

**O ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA REFLEXÃO SOBRE O USO DESCUIDADO DA
HERMENÊUTICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

JUDICIAL ACTIVISM AND THE IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL
RIGHTS: A REFLECTION ON THE CARELESS USE OF HERMENEUTICS IN
THE FEDERAL CONSTITUTION

Guilherme Antunes¹
Larissa de Castro Coelho²
Sebastião Sérgio da Silveira³

RESUMO

Século XXI é marcado por grandes transformações e mudanças no cenário e muitas delas conquistadas décadas antes, com o assentamento da Democracia e previsão de inúmeros direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Entretanto, não é somente isso

¹ Mestrando em Direito Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP. E-mail: guilherme.santunes@sou.unaerp.edu.br

² Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. Especialista em Direito Empresarial na Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade de Franca, com atestado de boa conduta afirmando que sou uma das melhores alunas do curso. Trabalho de Conclusão de Curso aprovado no 8º semestre. Aprovada no XXXI Exame da Ordem com nota 9,05. Certificada pela Universidade de Santiago de Compostela conjuntamente com a INIEC sobre "Temas Avançados de Direito Público e Privado". Certificada pela Universidad Autónoma da Centro América conjuntamente com a INIEC sobre "Direitos Humanos (teoria e prática)". Certificada pela Universidad Rey Juan Carlos com a IBEROJUR sobre Cursos Intensivo de Derechos Fundamentales". Membro da revista científica "Cadernos de Direito Actual". Autora e coordenadora do livro "Pacote Anticrime sob a perspectiva da nova geração". Email: larissa.castro.coelho@hotmail.com

³ Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade de Ribeirão Preto (1984), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999); Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e Pós-Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal (2011). Advogado e Consultor. Promotor de Justiça Aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo (1988-2024); Professor Titular da Universidade de Ribeirão Preto no Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito, e Reitor da Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP, Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo - FDRP-USP. Professor Honorario da Facultad de Derecho da Universidad San Martin de Porres - Lima - Peru. Integrou, março de 2.011 a 2.016, o Comitê Executivo Estadual, do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Editor Chefe da Revista Paradigma e da Revista Reflexão e Crítica do Direito. Membro Colaborador da Corregedoria Nacional do Ministério Público, do Conselho Nacional de Justiça de 28.10.2022 a 06.02.2024. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: improbidade; ação civil pública, meio ambiente, terceiro setor, saúde pública, infância e juventude, cidadania e processo penal. E-mail: ssilveira@unaerp.br

que se destaca: há um enorme protagonismo jurídico, isto é, o Poder Judiciário com atuações mais severas e, inclusive, muitas vezes com prerrogativas de outros poderes. Com o uso descuidado da hermenêutica jurídica, os Tribunais tem adotado posturas mais ativistas, apresentando interpretações diferentes dos textos constitucionais, o que gera, constantemente, críticas ao fenômeno, principalmente, sobre a finalidade no qual é pautada: concretização de direitos fundamentais. Destarte que para o desenvolvimento foi utilizado, além das obras indicadas pelo professor, o método de pesquisa bibliográfica sistemática, através de busca de periódicos, principalmente “Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário”, de Clarissa Tassinari e “As Recepções Teóricas Inadequadas em Terra Brasilis”, de Lênio Luiz Streck. Por fim, no decorrer do desenvolvimento do trabalho, tratou-se sobre o conceito e origem do ativismo judicial e a sua relação condicionante com a judicialização da política, bem como as suas diferenciações. No último capítulo, foi apresentada as principais críticas ao fenômeno e a solução apresentada por Lênio Streck, com a Teoria da Decisão Judicial.

Palavras- chave: Ativismo judicial; Direitos fundamentais; Hermenêutica jurídica.

