

## **PROTAGONISMO JUDICIAL NO BRASIL:** em busca da concretização de direitos fundamentais sociais

**Ana Teresa Silva de Freitas**

Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Ministério Público do Estado do Maranhão (MP/Ma)

**PROTAGONISMO JUDICIAL NO BRASIL:** em busca da concretização de direitos fundamentais sociais

**Resumo:** Este texto faz uma análise sobre a atuação cada vez mais determinante do Judiciário brasileiro para tornar efetivos os direitos fundamentais sociais, na tentativa de compreender esse fenômeno, suas causas e consequências.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, protagonismo judicial.

**JUDICIAL PROTAGONISM IN BRAZIL:** In search for the concretization of the fundamental social rights

**Abstract:** This text makes an analysis about the each time more determinant acting of the Brazilian Judiciary to turn effective the fundamental social rights, attempting to comprehend this phenomenon, its causes and consequences.

**Keywords:** Fundamental rights, judicial protagonism.

Recebido em 16.07.2013 Aprovado em 06.01.2014

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, com a reconstrução dos direitos e garantias fundamentais, após décadas de autoritarismo, e com a ampliação do acesso à justiça, o poder jurisdicional ganha força e o Judiciário brasileiro passa a experimentar formas mais avançadas de controle de constitucionalidade e a interferir diretamente para que a Constituição e os direitos nela insertos passem a ser realidade, na tentativa de reduzir as graves distorções sociais. Esse panorama, aliado a uma nova credibilidade alcançada pelo Judiciário, trouxe ao julgador mais ações, calcadas no reforço, ainda que sensível, dessa nova imagem em construção.

A inércia é um dos princípios aplicáveis ao poder jurisdicional que aguarda a provocação das partes. Portanto, se os julgadores têm protagonizado a concretização de políticas sociais e direitos sociais, eles o têm feito devido à provocação cada vez mais numerosa e que se espraia também por novos caminhos.

O que ocorreu ao Judiciário Brasileiro e o que está ocorrendo com a sociedade brasileira? Que mudanças se operaram para que ações judiciais tenham por objeto a concretização de direitos fundamentais? O Judiciário estaria invadindo as esferas do Legislativo e Executivo, na concretização desses direitos, em especial no que se refere aos direitos fundamentais sociais? Ou estaria dando respostas diante da inércia dos demais poderes para a realização de políticas públicas sociais? Procura-se, diante dessas indagações, traçar reflexões teóricas sobre a atuação do Judiciário, a que se escolheu denominar neste texto protagonismo judicial, em atenção à designação atribuída por Santos (2007a).

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: caminhos para sua realização pelo “protagonismo judicial”<sup>1</sup>

A precarização dos direitos sociais, a violação dos direitos individuais e, sobretudo, a exclusão social tornam cada vez mais indispensável a garantia efetiva desses direitos fundamentais, movimentando o Judiciário brasileiro em demandas individuais e coletivas para tornar efetivos os direitos, constitucionalmente estabelecidos, e que deveriam integrar políticas públicas sociais ou que, embora as integrem, não encontram concretização real.

Em expressão bastante adequada, Santos (2007a; 2007b) fala em protagonismo judicial para fazer referência a esse fenômeno, o qual tem sido crescente, em busca da concretização de direitos fundamentais<sup>2</sup>, em especial dos chamados direitos fundamentais sociais. O Judiciário passa a ter um papel de destaque no controle da constitucionalidade, seja da ação ou da omissão dos demais poderes do Estado.

Embora haja um grande número de políticas sociais, o Estado, por fatores vários, dentre eles

a dimensão continental, a diversidade cultural e econômica e a endêmica corrupção que o assola, não consegue atingir o básico dos direitos fundamentais estabelecidos ao cidadão. Por sua vez este, após a abertura democrática, cada vez mais cômico de seus direitos, invoca o Judiciário para que sejam atendidos os seus pleitos mais básicos e emergenciais, conduzindo a uma participação efetiva do Judiciário para dirimir os conflitos, concretizando os direitos fundamentais, quando não há pelo Estado (legislador ou governo) uma atuação voltada a essa concretização.<sup>3</sup>

Canotilho (2003, p. 407-10), discorrendo sobre as quatro funções dos direitos fundamentais, enfatiza a da prestação social, que determina o direito de obtenção aos denominados direitos sociais, seja por meio de prestações diretas, seja por políticas públicas de cunho social. Com efeito, o Brasil é dotado de uma Constituição com um largo feixe de direitos e garantias fundamentais. No entanto, esses direitos, no básico a ser concretizado, encontram-se órfãos de políticas públicas, sendo mantidos, formalmente, no texto constitucional, sem uma correspondência efetiva. Esse quadro de orfandade do cidadão diante do básico de seus direitos fundamentais, sem dúvida, aponta para a busca da tutela jurisdicional, na tentativa de obter uma resposta concreta, que não encontra correspondência na legislação infraconstitucional, nem na atuação do governo. Santos (2007a, p. 20) esclarece:

É verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário. Muitas das decisões judiciais protagônicas acabam por consagrar princípios e normas constitucionais para além ou ao contrário do que está estabelecido na lei ordinária.

