos fundamentais.

1.3 A crise dos Poderes - Entre interesses políticos e direitos fundamentais

A Constitucionalização do direito foi marcante para ensejar a crise das instituições, uma vez que a ramificação da Constituição como fonte de garantias fundamentais no âmbito dos direitos privado e público desencadeou a busca pelo

direito que não era realizado pelo Estado. Podemos perceber o que significa a Constitucionalização através de Canotilho (2003, p. 378):

Designa-se por **constitucionalização** a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. (grifos do autor)

Precisamos, antes de mencionar sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, revelar o que levou à chamada "Judicialização da política".

Omissões legislativas ocorrem para favorecer direitos de determinados grupos ou situações, e excluindo outros grupos e situações, ferem o princípio da igualdade. Podemos ter percepção deste acontecimento nas palavras de Canotilho (2003, p. 1035):

(...) o conceito jurídico-constitucional de omissão é compatível com **omissões legislativas parciais** ou **omissões relativas**, isto é, omissões derivadas de os actos legislativos concretizadores de normas constitucionais favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preencham os mesmos pressupostos de facto. Esta concretização incompleta tanto pode resultar de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações (*exclusão expressa ou explícita*), violando o princípio da igualdade e cometendo uma inconstitucionalidade por acção, como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de facto, mas sem que haja o propósito de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certos grupos ou situações (*incompletude regulativa*). Nesta última hipótese, haverá uma inconstitucionalidade por omissão e não por acção. Precisamente por isso, a *omissão legislativa* existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições legiferantes estabelecidas na Constituição. (grifo do autor)

Assim, percebemos que há interesse em fazer não o que é realmente considerado democrático, mas sim interesses políticos de determinados grupos. Enquanto isso, nos vemos a cada dia mais distantes dos direitos fundamentais, como afirmado por Theodoro Jr., Nunes e Bahia, (2010 p. 14):

Vemos uma democracia representativa em crise e um Parlamento sem agenda. Um Executivo que não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais; em verdade, as políticas públicas deste último se preocupam apenas com a tentativa de redivisão de renda, mas não com a consecução de todo o projeto constitucional de 1988 e de políticas de consolidação de direitos fundamentais.

Com isso podemos observar que através da máquina pública, há dissociação em relação entre representantes e representados, uma vez que estes são manipulados através de mecanismos de assistência social, não usando de fato o exercício da cidadania. Como menciona Luiz Werneck (2003 p.09):

É nesse circuito que se reforça a dissociação, crônica no país, entre representantes e representados, e se opera a redução da cidadania a uma massa passiva, mero objeto de políticas compensatórias e dos eventuais benefícios provenientes das máquinas que manipulam clientelas.

Perdemos assim, toda concepção que temos em relação a uma cidadania democrática participativa. Percebemos que a função do Legislativo, conceituada como representantes do povo, é cada vez mais declinável, assim distanciando a relação entre representantes e representados. Podemos perceber de maneira mais objetiva nas palavras de Luiz Werneck (2003, p. 09) :

Assim, se o civismo, por definição, implica a existência de uma esfera pública que se abre à participação de todos, as práticas prevaletentes de diminuição do papel do Legislativo na formulação da agenda política do país mingam a sua função institucional de ser responsivo às demandas da cidadania e suas possibilidades de se conectar ativamente com a sociedade civil.

E conclui Luiz Werneck (2003, p.09):

O público torna-se um espaço posto sob domínio do Executivo e das lideranças de sua maioria congressual, que, ao selecionarem os interesses e os valores a serem defendidos e estimulados, passaram a tomar, em estilo monocrático, decisões que vinculam a todos.

Decisões que geralmente não se preocupam em satisfazer as necessidades de quem mais precisa, o pobre, o manipulado a quem confiou para o representar. Assim, o proposto pela Constituição de 1988 se torna insustentável, por não atender o que se desejava no Estado Social, além, o pior é que muitos políticos e a mídia distorcem o conceito deste paradigma. Nas palavras de Magalhães (2006, p. 42):

Nesse novo paradigma, a pobreza não decorre das barreiras sociais e econômicas, mas, sim, do comportamento do pobre. O Estado não deve atrair as pessoas a uma conduta desejável por meio de reconhecimento, mas deve punir os que não agem como o desejado. O não-trabalho passa a ser um ato político que exige o recurso à autoridade. O Estado social passa a ser visto como permissivo, pois não exige uma obrigação de comportamento a seus beneficiários. A direita conservadora mais

reacionária e a autoproclamada vanguarda da nova esquerda dão eco a vozes como a de Charles Murray, que afirma que as uniões ilegítimas e as famílias monoparentais seriam a causa da pobreza e do crime e, por sua vez, o Estado social com sua política permissiva incentivava tais práticas. Além disso, a classe média produtiva se revoltava cada vez mais com a obrigação de pagar tributos para sustentar essas práticas. Os críticos do Estado social defendem cortes radicais nos orçamentos sociais e a retomada por parte da polícia dos bairros antes operários, hoje ocupados pelos clientes preferenciais do sistema social que tem de deixar de existir.