ABSTRACT

The 21st century is marked by major transformations and changes in the scenario, many of which were conquered decades before, with the establishment of Democracy and the prediction of numerous fundamental rights in the Federal Constitution of 1988. However, this is not the only thing that stands out: there is an enormous legal role, that is, the Judiciary with more severe actions and even often with prerogatives of other powers. With the careless use of legal hermeneutics, the Courts have adopted more activist postures, presenting different interpretations of the constitutional texts, which constantly generates criticism of the phenomenon, mainly about the purpose in which it is guided: realization of fundamental rights. Thus, for the development, in addition to the works indicated by the professor, the method of systematic bibliographical research was used, through the search for journals, mainly “Jurisdiction and Judicial Activism: limits of the Judiciary’s performance”, by Clarissa Tassinari and “Theoretical Receptions Inadequates in Terra Brasilis”, by Lênio Luiz Streck. Finally, during the development of the work, the concept and origin of judicial activism and its conditioning relationship with the judicialization of politics, as well as its differentiations, were discussed. In the last chapter, the main criticisms of the phenomenon and the solution presented by Lenio Streck, with the Judicial Decision Theory, were presented.

Keywords: Judicial activism; Fundamental rights; Legal hermeneutics.

INTRODUÇÃO

Século XXI é marcado por grandes transformações e mudanças no cenário e muitas delas conquistadas décadas antes, com o assentamento da Democracia e previsão de inúmeros direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Entretanto, não é

somente isso que se destaca: há um enorme protagonismo jurídico, isto é, o Poder Judiciário com atuações mais severas e, inclusive, muitas vezes com prerrogativas de outros poderes.

O presente trabalho tem como escopo tratar sobre o fenômeno do ativismo judicial como forma de concretização de direitos fundamentais. Por meio da hermenêutica, os Tribunais adotam novas interpretações dos dispositivos constitucionais.

Em razão disso, há inúmeras críticas ao ativismo judicial, principalmente em relação a violação de direitos fundamentais e a própria Democracia, o que torna o presente tema de suma importância para os operadores do Direito e merece discussões aprofundadas.

Destarte que para o desenvolvimento foi utilizado, o método de pesquisa bibliográfica sistemática, através de busca de periódicos, principalmente “Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário”, de Clarissa Tassinari e “As Recepções Teóricas Inadequadas em Terra Brasilis”, de Lênio Luiz Streck. Palavras-chave como diretivas antecipadas são: ativismo judicial, direitos fundamentais, direitos humanos, princípio da dignidade da pessoa humana, hermenêutica e interpretação jurídica, discricionariedade jurídica, entre outros.

Por fim, no decorrer do desenvolvimento do trabalho, tratou-se sobre o uso descuidado da hermenêutica e interpretação jurídica, o conceito e origem do ativismo judicial e a sua relação condicionante com a judicialização da política, bem como as suas diferenciações. No último capítulo, foi apresentada as principais críticas ao fenômeno e a solução apresentada por Lênio Streck, com a Teoria da Decisão Judicial.

2 O USO DESCUIDADO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

A palavra hermenêutica se relaciona com a cultura grega, em especial o deus Hermes, filho de Zeus e Maia, responsável pela interpretação da vontade divina. *Hermeneúein* (palavra grega) significa interpretar. Todavia, as duas expressões são distintas.

Segundo Paulo Nader, a hermenêutica é teórica e tem como pressuposto estabelecer princípios, critérios, métodos e orientação geral. Já a interpretação aproveita

os subsídios da hermenêutica, isto é, aplica as suas diretrizes.⁴ Com isso, afirma-se que a última é decorrente da primeira.

A função da hermenêutica é sistematizar os critérios, princípios e métodos que serão utilizados para a interpretação das normas jurídicas. Isso se torna uma grande ferramenta utilizada pelo intérprete do Direito, que pode ser um juiz, um advogado, um estudante, políticos e até mesmo o cidadão.