Note-se que o jogo de interesses nos diversos campos expressivos de poder, seja simbólico ou efetivo, condiciona a inserção das demandas sobre os direitos fundamentais na agenda pública e na construção de políticas a realizá-los.

O Judiciário, diante desse quadro, passa a ser protagonista no processo de rejeição da função da Carta de 1988 como simples mito ou utopia, a ser realizada em um futuro distante. A humanização é a tônica a mover a atuação jurisdicional, em demandas que vão desde o direito fundamental à saúde à concreção de direitos difusos, como ao meio ambiente. Decerto os direitos fundamentais, que consubstanciam o princípio do acesso à justiça e do devido processo legal, são motivadores das ações

judiciais, pois o Judiciário, funcionalmente inerte, passa a ser destinatário crescente de conflitos a serem solucionados pelo ajuizamento, conseqüentemente, também crescente de ações judiciais.

De todo modo, nunca, como hoje, o sistema judicial assumiu tão forte protagonismo (SANTOS, 2007). A Constituição Federal, ao garantir a justiça gratuita, ao estabelecer a Defensoria Pública e ao atribuir ao Ministério Público a defesa do Estado Democrático de Direito e a tutela de direitos difusos e coletivos, permitiu, ao indivíduo e à sociedade serem protagonistas, como sujeitos ativos de suas demandas. Essa força do Judiciário, portanto, deve ser merecidamente atribuída aos autores das diversas ações judiciais, garantidoras de direitos fundamentais, em especial os de natureza social.

A Carta de 1988 ultrapassa as fronteiras de seu texto para que a sua credibilidade permita a provocação do Judiciário. Nenhuma Carta constitucional no Brasil teve esse poder de integração dos vários campos sociais, para que suas reivindicações fossem contempladas em um conjunto extenso e analítico de dispositivos (GONÇALVES, 2006). E se esses pleitos materializam-se em conflitos, são eles transferidos ao poder jurisdicional a dirimi-los.

A omissão ou a não realização das políticas sociais, para garantir esses direitos ou a sua efetivação deficitária é a motivação para a intervenção do julgador, seja em 1º grau, em 2º grau, ou ainda pelo controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Piovesan (2009, p. 34) acrescenta sobre a extensão dos direitos fundamentais na Carta de 1988:

[...] não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados. Nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.

[...] a Carta de 1988, ao mesmo tempo que consolida a extensão de titularidade de direitos, acenando para a existência de novos sujeitos de direitos, também consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, por meio da ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais.

O esforço para minimizar as desigualdades existentes no Brasil, portanto, é resultado das lutas dos campos sociais dominados, que, com novos instrumentos de acesso ao Judiciário, podem trazer os seus conflitos ao palco da jurisdição, que, no afã de atribuir maior força normativa à Constituição, pode ir além de seus limites. Ou pode ainda fazer o contrário, atribuindo interpretação diversa,

contrariando a Constituição. Porém, é na tarefa de conferir eficácia máxima que o Judiciário pode e tem avançado e deve avançar cada vez mais. As distorções, entretanto, a interferir nas atribuições dos demais poderes do Estado podem ser sentidas. Mas o ponto de equilíbrio deve ser perseguido. Miranda (2008, p. 297) observa ainda:

A vinculação dos tribunais aos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais traduz-se:

- a) Positivamente, na interpretação, na integração e na aplicação de modo a conferir-lhes a máxima eficácia possível, dentro do sistema jurídico;
- b) Negativamente, na não aplicação dos preceitos legais que não o respeitem (art. 204º), com os instrumentos e técnicas da apreciação da inconstitucionalidade material mais exigentes (1).

Na afirmação dos direitos fundamentais ou na negação de atos, de qualquer natureza, que os violem, os julgadores partem de interpretação das normas constitucionais que os definem e utilizam a argumentação<sup>4</sup> para estabelecer o seu controle. Argumentação, que utiliza a distinção entre princípios e regras<sup>5</sup>, para sopesar os direitos em colisão ou para lhes conferir a máxima efetividade.

Se há esse destaque do Judiciário e um aparente desequilíbrio em relação aos demais poderes, certamente, deve-se a uma ausência de atuação, a um espaço em branco, que passa a ser ocupado pelo Estado-Juiz para dar respostas às demandas que lhe são apresentadas. Trata-se de reconhecer que já há um desequilíbrio e que ele integra o processo democrático e também se trata de compreender a importância do Poder Judiciário como expressão de poder coercitivo e de controle, para a transformação de direitos em realidade, tornando-os efetivos perante os demais poderes estatais.

