

O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos*

*Enrique Ricardo Lewandowski***

O jusfilósofo Norberto Bobbio, recentemente falecido, escreveu um pequeno grande livro, pequeno no tamanho, mas extremamente denso no conteúdo, que não é propriamente um livro, mas sim uma coletânea de textos e até de entrevistas desse grande pensador italiano. O livro chama-se *A era dos direitos*.

No livro, o pensador italiano lança a ideia de que estávamos, no final do século XX, na “era dos direitos”, e isto foi colocado por Norberto Bobbio, fundamentalmente a partir de uma pergunta que lhe foi feita por um entrevistador.

Indagado pelo entrevistador quais seriam os principais problemas que o mundo enfrentava naquele final do século XX, disse então Norberto Bobbio que era, em primeiro lugar, o crescimento incontrolado e extremamente dinâmico da população mundial; o crescimento rápido e descontrolado da proliferação das armas de destruição em massa; e o terceiro problema era a destruição descontrolada e crescente do meio ambiente.

O entrevistador, um pouco desapontado, perguntou ao grande Norberto Bobbio: “mas enfim, o senhor não vê nada de positivo neste final de século”? Norberto Bobbio, então disse: “claro que sim, eu vejo algo extremamente positivo, que é o crescente interesse, tanto no plano interno dos Estados, quanto no âmbito interna-

* Palestra proferida na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro no âmbito do projeto “Diálogos com o Supremo”, realizado pelo Programa de Mestrado em Poder Judiciário em 28 de agosto de 2009.

** Enrique Ricardo Lewandowski é ministro do Supremo Tribunal Federal.

cional, no que toca aos direitos fundamentais, a proteção dos direitos fundamentais”. E dizia então Norberto Bobbio que isso representava um progresso moral da humanidade. Em função disso, estávamos entrando numa nova era, que é a era dos direitos.

Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. Por isso, ao invés de “ativismo judicial” ou “ativismo do Supremo Tribunal Federal”, prefiro utilizar a expressão “protagonismo” do Supremo Tribunal Federal e/ou, também, em conjunto, “protagonismo do Poder Judiciário”, como um todo, neste limiar do século XXI. Por quê? Porque nós estamos entrando na era do direito.

O século XIX foi o século do Poder Legislativo, o século do Estado mínimo, do Estado não intervencionista, Estado que presidia uma sociedade predominantemente rural. Claro que existiam cidades, mas a vida era praticamente uma vida rural, uma vida onde o tempo transcorria de forma muito lenta; então, era perfeitamente possível que a tomada de decisão se desse num fórum relativamente grande, complexo, no que diz respeito à tomada de decisão, que era o Poder Legislativo, e que, por sinal, naquele momento histórico concentrava, aqueles que empolgavam o poder político em suas mãos, que era a burguesia triunfante, que vinha das revoluções liberais burguesas do século imediatamente antecedente, como grande parcela da sociedade vencedora, seja no âmbito econômico, seja no âmbito político.

O século XX foi o século em que o grande protagonista foi o Poder Executivo, o século que exigia do Estado respostas rápidas, imediatas aos estímulos. O século da Revolução Russa de 1917, o século da Primeira Guerra Mundial de 1914 a 1918, o século da Segunda Grande Guerra, que terminou em 1945, o século da globalização econômica, em que o Estado, por meio de seu órgão mais ativo, mais avançado, exercia um protagonismo maior.

De todo modo, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo, por várias razões, deixaram de ser protagonistas. Talvez o Poder Legislativo tenha perdido sua legitimidade, tenha dificuldade em funcionar, sobretudo no regime presidencialista. Aqui no Brasil ele tem realmente um problema muito sério, que é a excessiva fragmentação partidária.

O Poder Executivo, também enredado em seus próprios problemas, não tem podido dar a resposta adequada às demandas da sociedade. Então, este é o momento do Poder Judiciário. A era dos direitos a que se referia Bobbio é a era do Poder Judiciário. E a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade.

Os direitos humanos da primeira geração, direitos civis e políticos, na nomenclatura anglo-saxônica, ou direitos individuais, são os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, direitos amplamente compreendidos evidentemente: o direito à vida não é só o direito de viver, de permanecer vivo, mas o direito de não ser torturado, o direito à incolumidade física, à liberdade, não apenas a liberdade de ir e vir, mas também a liberdade de expressão, a liberdade de culto, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, a liberdade de iniciativa. O direito de propriedade reside não apenas na propriedade material, móvel e imóvel, mas também na propriedade imaterial, no direito a ter direitos. Nessa primeira geração coloca-se, também, o direito à participação política, o direito de votar e ser votado.