Nesse sentido, a efetividade do Direito está interligada com a coesão, objetividade e simplicidade do texto jurídico, para que este possa ser compreendido e aplicado, as situações que surgem e surgirão. Todavia, a *locus* jurídica apresenta traços robustos, que somente com o conhecimento na área são capazes de interpretar os textos constitucionais e legais, se afastando cada vez mais da compreensão do homem médio.

Nos casos em que necessitam de uma interpretação do juiz, existem critérios e métodos a serem utilizados para o alcance da melhor compreensão textual, seja ela constitucional ou infraconstitucional. Ainda há interpretações conforme a Constituição para leis e vice-versa. Isso se deve ao fato das modificações e necessidades sociais que surgem no decorrer do tempo.

Segundo Maria Helena Diniz⁵, existem três modalidades de interpretação do Direito. A primeira o intérprete usa o critério restritivo, ou seja, limita a incidência do ato normativo, para evitar a produção de efeitos injustos ou danosos, pois as hipóteses ali mencionadas, na realidade, não existem.

Já a segunda se relaciona com o critério declarativo, onde há a correspondência entre a expressão linguística- legal e a *volunta legis*, sem a necessidade de um comando normativo para aumentar ou diminuir o alcance ou sentido ali apresentado.

Por fim, há o critério expansivo onde o intérprete abrange o alcance de uma norma a certos fatos -tipos, implicitamente. Esse tipo de interpretação se desenvolve em torno de um preceito normativo, com a finalidade de compreender casos ali não expressamente contidos. Não há o acréscimo de coisa alguma, mas sim interpretações as palavras previstas no dispositivo normativo.

⁴ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 38.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.261.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.pp.464-465.

Há também discussões acerca sobre a vontade do legislador e o a *mens legis*. Até que ponto deve ser aplicadas? Em razão disso, surgiram as Teorias Subjetiva e Objetiva. A primeira o intérprete fica subordinado ao pensamento do legislador, enquanto na segunda a liberdade de interpretação fica limitada ao texto. “Despreza-se a *mens legislatoris* em favor do sentido objetivo dos textos jurídicos, que têm significado próprio, implícito em suas expressões.”, ensina Paulo Nader.⁶

Entretanto, com o aumento da judicialização da política e discussões de cunho social, o intérprete do Direito utiliza constantemente a hermenêutica e a interpretação do Direito de forma descuidada, principalmente o texto constitucional. Consequentemente, por meio do ativismo judicial, direitos e regras, com aspecto constitucional, dado exclusivamente pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, Lênio Streck afirma que,

(...) Quando, porém, surgem questões macrossociais, transindividuais, e que envolvem, por exemplo, a interpretação das ditas “normas programáticas” constitucionais, tais instâncias, mormente o Judiciário, procuram, nas brumas do senso comum teórico dos juristas, interpretações despistadoras, tornando inócuo/ineficaz o texto constitucional. Isto porque o “discurso-tipo” (Veron) da dogmática jurídica estabelece os limites do sentido e o sentido dos limites do processo hermenêutico. Consequentemente, estabelece-se um repreenorme hiato que separa os problemas sociais do conteúdo dos textos jurídicos que definem/asseguram os direitos individuais e sociais/fundamentais. Por isso, insisto na importância da relação entre o modo-de-fazer-Direito e a concepção de Estado vigente/dominante. **Isso porque a inefetividade de inúmeros dispositivos constitucionais e a constante redefinição das conquistas sociais através de interpretações despistadoras/redefinitórias feitas pelos Tribunais brasileiros têm uma direta relação com o modelo de hermenêutica jurídica que informa a atividade interpretativa da comunidade jurídica.** (...) ⁷ (grifou-se)

Assim, verifica-se a crise da hermenêutica e interpretação do Direito, em razão do uso descuidado para “positivar” de uma forma implícita soluções para os problemas sociais que surgem, acarretando violações a direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista a não observância da representatividade do povo para a tomada de grandes decisões que influenciam o Direito brasileiro.

⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 38.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.269.

⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.p.56.