As políticas públicas que buscam satisfazer o sistema capitalista jamais seriam aptas a pertencer a um sistema democrático, uma vez que os que mais necessitam, como exemplo as minorias, não são assunto de debates na arena pública. Vivemos hoje uma política que, como menciona Magalhães (2006, p. 43):

O resultado dessas políticas (tanto da direita conservadora como da nova esquerda) é conhecido nosso no século XXI: mais exclusão, mais concentração econômica, mais violência, mais controle social, mais desemprego, menos Estado de bem-estar e mais Estado policial. O mais grave é o fato de que, ainda hoje, vozes que se dizem democráticas e à esquerda, continuam sustentando o mesmo discurso contra o Estado social, defendendo uma sonhada e desejável democracia dialógica construída pela sociedade civil livre, sem perceber que os novos excluídos estão fora do diálogo democrático, passando a fazer parte da crescente massa de clientes do sistema penal em expansão.

Distinção política que nos faz refletir sobre o conceito utilizado pelo Professor José Luiz Quadros de Magalhães, entre NOS x ELES, sendo que aqueles são os sábios detentores de riquezas e direitos, enquanto esses são apenas detentores de "alguns", quase nada, de direitos.

Isso faz com que os direitos que não são realizados pelo Executivo e Legislativo através de políticas públicas, desaguem em uma busca incansável pelo Judiciário. Nas palavras de Theodoro Jr., Nunes e Bahia, (2010, p. 16):

Sabe-se que no quadro da tripartição de funções quando qualquer deles não cumpre, com eficiência, seu papel institucional, ocorre uma compensação sistêmica que em nosso país costuma se atribuir ao Judiciário.

A Constituição de 1988, garante a apreciação judicial quando houver ameaça ou lesão a direito. Essa garantia se encontra em disposição constitucional, para auferir direitos não garantidos pelos entes políticos, assim, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, propõe:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Devido a essa norma constitucional e aos mecanismos processuais (que serão tratados no próximo tópico) para auferir direitos não garantidos pelas omissões dos poderes políticos, isso fez com que os magistrados obtivessem poderes políticos de forma indireta. Com isso, criou-se a ideia de politização do judiciário, uma vez que o magistrado além dos seus poderes de manter a ordem jurídica segura, compete agora criar leis e implementar políticas públicas. Podemos observar nas palavras de Vanice Regina citando José Eisenberg (2009, p. 33):

(...) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário.

Esse fenômeno teve como ponto de partida a 2ª Guerra Mundial, quando os direitos humanos se encontravam esquecidos. Assim, surgiu na Europa, através de Hans Kelsen, a ideia de controle concentrado das leis, com o intuito da Constituição ser a lei superior e toda lei infra-constitucional não pudesse violá-la. Esses marcos foram determinantes, como explica Vanice Regina (2009, p. 33):

(...) o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos após a 2ª Guerra Mundial; o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos; o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana; e a tradição européia (kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis como fatores importantes para se explicar do fenômeno da judicialização.

Com a Suprema Corte norte-americana tivemos os primeiros relatos sobre questões de ativismo judicial. Um caso marcante foi *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), que através da mutação constitucional implementou que o conceito de igualdade não suportaria qualquer discriminação. E, assim, o controle de constitucionalidade das leis se disseminou para outros países, como mostra Cappelletti (1984, p. 46):

(...) isto é, a tese de que o controle jurisdicional das leis representa uma idéia posta em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos, no séc. XIII, e difundida depois, no curso do séc. XIX, em outros países das duas Américas e, posteriormente, em outras partes do mundo.

No Brasil temos o controle de Constitucionalidade que é exercido pelo STF via controle concentrado, como previsto nos Artigos 102 e 103 da CF/88, bem como o controle difuso, que pode ser feito por qualquer juiz. Com o intuito de resguardar direitos constitucionais, sendo explicitadas suas características por Magalhães (2006, p. 195):

No Brasil, a partir da influência norte-americana na Constituição de 1891, temos uma combinação complexa e extremamente rica e democrática de controle de constitucionalidade e de jurisdição constitucional. Temos um controle misto no aspecto político e judicial; temos um controle misto quando combinamos também o controle difuso, no qual todos os órgãos do Judiciário podem e devem se manifestar sobre a constitucionalidade das leis e atos com mecanismos de controle direto nas ações diretas declamatória de constitucionalidade e de inconstitucionalidade por ação ou omissão, e ainda a ação por descumprimento de preceito fundamental; e temos um sistema misto quando combinamos mecanismos de controle prévio com os mecanismos repressivos.