Esses direitos se desenvolveram basicamente no final do século XVIII e encontraram expressão em duas grandes constituições paradigmáticas: a Constituição americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791, ambas resultantes de dois grandes movimentos revolucionários: a Revolução Francesa de 1789 e a Guerra da Independência norte-americana. Esta não foi apenas uma luta para se livrar da metrópole britânica, mas também foi uma luta contra o absolutismo.

O século seguinte — o século XIX — vivenciou o embate do capital e do trabalho em função da Revolução Industrial, dos malefícios da Revolução Industrial, pois justamente a aplicação da máquina a vapor aos processos produtivos gerou tal embate, uma série de revoltas, motins, revoluções por toda a Europa, e constituiu caldo de cultura a uma série de novas ideias revolucionárias: o anarquismo, o sindicalismo, ao narco-sindicalismo, o socialismo utópico científico, enfim, é o momento em que Marx e Engels lançam seu livro, que teve grande repercussão — o manifesto comunista — que termina com o brado: “proletários de todo o mundo uni-vos”.

Obviamente o Estado, que era um mero expectador dos conflitos sociais, naquele momento é lançado à arena, e precisou tomar posição com relação a esses embates sociais, entre (i) aqueles que tudo possuíam e aqueles que nada tinham, aqueles que meramente vendiam a sua força de trabalho, e (ii) frente à própria Igreja Católica, que no final do século XIX, sob os auspícios do Papa Leão XIII, edita uma Encíclica famosa chamada *Rerum Novarum*, em que insta o Estado a tomar parte no conflito. E o Estado toma parte efetivamente nos conflitos, com o surgimento, então, dos chamados direitos sociais: os direitos econômicos, sociais e culturais, o direito ao trabalho, a condições dignas do trabalho, à educação, à saúde, atualmente o direito ao lazer, o direito a formar sindicatos, o direito a fazer greves. Esses são os direitos de segunda geração.

No século XX surge, portanto, outra categoria de direitos, que se convencionou chamar de direitos de solidariedade, ou de fraternidade, que se desenvolvem basicamente a partir da segunda metade do século XX, depois dos anos 1950, depois das grandes guerras mundiais, depois da destruição maciça que as guerras

produziram, no bojo do processo de globalização, quando se percebeu que a terra corresponde a uma pequena espaçonave perdida no universo infinito, com recursos naturais finitos. Aparece um conjunto de direitos que dizem respeito à sobrevivência da própria humanidade: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito à proteção do meio ambiente, o direito de proteção ao patrimônio comum da humanidade, mas, evidentemente, a roda da história não para, surgem novos direitos, já se fala em direitos de 4ª geração, que são aqueles direitos que estão sendo elaborados tendo em conta, de um lado, o progresso enorme no âmbito da tecnologia da informática e das comunicações, que ameaçam a privacidade do ser humano, de outro lado, o enorme progresso na biotecnologia, na bioengenharia, que permite em tese que se crie, por meio da clonagem e de outras manipulações genéticas, monstros que foram imaginados pela mitologia grega, como centauros, minotauros, sátiros etc. Há um patrimônio de direitos que não cessa de evoluir e que foram conquistados ao longo dos séculos, cujo guardião é exatamente o Poder Judiciário. Por isso, afirmo que o grande protagonista do século XXI é o Poder Judiciário, e o Poder Judiciário precisa dar uma resposta célere às demandas que a sociedade lhe coloca, no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais, e até porque a justiça que tarda é uma justiça que falha.

Tendo em conta esse aspecto, esse problema, o constituinte derivado, na Emenda nº 45, adicionou ao rol de direitos fundamentais que estão abrangidos na nossa Constituição um novo direito no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, que é o direito à razoável duração do processo, ou seja, além do imenso rol de direitos, hoje existe, em prol do cidadão, o direito de obter uma prestação jurisdicional rápida ou, pelo menos, dentro de um prazo razoável.