### 3 BREVES REFLEXÕES SOBRE LIMITES E PODERES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Para uma democracia cada vez mais intensa (SANTOS, 2007b) é indispensável o exercício mais amplo da cidadania, redimensionando a utilização do espaço público. Esse espaço deve ser utilizado para refletir os conflitos e suas possíveis soluções, que, na ausência de respostas da legislação e de implementação de políticas públicas, passam a ser apresentados ao Judiciário. Resta saber quais os limites a estabelecer o razoável na concretização de direitos sociais. Como e quando pode o julgador intervir na defesa de direitos fundamentais? A Jurisdição pode negar, mais uma vez, ao cidadão os seus direitos constitucionalmente garantidos, mas sem expressão efetiva? Essas questões movimentam a democracia e afligem julgadores

e jurisdicionados, estabelecendo tensões entre os poderes estatais, que parecem contrapor-se. E nesse contexto a política neoliberal se afirma e afasta a possibilidade de uma democracia de alta intensidade (SANTOS, 2007). Vazio o conteúdo democrático se inexistente a realização de direitos fundamentais sociais garantidos.

O poder jurisdicional não é absoluto e nem poderia sê-lo. No Estado Democrático de Direito impõe-se limites ao poder, definidos constitucionalmente, a impedir a escolha arbitrária de quem julga. O Estado Democrático de Direito está fundamentado no dogma da separação de poderes e em sua unidade em relação ao Estado. Como observa Miranda (2003, p. 233)

Designadamente, os três poderes referidos por Montesquieu – Legislativo, Executivo e Jurisdicional – correspondem a funções; e também a distinção, em cada poder, de uma *faculté de statuer* e de uma *faculté d'empêcher* prefigura algumas das análises sobre função de fiscalização ou controle.

Essas funções a que corresponde a tripartição dos poderes estatais apresentam “[...] interpenetrações e inevitáveis zonas cinzentas. (MIRANDA, 2003, p. 254).

O exercício dos três poderes, portanto, tem limites, mas coexistem funções, que estão em controle recíproco e que se inter-relacionam, no sistema inspirado no Direito americano, de controle recíproco entre os poderes. O Judiciário exerce controle de constitucionalidade das ações e omissões legislativas e do Executivo. Todavia, esse controle não pode usurpar funções que não lhe são próprias. Certamente que não mais se admite a forma rígida da separação de poderes pensada por Montesquieu no Espírito das Leis, nem pode ser afirmada a função do julgador como mero aplicador da legislação, sem qualquer processo interpretativo ou criativo.

O restabelecimento desse equilíbrio deve-se não só ao controle de constitucionalidade, mas às garantias atribuídas à magistratura e, sobretudo, encontra-se nos princípios da independência e da imparcialidade, que impõem uma atuação vinculada às questões colocadas na lide, sem qualquer ingerência externa e distanciando-se das partes. Assim, embora impossível a quem julga, seja individualmente ou nos tribunais, uma neutralidade, a ponto de negar as convicções internas, a observância dos princípios referidos importa em afastar-se, na medida do possível, de interferências alheias ao processo e o que ele provoca, porém sempre considerando os efeitos concretos do que é objeto da decisão.

O pós-positivismo, que permitiu ao intérprete liberá-lo da subsunção, para fazê-lo conhecer dos

princípios, tornando-os “[...] mandamentos de otimização, a ordenar que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades existentes.” (ALEXY, 2008, p. 90), sem dúvida, ampliou as possibilidades interpretativas, dando ao julgador o poder da argumentação racional e da persuasão a convencer, motivadamente, da sua decisão. Não há na interpretação reprodução mecânica de textos normativos, mas não há criação totalmente desvinculada dos princípios e regras consubstanciados no caso concreto. Acrescenta Ramos (2010, p. 119) que as decisões judiciais são “[...] necessariamente criativas e inovadoras [...]” porque não se limitam à reprodução de textos legais, posto que enriquecidas pelo caso concreto que as provocaram.

Consoante Barcellos (2008, p. 35) “[...] a maioria dos conflitos normativos que exige ponderação envolve princípios.”, conceituando a autora como ponderação “[...] a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”. A crise do *Welfare State*, com a definição de uma política neoliberal acentuada, que afasta a concretização de direitos fundamentais e desresponsabiliza o Estado pelas políticas sociais, conduziu a provocação do poder jurisdicional a intervir para solucionar essa ausência do Estado, seja por omissão legislativa, seja por uma atuação de governo. Vitovsky (2010, p. 103) esclarece:

O ativismo judicial se insere nesta crise dos Estados, agravada pela globalização. Vem decorrente da perda de centralidade normativa dos Estados, vem como tentativa de assegurar os direitos sociais já existentes, de expandi-los e promover a efetividade dos direitos humanos, com conotação política.” Nessa compreensão o ativismo seria uma necessidade para a concretização de direitos fundamentais. Uma reação e resposta às questões sociais.