A atuação da Suprema Corte seria uma forma corretiva dos atos políticos sempre que houvesse violação a direito. Assim, surge a ideia do *judicial review*, ou seja, a revisão judicial como mecanismo de adequação entre políticas e direitos. Podemos verificar esse fenômeno nas palavras de Canotilho (2003, p. 893):

Considerando-se que a interpretação das leis era uma tarefa específica dos juízes e que dentre essas leis se incluía a lei constitucional como "lei superior" (Corwin), estava aberto o caminho para a idéia de *judicial review*. Em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve preferir a lei superior (= lei constitucional) e rejeitar, desaplicando-a, a lei inferior.

Muitos acreditam que através do Judiciário possam auferir direitos fundamentais não constituídos, entretanto, podemos nos encontrar sob uma forma decisiva que não se encontram nos cânones da democracia, uma vez que, o magistrado pode ocasionar males piores por não estar em consonância com a realidade social que somente os entes políticos conhecem. Podemos observar nas palavras de Theodoro Jr., Nunes e Bahia (2010, p. 17):

(...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar e, em face disso, precisamos repensar nossa situação

jurídica e os discursos românticos da virtude e sensibilidade de nossos decisores, sob pena de com rótulo de um idílico *ativismo judicial* se implementar uma verdadeira juristocracia.

Sem entrar em mais detalhes sobre a atividade do Juiz, que será tratada no tópico 2º deste trabalho, observamos a crise das instituições no Brasil. Sendo que o Executivo não cumpre com as políticas públicas e o legislativo se omite em realizar atos que satisfaçam direitos fundamentais, assim recaindo sobre o Judiciário a tarefa de cumpri-los.

1.4 Mecanismo processual que leva ao "non liquet"

Neste tópico serão tratados os mecanismos processuais que servem como meio de manifestar a Jurisdição para auferir direitos fundamentais que não são realizados pelos entes políticos. Assim, de maneira sucinta nos limitaremos em tratar apenas de um instrumento processual, já que a ideia central é sobre o Ativismo Judicial e as relações com os direitos humanos, é ele o Mandado de Injunção.

O Mandado de Injunção esta previsto no artigo 5º inciso LXXI da Constituição Federal, e dispõe que sempre que faltar *norma reguladora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais*, caberá impetrar este remédio constitucional. O objetivo do Mandado de Injunção é impulsionar o poder político para regulamentar direitos, nas palavras de Gilmar Mendes (20xx, p. 1236):

Objeto desse controle abstrato de inconstitucionalidade é a mera constitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade da norma constitucional.

O Mandado de Injunção equipara-se a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, quando relacionamos o § 2º do artigo 103 da Constituição de 1988, propondo que quando for declarado a inconstitucionalidade por omissão, será dado conhecimento ao Poder competente para a tomada das providências e se tratando de órgãos administrativos, para que seja feito em 30 dias.

Entretanto, há alguns precedentes do STF, que inclusive ganharam força com o Ministro Marco Aurélio, no sentido de que a simples comunicação ao Poder

competente à realização do feito não seria suficiente, propondo que o Tribunal deveria solucionar o direito constitucional violado. Como lembra Vanice Regina (2009, p. 56):

Finalmente, registre-se a posição reiterada por quase duas décadas do Ministro Marco Aurélio, o qual entende que a simples comunicação da existência da omissão não se apresenta como provimento jurisdicional apto a superar a violação à Constituição tutelada pelo MI e que o STF deveria construir, à luz do caso concreto, provimento jurisdicional mais ambicioso a conferir contornos normativos aplicáveis ao direito constitucional obstado no seu exercício por ausência da lei.

Assim, percebemos a proporção do poder destinado ao magistrado, uma vez concretizando as normas que geralmente possuem caráter abstrato, sem ao menos ter um diálogo político. Mas, não é o entendimento do Ex-Ministro Eros Grau :

Eros Grau entende que ao STF incumbe remover o obstáculo decorrente de omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto: norma enunciada como texto normativo, logo sujeita à interpretação pelo seu aplicador. Não se estaria – na oferta desse tipo de prestação jurisdicional – legislando, mas desenvolvendo função normativa, compatível com o compromisso, do instituto, de efetivar o texto constitucional (REGINA, 2009, p.59)

O Mandado de Injunção é um dos mecanismos judiciais que impede o Magistrado de ficar inerte quando há violação de preceitos constitucionais. Então, ficam evidenciados os caminhos para se chegar à Judicialização da política, com esse contexto analisado, passaremos a tratar sobre o Ativismo Judicial.