Mas há problemas com relação a isso, evidentemente. Há o que o grande sociólogo português Boaventura Souza Santos chama de “explosão de litigiosidade”, ou seja, o cidadão comum descobriu que tem direitos — uma coisa absolutamente positiva. No início do século passado, até meados do século passado, quem entrava em Fórum, quem entrava em tribunal, era o sujeito de gravata, era a elite que demandava, o povão ficava à margem, resolvia seus problemas entre si, muitas vezes na violência — o homem comum, o homem das ruas, descobriu o direito, descobriu que tem direitos, e vai efetivamente buscá-los. A justiça pioneira nesse aspecto, sobretudo no Brasil, foi a Justiça do Trabalho; depois vieram os juizados especiais, os juizados de pequenas causas.

E a nossa Constituição realmente escancarou as portas do Poder Judiciário — estou colocando o protagonismo do Poder Judiciário dentro de um quadro mais amplo, que é o do protagonismo do Poder Judiciário, tentando explicar um pouco as causas. Não se trata de 11 ministros no Supremo Tribunal Federal que, de repente, tenham resolvido intervir mais ativamente no processo político e social, ou mesmo econômico, é porque isso se insere dentro de um quadro efetivamente mais amplo.

A Constituição de 1988 escancarou as portas do Poder Judiciário, primeiro porque deu efetividade, repetiu no seu texto o princípio da universalidade da jurisdição, procurando dar-lhe eficiência. O que é esse princípio da universalidade da jurisdição? É o princípio assim enunciado: nenhuma lesão, ou ameaça de lesão ao direito, pode ser subtraída da apreciação do Judiciário; então tudo, tudo mesmo, pode ser levado diretamente ao Poder Judiciário.

A par do princípio da universalidade da jurisdição, que está abrigado no art. 5º, inciso XXXV, a nossa Constituição criou uma série de instrumentos novos e que talvez não encontrem paralelo em outros ordenamentos jurídicos. Quais são eles? O mandado de injunção, o *habeas data*, o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, a legitimação das sociedades civis para ingressar em juízo, o fortalecimento extraordinário do Ministério Público, a instituição das defensorias públicas, a ampliação dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de descumprimento de preceito fundamental.

No passado, apenas o procurador-geral da República podia ingressar em Juízo no controle concentrado de constitucionalidade para eventualmente questionar alguma lei ou ato administrativo, e no passado recente nós sabemos, vivíamos no regime militar, e o procurador-geral da República era diretamente nomeado pelo presidente da República, que era o representante do alistamento militar; obviamente só eram declaradas inconstitucionais, ou o Supremo só era provocado, quando interessava aos próprios detentores do poder. Temos, portanto, um avanço extraordinário. O protagonismo do Poder Judiciário deve-se a isso, à explosão de litigiosidade e aos instrumentos que a nova Constituição colocou à disposição do homem comum para ingressar em juízo.

Há, no entanto, outro fator importante, e este é um fator de uma mudança de cultura do Poder Judiciário como um todo. O Poder Judiciário navega na cultura do pós-positivismo, uma cultura em que o direito se aproxima cada vez mais da ética. O Judiciário supera a hermenêutica tradicional, que desvenda, que descobre o direito, a partir das regras jurídicas exclusivamente; ele passou a desvendar o direito a partir dos princípios, superando a visão ortodoxa que se tinha de que os princípios seriam meras normas programáticas, ou seja, um mero programa de ação dirigido ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário: são metas, se der pra atingir, se não der, paciência; agora, realmente entende-se que os princípios são normas constitucionais dotadas de eficácia e que devem ser realmente aplicadas pelos operadores do direito em suas várias especialidades.

O Judiciário, que não é só o Supremo, passou a tirar consequências práticas dos princípios constitucionais — e a nossa Constituição é analítica, ou seja, quase tudo está na Constituição e, portanto, quase tudo pode ser levado à discussão no Supremo Tribunal Federal —, o Judiciário passou também a explorar a riqueza

principiológica da Constituição, passou a tirar consequência dos princípios republicano, democrático e federativo que estão logo no art. 1º da Constituição; do princípio da dignidade humana, que é um dos esteios do Estado democrático de direito; dos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência administrativa etc., da segurança jurídica. Vejam a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre nepotismo, tão criticada por alguns. Na questão do nepotismo, o Supremo Tribunal Federal afirmou com todas as letras que a vedação, a proibição do nepotismo, ou seja, a contratação de parentes pelo poder público, que vale para todos os órgãos de poder — Executivo, Legislativo e Judiciário — e para os três níveis políticos da federação, independentemente de lei; essa vedação independe de lei, pode ser extraída diretamente do *caput* dos princípios inseridos no *caput* do art. 37 da Constituição, mais especificamente dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