3 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO E ORIGEM

Em decorrência da judicialização da política e discussões de cunho social, bem como uma aderência da cultura norte- americana, os Tribunais utilizam o ativismo judicial que, conforme Clarissa Tassinari, “a teoria do direito assimilou (de modo praticamente instantâneo) o perfil ativista do Judiciário, tomando-o como ponto de partida para a composição do cenário jurídico, isto é, considerando esta característica como algo inerente, pressuposta, portanto.”⁸. Ou seja, atualmente, o Poder Judiciário se conjuga constantemente com ativismo judicial.

A justificativa desse perfil mais ativista que o Poder Judiciário assumiu após a Constituição Federal de 1988, isto é, no constitucionalismo democrático, permeia na necessidade de concretizar direitos, em decorrência da inércia dos demais Poderes, bem como o aumento exponencial das necessidades da sociedade contemporânea.

Isso simplesmente tornou o direito brasileiro a mercê de decisões judiciais para praticar o disposto no texto constitucional, bem como introduzir uma nova interpretação de vários dispositivos, como, por exemplo, é o caso do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

Consequentemente, isso desencadeia uma menor atuação dos demais poderes e participação democrática nas grandes decisões, principalmente o Poder Legislativo, em decorrência da usurpação de prerrogativas pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que,

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes²⁸. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.⁹

⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.12.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V.2, n.22, 2012. (Revista *on line*).p.10.

Nesse sentido, pergunta-se: qual é a origem do ativismo judicial? Clarissa Tassinari¹⁰ afirma que no contexto do constitucionalismo norte-americano e o sistema do *common law*, era impossível imaginar um órgão do poder judicial anulando atos de instituições que representavam o povo.

Em 1803, acontece o julgamento de *Marbury versus Madison*, onde ocorre uma manifestação de poder da Suprema Corte ao revisar uma decisão política, nascendo, assim, o *judicial review*. Entretanto, surgiu questionamentos sobre a legitimação do uso do controle de constitucionalidade pelas Cortes, em razão da inércia da constituição americana de atribuir essa função ao Judiciário.

O ativismo judicial nos Estados Unidos ganhou mais força nas décadas de 50 a 70, onde houve uma intensa jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer participação do Congresso ou decreto presidencial. Isso fez que surgir uma reação conservadora, com a finalidade de atribuir uma conotação depreciativa ao fenômeno, equiparada ao exercício impróprio do Poder Judiciário.¹¹

Rafael Tomaz de Oliveira e André Karam Trindade ensinam que a expressão ativismo judicial somente surgiu em 1947, em um artigo de Arthur Schlesinger Jr., intitulado “The Supreme Court: 1947”, publicado pela revista *Fortune*, que apresentava o perfil dos juízes da Suprema Corte, classificando-os como “ativistas”, “campeões de autocontenção” e “moderados”.¹²

No Brasil, o ativismo judicial surgiu após o fim da ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde os Tribunais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, utilizam o fenômeno, como, por exemplo, aplicação direta da Constituição Federal para situações não previstas em seu texto e sem qualquer manifestação do legislador originário.

Clarissa Tassinari e Rafael Tomaz de Oliveira, a partir dos ensinamentos de Antoine Garapon e Lênio Streck, concluem que o ativismo judicial se liga a ideia de

¹⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.47.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V.2, n.22, 2012. (Revista *on line*),p.9.

¹² TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TRINDADE, André Karam. **O ativismo judicial na débacle do sistema político**: sobre uma hermenêutica da crise. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v.11, n.2.2016. p.756.

desejo, escolha, poder e vontade do intérprete, isto é, submete-se a critérios subjetivos de escolha do juiz.¹³ Ou seja, há uma hermenêutica pautada em discricionariedade do julgador e, a depender das suas ideologias e experiências pessoais, a interpretação do texto constitucional estará condicionada.