Portanto, o texto normativo é apenas o ponto de partida do processo concretizador, que integra a produção realizada pelo órgão jurisdicional, envolvendo a normatividade constitucional, os efeitos da decisão judicial e as possibilidades efetivas de sua realização no espaço social. O Poder jurisdicional não fica restrito à interpretação, deve buscar a concretização de direitos fundamentais, sendo entendida “[...] como o processo de construção de uma norma jurídica, que leva em conta tanto os elementos intrínsecos do texto da norma, como os elementos extrínsecos a ele.” (CARVALHO, 2008, p. 89). Resta aferir quais os limites dessa concretização e suas possibilidades, que somente podem ser avaliadas diante dos conflitos e interesses que são colocados ao julgador, no espaço do Estado Democrático de Direito e de suas dimensões.

#### 4 CONCLUSÃO

Refletir sobre a atuação dos juízes e tribunais na atualidade implica em repensar o papel do Estado, suas funções e disfunções, que afirma e nega direitos, avança e retrocede. As expectativas são muitas e muito ainda há por ser edificado, a solidificar a democracia no país. Acredita-se que o protagonismo judicial, em duas décadas de vida da Carta de 1988, representa uma reação positiva a tanto que ainda se espera do Estado, que desde a colonização violou direitos humanos e apropriou-se da diversidade ambiental, racial e cultural, para, autoritariamente, calar as diferenças, transformando-as em padrões, a usurpar a dignidade humana de tantas gerações.

Se há excesso, deve ser coibido. Se há autocontenção, deve ser enfrentada. Mas jamais se deve fornecer elementos para retirar das decisões judiciais a sua efetividade e o seu poder. Os direitos fundamentais sociais não podem existir somente como abstrações. Não há respostas prontas e nem realidade inquestionável. Tenta o Estado-Juiz ocupar um espaço que outrora lhe foi negado pelos anos de autoritarismo e, simultaneamente, permitir ao cidadão a fala que lhe foi usurpada, a resgatar direitos e garantias. Ambos, cidadão e julgador, estão em processo de aprendizado democrático, que vai sendo consolidado com os “erros” e “acertos” de suas expressões, nas ações ajuizadas e nas decisões proferidas. Aprendizado democrático que também é realizado entre os três poderes do Estado, com todas as suas tensões.

#### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional**: métodos específicos de interpretação. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. Tomo IV. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007a. (Coleção questões da nossa época: v. 134).

\_\_\_\_\_. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007b.

VITOVSKY, Vladimir Santos. **Activismo judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica**. In: OLIVEIRA, U. M.; ANJOS, L. F. (Org.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 89-136.

#### NOTAS

<sup>1</sup> Expressão utilizada por Santos (2007, p. 15). Neste texto deu-se preferência a essa expressão, abandonando-se a designação ativismo judicial, pela polêmica dicotômica que encerra, mas, desde já, compreendendo a sua inclusão na designação protagonismo, em contraposição à autocontenção judicial.

<sup>2</sup> Concretizar, segundo Müller (2005, p. 131-132), não se resume a aplicar, interpretar, subsumir, nos moldes positivistas, nem se limita a individualizar a norma genérica para o caso concreto, significa “produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse quadro de uma democracia e de um Estado de Direito”.

<sup>3</sup> Há aqui uma preocupação com a efetividade das normas constitucionais e não com a simples discussão sobre sua eficácia. Cabe distinguir: a eficácia está voltada às possibilidades, em potencial, de produção de efeitos da norma e a efetividade a sua realização prática, o seu cumprimento. Para a efetividade,

indispensável o processo de concretização das normas, que se inaugura com a interpretação, permitindo uma solução jurídica diante da realidade posta ao julgador.

- 4 Segundo Alexy (2008), é tarefa da argumentação jurídica diferenciar fundamentações jurídicas certas e erradas. Para o autor, as disposições de direitos fundamentais, abstratas, abertas e ideologizadas, contidas no texto formal associadas à vontade do legislador constituinte são o ponto de partida da argumentação.
- 5 “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. [...] princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.[...] Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.”

**Ana Teresa Silva de Freitas**

Bacharel em Direito

Mestre e Doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Professora da Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Promotora de Justiça do Estado do Maranhão

E-mail: anateresaf@uol.com.br

**Universidade Federal do Maranhão- UFMA**

Cidade Universitária do Bacanga

Avenida dos Portugueses, 1966-Bacanga

85.085-580- São Luís-Ma

**Ministério Público do Estado do Maranhão**

Av. Prof. Carlos Cunha s/n.º.

CEP: 65076-906- Callhau

São Luís-Ma