O Supremo extraiu de conceitos, de princípios que talvez no passado pudessem ser considerados meras elucubrações de caráter abstrato do constituinte, mas deu-lhes efetividade, deu-lhes concreção. O Supremo que faz isso, cada juiz, desde o juiz substituto de primeira instância usa os princípios e faz aplicação dos princípios. E mais: o Judiciário, sobretudo instado pelo Ministério Público, agora renovado em força, poder e vontade política, passou a decidir questões que antes estavam reservadas aos demais poderes; por exemplo, passou a decidir questões, e decidir com bastante intervencionismo, digamos assim, o que pode ser por muitos considerado exacerbado, mas o Judiciário ingere agora na área da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção das crianças, dos adolescentes, dos portadores de necessidades especiais. Isso ocorre especialmente na área da saúde; há um protagonismo muito grande do Poder Judiciário em conceder remédios para aqueles que não podem adquiri-los, ou medicamentos que não estão ainda à disposição no SUS, sobretudo para pacientes terminais. Refiro-me especificamente aos coquetéis que existem e que são distribuídos com muita parcimônia para os portadores da Aids. Isso, evidentemente, aumentou muito o protagonismo do Poder Judiciário, levando muitos a imaginar que estaria sendo rompido o tradicional princípio da separação dos poderes.

O Supremo Tribunal Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, passou a ser dotado de dois importantíssimos instrumentos. O primeiro deles é a repercussão geral e o segundo é a súmula vinculante. Todos os dois instrumentos estabelecem que, por uma maioria qualificada, no caso da repercussão geral, o Supremo pode admitir, ou não admitir os recursos extraordinários que lhe são colocados, que lhe são enviados. Então, o Supremo faz uma análise examinando se aquela questão envolve apenas um debate intersubjetivo, interessa apenas às partes, ou se tem uma repercussão econômica, social, jurídica ou política. Isso é apreciado, a maioria dos membros do Supremo decide, e hoje decide rapidamen-

te, por videoconferência, eletronicamente. Fazemos um plenário eletrônico, toda sexta-feira postamos nossas opiniões, e os ministros têm 20 dias para votar. E a súmula vinculante, todos nós sabemos, são as decisões reiteradas, tomadas no plano constitucional, que vinculam não apenas o Judiciário como um todo, mas também a administração pública de um modo geral.

Esses dois instrumentos não apenas contribuem para desafogar o Supremo Tribunal Federal, que está repleto de processos, mas permitem que o Supremo Tribunal Federal estabeleça paradigmas. Quando o Supremo Tribunal Federal resolve uma questão, em termos de repercussão geral, ele admite o recurso extraordinário com repercussão geral, e leva ao Plenário; essa decisão tem um efeito vinculante *erga omnes*.

A mesma coisa ocorre evidentemente com a súmula vinculante. Isso também contribui sem dúvida alguma para esse novo, não “ativismo”, esse novo “protagonismo” do Supremo Tribunal Federal, que é do Poder Judiciário como um todo.

Além disso, as leis que regulamentaram a aplicação, ou a tramitação desses processos de índole objetiva, sobretudo a Lei nº 9.869, de 1999, e a Lei nº 9.882, de 1999. Tais leis permitiram que o Supremo Tribunal Federal, nesses processos de natureza objetiva, que não envolvam partes individuais, possa modular temporalmente as suas decisões, dizendo que a eficácia da decisão passa a valer a partir do trânsito em julgado, ou a partir de outro momento determinado qualquer, tendo em conta, exatamente, razões de segurança jurídica, ou razões de relevante interesse social. Por que isso? Porque quando o Supremo, na tradição kelseniana (de Hans Kelsen), declara uma norma inconstitucional, ela tem efeitos *ex tunc*, ela retroage, é como se ela nascesse morta; mas como o processo de declaração de inconstitucionalidade de uma norma é demorado, muitas vezes a sociedade não acorda para o problema. Muitas vezes uma norma está em vigor há 15, 20 anos, ou até mais, ela chega ao Supremo e este decide considerá-la inconstitucional. Acontece que durante a vigência da norma, e as normas, como sabemos, as leis e os atos administrativos têm a presunção de constitucionalidade e de legalidade, o que aconteceria se o Supremo dissesse: não, aqui é inconstitucional, e gera efeitos *ex tunc*; ocorreria uma verdadeira revolução, desconstituindo situações consolidadas, fáticas, atingindo patrimônios, até existências pessoais, ou pessoas já falecidas. Então, essas leis permitem que o Supremo module temporalmente as suas decisões. Isso evidentemente ampliou a capacidade do Supremo Tribunal Federal de intervir na realidade política e social.