Desta forma, o ativismo judicial busca atribuir interpretações diversas ao texto constitucional a depender de critérios subjetivos do julgador, sob a premissa de concretização de direitos fundamentais. Com isso, as decisões são proferidas com base na vontade do intérprete, que a depender, podem ser mais progressistas ou conservadoras.

Conseqüentemente, os Tribunais ganham mais destaque nas decisões que grandes temas, sem ao menos uma participação mínima democrática. Isso acarreta inúmeras críticas ao fenômeno, que serão tratadas do decorrer do trabalho.

4 DIFERENCIAÇÕES ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O ativismo judicial e a judicialização da política são institutos ligados ao protagonismo do Poder Judiciário e ambas são frutos de decisões judiciais. Mas qual é a diferenciação entre essas expressões? Elas produzem efeitos distintos no direito brasileiro?

A judicialização da política se interliga com o Direito, Política e Judiciário, caracterizando uma nítida transdisciplinaridade entre as áreas do saber, mas, principalmente, na relação do jurídica -política. Clarissa Tassinari, sob os ensinamentos de Friedrich Müller, afirma que,

O posicionamento de Müller toca justamente em um ponto que é central para se compreender a importância de se distinguir a judicialização da política do ativismo judicial. Isso porque, com tal frase, o autor não apenas reforça a vinculação entre Direito (constitucional) e Política, como também revela que esta relação não está vinculada a um decisionismo. Ou seja, do mesmo modo que Müller não precisa compactuar com o decisionismo (ou com o ativismo judicial, é possível acrescentar) para afirmar o elo existente entre Direito e Política, ele também não necessita negar a existência de uma imbricação entre Direito e Política para evitar a postura decisionista (ativista) do Judiciário. No fundo, com isso, não se está apenas afirmando que o Direito e a Política se

¹³ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. TASSINARI, Clarissa. **Judicialização da política e ativismo judicial:** notas para uma necessária diferenciação. Inédito.p.17.

inter-relacionam, mas se está negando que a Política seja o elemento catalizador do decisionismo no Direito. Em última análise, está-se tratando do modo de compreender o elemento político do Direito. E é exatamente esta questão que gera as maiores dificuldades de conceber a judicialização da política e o ativismo judicial como manifestações de fenômenos distintos que podem ser atribuídos à atividade jurisdicional.¹⁴

Apesar da ligação incontestável entre Direito e Política, apresentam uma diferença no seu núcleo característico: enquanto o último é subjetivo em relação as decisões que devem ser tomadas, isto é, representam a vontade do povo, o outro, por vez, deve, em razão da sua base principiológica, ser objetivo.

Clarissa Tassinari explica que essa intensa participação do Poder Judiciário se deve ao próprio processo de redemocratização do país, a partir da ruptura com a ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso deve, segundo a autora, a promessa de inclusão social, que objetiva consolidar um Estado que visa uma transformação social, redução da desigualdade econômica e regionais, bem como possibilitar oportunidades a todos.¹⁵

Com isso, surge no Brasil a tendência da judicialização da política. O cidadão, em busca da efetividade dos direitos consagrados na Constituição Federal, se socorre ao Poder Judiciário e esse é visto como solucionador de conflitos e da inércia estatal.

Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos a judicialização da política ganhou destaque desde a criação do controle de constitucionalidade em 1803, conhecido como *judicial review*. Dois países e o mesmo fenômeno. O que os diferencia? O marco histórico e as circunstâncias sociais que fizeram surgir o instituto nos sistemas jurídicos.

Luís Roberto Barroso explica que existem diferentes naturezas para o fenômeno. A primeira se refere ao reconhecimento de um Poder Judiciário forte e independente, fruto do constitucionalismo democrático. A segunda gira em torno da desilusão com a própria política, decorrente de uma crise de representatividade e funcionalidade do Poder Legislativo. Por fim, a terceira liga-se com a vontade dos agentes

¹⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.17.

¹⁵ Ibid.,p.22.

políticos da existência de um Poder Judiciário capaz de ser o responsável para decidir assuntos polêmicos.¹⁶

Em outras palavras, percebe-se que a judicialização permeia-se na crença do Poder Judiciário como uma concretização de direitos, onde o cidadão busca como forma de resolução dos conflitos socioeconômicos que surgem das relações jurídicas consolidadas. Isso é fruto de descrença nos demais Poderes, bem como a falta de políticas públicas realmente eficazes.

Como consequência do excesso de judicialização, surge outro fenômeno, o ativismo judicial, onde o Poder Judiciário, extrapola os limites da hermenêutica jurídica. Afirma-se, então, a existência de uma co-dependência entre o ativismo judicial e a judicialização, uma vez que o primeiro somente ocorre devido ao último.

Clarissa Tassinari e Rafael Tomaz de Oliveira explicam que a diferença entre os dois fenômenos.

É importante ter presente que a diferença entre ativismo e judicialização não se dá apenas por uma questão de “natureza”. Há também um problema de corte teórico: **a judicialização é um fenômeno político, gerado pelas democracias contemporâneas**; ao passo que **o ativismo é um problema interpretativo**, um capítulo da teoria do direito (e da Constituição). É inútil procurar respostas ao problema do ativismo judicial em especulações sociológicas e/ou políticas porque seu ponto nevrálgico está situado dentro do próprio “sistema jurídico” e seu fio condutor é a questão da interpretação da Constituição. **Já a judicialização é um fenômeno eminentemente político, contingencial, que tende a se agigantar e a diminuir na medida em que cresce ou diminui a conflituosidade da sociedade; o cumprimento pelos poderes constituídos dos direitos fundamentais; o número de regulamentações existentes.**¹⁷

Assim, a diferença entre os dois institutos vai além da natureza jurídica de cada um: a judicialização é um fenômeno político, que gera a propositura de ações judiciais de forma demasiada ao Poder Judiciário. Já o ativismo apresenta um caráter puramente hermenêutico. Todavia, é incontestável a ligação entre ambos, pois só há o segundo fenômeno com a ocorrência do primeiro.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V.2, n.22, 2012. (Revista *on line*).p.6.

¹⁷ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. TASSINARI, Clarissa. **Judicialização da política e ativismo judicial**: notas para uma necessária diferenciação. Inédito.p.6.

5 PRINCIPAIS CRÍTICAS SOBRE O USO DO ATIVISMO JUDICIAL COMO FERRAMENTA DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Um dos grandes temas em debate é a utilização do ativismo judicial como uma ferramenta de concretização de direitos fundamentais no Século XXI, principalmente em razão do uso do instituto corriqueiramente no Brasil e as suas consequências, principalmente em razão que as suas características não são oriundas na cultura brasileira.

Clarissa Tassinari denomina o instituto no Brasil como ativismo judicial à brasileira, no qual pode ser evidenciada duas questões: a) a caracterização do ativismo judicial não é própria da nossa cultura e, nesse sentido, a expressão “à brasileira” sinalizaria conjugação de tradições ; e b) pode estar implícita uma crítica à utilização de termos de forma errônea da sua origem, o que implica um afastamento equivocado do real conceito e, a outro, a ausência de uma necessária adaptação da compreensão do constitucionalismo norte-americano.¹⁸

Isso decorre da existência de diferenças entre o Brasil e o os Estados Unidos, o que acaba por refletir na própria atuação do fenômeno em cada realidade jurídica. Se por um lado, nos Estados Unidos o instituto é usado como forma de controle de constitucionalidade, no Brasil, por outro, nada mais é do que a interferência exacerbada do Poder Judiciário na hermenêutica constitucional, o que, aliás, é extremamente contraditório, tendo em vista o longo texto da Constituição Federal.