Por outro lado, referidas leis permitiram que o Supremo restringisse os efeitos de suas decisões. Esta é uma expressão que ainda não foi muito bem estudada e interpretada pelo Supremo Tribunal Federal mas, em tese, permite que ele module a eficácia subjetiva de suas decisões, dizendo: essa decisão de inconstitucionalidade, ou de constitucionalidade, vai atingir apenas um universo de jurisdicionados e

não um universo mais amplo; portanto, é possível realmente dar uma modulação, não apenas temporal, mas também relativamente ao âmbito subjetivo das decisões do Supremo. Claro que esses instrumentos deram uma força muito grande ao Supremo.

Outro assunto é a questão da legitimação crescente das decisões do Supremo Tribunal Federal. De um modo geral, é claro que o Supremo, muitas vezes, tem que proferir uma decisão em caráter contramajoritário, como se diz tecnicamente. O Supremo não corteja o grande público, nem quer popularidade, mas na verdade o Supremo precisa estar em sintonia, enfim, com a sociedade brasileira, e as suas decisões, muitas vezes fortes, que contrariam interesses, precisam ter um mínimo de legitimidade.

Um dos fatores de legitimação das decisões do Supremo é justamente a transmissão televisiva de seus julgamentos. No primeiro momento, quando cheguei lá — estou há quase quatro anos no Supremo — confesso que fiquei um pouco incomodado. Achava, e alguns acham, que tira a liberdade, muitas vezes certas questões que não devem vir a público acabam vindo, mas o povo tem a oportunidade de verificar como as questões são discutidas na mais alta Corte do país. E, interessantemente, o Supremo tem essa vantagem, e essa é uma das razões do protagonismo, enquanto o Congresso com 513 membros e mais de 20 partidos tem dificuldade de chegar a uma definição; e o próprio Executivo, com o seu gigantismo, com imenso número de ministérios, também tem dificuldades para apontar em certa direção; o Supremo Tribunal Federal decide com uma maioria de oito, muda o que tiver que mudar e, realmente, facilmente numa sessão pode provocar uma revolução. Me parece, então, que a transmissão televisiva, a presença do público leigo, inclusive, não só dos operadores, dá certa legitimação, até porque o Supremo motiva não só oralmente, como também por escrito, as suas decisões.

As chamadas audiências públicas também são outro avanço extraordinário nesse sentido, e o instituto do *amicus curiae*, os amigos da Corte que desinteressadamente participam dos processos, traz a opinião pública das sociedades para auxiliar a Corte a decidir questões complexas.

Claro que esse mecanismo também permite que o protagonismo do Supremo Tribunal Federal seja dotado de certa legitimidade porque se apresentam visões desinteressadas. No caso das repercussões gerais existem os terceiros interessados. Com esses instrumentos, o protagonismo não só do Judiciário, mas do Supremo Tribunal Federal, vai crescendo. E aí o Supremo passa a decidir quase no vácuo dos demais poderes, passa a decidir questões em que os demais poderes ou demonstrem incapacidade, ou inapetência, dada a complexidade das questões, ou até a controvérsia que certas questões suscitam.

Então, o Supremo passou a decidir questões, como as relativas à fidelidade partidária, greve dos servidores públicos, limites das pesquisas científicas, regi-

me jurídico das terras indígenas, uso de algemas, direito de apelar em liberdade, vigência de incentivos fiscais bilionários, progressão de regime prisional no caso dos crimes hediondos.

O que acontece? Isso vem para o Judiciário, e este não pode deixar de prestar a jurisdição. Por isso, a palavra ativismo judicial talvez não seja a mais indicada, porque o Judiciário não busca intervir na realidade política, social e econômica; ele é instado a fazê-lo, e uma vez instado a fazê-lo, deve dar uma solução.

Encerrando, quero dizer que é possível que estejamos diante de uma crise, uma crise institucional, em que talvez o tradicional sistema de *checks and balances*, de freios e contrapesos, idealizado por Montesquieu, no século XVIII, e pelos constituintes americanos em 1787, esteja superado. Mas me permitam trazer uma velha imagem. A palavra crise, quando escrita em chinês, traduz-se em dois ideogramas: um deles é o perigo; o outro é a oportunidade. Talvez mais por uma situação de perigo, estejamos diante de uma oportunidade para repensarmos o sistema político institucional brasileiro.