Com o aumento da judicialização da política e uma atuação demasiada pelo Judiciário, percebe-se que a ausência de equilíbrio ocasiona um consequente afastamento das funções constitucionais judiciais, bem como uma participação democrática nos principais tópicos que afetam o país.

Lênio Streck, com a Crítica a Hermenêutica do Direito, compreende o ativismo judicial como um problema no âmbito do constitucionalismo democrático e repensa a construção do saber jurídico no Brasil. Nesse sentido, o autor apresenta o Constitucionalismo Contemporâneo (constitucionalismo pós-guerra), dando enfoque ao problema acarretado pelo ativismo judicial e, na perspectiva de Clarissa Tassinari,

¹⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.73.

existem três problemas; a) enfrentamento das recepções teóricas equivocadas (aderir posicionamentos derivados de outras culturas); b) superação da discricionariedade judicial (que remetem a subjetividade do julgador); c) preservação da autonomia do Direito (quando uma decisão exprimir um critério econômico, moral ou político, ou seja, não jurídico, estará caracterizado o ativismo judicial).¹⁹

Apesar do termo “ativismo judicial” aparecer pouquíssimas vezes nos julgados dos Tribunais Superiores, o protagonismo jurídico se destaca constantemente nas decisões judiciais, como é o caso da Reclamação Constitucional nº 4335/AC²⁰ e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178²¹, bem como inúmeros julgados no Brasil.

Clarissa Tassinari, no caso da Reclamação Constitucional nº 4335/AC, que discute sobre a inserção do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, para legitimar o uso do ativismo judicial no Brasil, compreende que,

De pronto, surge um **problema democrático** (que, nesta parte, pode-se dizer em um sentido estrito), **já que o modo como o papel do Senado Federal é tratado no âmbito do controle difuso acaba tornando-o mero órgão de comunicação das decisões do Supremo Tribunal Federal. Com isso, retira-se as possibilidades de chancela dos representantes do povo no processo de controle de constitucionalidade**, mitigando o modelo de participação democrática indireta esboçado pela Constituição no art. 52, X. Por outro lado, tem-se, também, um **problema de violação a direitos fundamentais, pois se estará conferindo efeitos de uma decisão tomada no curso de um processo específico para outros cidadãos sem que eles tenham tido a possibilidade de participação no curso da ação**. Assim, estender os efeitos àqueles que não tiveram oportunidade de se manifestar consiste numa clara violação ao princípio do contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. Estará caracterizada, portanto, uma lesão a direitos e garantias fundamentais.²² (grifou-se)

Em outras palavras, apesar da disseminação que o ativismo judicial é usado como uma ferramenta de concretização de direitos, a realidade que o seu uso, acarreta violações aos direitos fundamentais e, inclusive, uma grande insegurança jurídica em relação as fundações da democracia.

¹⁹TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp.73-80.

²⁰ STF - **Rcl: 4335 AC**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/08/2006, Data de Publicação: DJ 25/08/2006 PP-00076

²¹ STF - **ADPF: 178 DF**, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 08/07/2009, Data de Publicação: DJe-146 DIVULG 04/08/2009 PUBLIC 05/08/2009 RDDP n. 79, 2009.

²²TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.86.

Outrossim, Luís Roberto Barroso²³ complementa ao enumerar as 3 principais críticas ao protagonismo jurídico exacerbado por meio do ativismo judicial. A primeira denominada política- ideológica, se relaciona com o questionamento da legitimidade democrática do Poder Judiciária e a suposta eficiência na proteção dos direitos fundamentais. Aqui novamente há o questionamento se o instituto realmente é um protetor de direitos fundamentais e da própria Democracia.

O segunda, por sua vez, interliga-se com a capacidade institucional do Poder Judiciário, isto é, discute se é o Poder mais capacitado e habilitado para resolver a questão imposta, uma vez que, ao ponderar os efeitos sistêmicos, muitas vezes posiciona-se com cautela e deferência.

Por fim, a terceira crítica se vincula quanto à limitação do debate, que muitas vezes apresenta traços elitista e distante da realidade da população brasileira que não tem acesso ao *locus* característico de discussões jurídicas. Isso, por si, só demonstra o quão inacessível as decisões judiciais estão de ser compreendidas pelo não operador do Direito, pela falta de objetividade, clareza e acessibilidade.

Desta forma, percebe-se que isso somente corrobora que o ativismo judicial pode se tornar um grande inimigo do Estado Democrático de Direito, pois, além de dificultar as manifestações democráticas, há violações aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com o intuito de enfrentar essa protagonismo judicial, Lênio Streck²⁴, propõe a Teoria da Decisão Judicial, baseada em um conjunto de princípios a serem seguidos pelo interprete, ora julgador. Para o autor, existem 5 princípios: a preservação da autonomia do Direito, controle hermenêutico da interpretação constitucional (que englobaria a superação da discricionariedade); respeito a integridade e a coerência do direito; o dever fundamental de justificar as decisões (fundamentação da fundamentação); e o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, isto é, uma hermenêutica conforme a Constituição.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V.2, n.22, 2012. (Revista *on line*).pp.10-13

²⁴ STRECK, Lênio Luiz. **As recepções teóricas inadequada da Terra Brasilis**. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 10, 2011. (Revista *on line*).p. 33.

Assim, é inegável as críticas sobre a utilização do ativismo judicial no contexto brasileiro, bem como as consequências advindas: um enfraquecimento da democracia, inacessibilidade das decisões pela população e, o mais preocupante, a violação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. Uma hermenêutica e atuação jurídica voltada para a Constituição, com observância as mudanças sociais constantes, é um grande passo para a busca e alcance do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, percebe-se a problemática que gira em torno do ativismo judicial no direito brasileiro, principalmente como mecanismo de concretização de direitos fundamentais, oriundos de uma hermenêutica jurídica e interpretação do Direito usadas de forma descuidadas.

Em relação a hermenêutica, observa-se a permeabilidade da discricionariedade do julgador, isto é, suas concepções e vontades pessoais, que torna em crise o instituto e a sua conseqüente material interpretativo. Isso se torna cada vez mais acentuado com as posturas mais ativistas dos Tribunais.

O ativismo judicial, fruto do alto demanda da judicialização da política, acarreta grandes preocupações no cenário jurídico brasileiro, pois, com o uso da hermenêutica pautada em discricionariedade do julgador, há violações de direitos fundamentais e da própria Democracia.

Esse fenômeno atribui interpretações diversas ao texto constitucional, sob a premissa de concretização de direitos fundamentais. Ou seja, a depender do perfil da composição dos Tribunais (critérios subjetivos dos julgadores), as decisões podem ser mais progressistas ou conservadoras.

Ressalta-se que o fenômeno não tem origens em solo brasileiro, mas sim é importado da cultura norte- americana, pertencente ao sistema *common law*. Em razão disso, o seu uso no Brasil, por ter implementado sistema *civil law*, acarreta grandes preocupações sobre os efeitos sistêmicos decorrentes da sua adoção pelos Tribunais.

Em relação a diferenciação entre a judicialização da política e o ativismo judicial, se inicia na natureza jurídica de cada um: a judicialização é um fenômeno

político, que gera a propositura de ações judiciais de forma demasiada ao Poder Judiciário. Já o ativismo apresenta um caráter puramente hermenêutico. Todavia, é incontestável a ligação entre ambos, pois só há o segundo fenômeno com a ocorrência do primeiro.

Desta forma, percebe-se que isso somente corrobora que o ativismo judicial é prejudicial para a Democracia, pois, além de inexistir a representatividade da vontade do povo, há violações aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Necessita-se de um fortalecimento das metodologias da hermenêutica jurídica, bem como o apresentado por Lênio Streck, na Teoria da Decisão Judicial, o combate a discricionariedade do julgador e a obrigatoriedade de fundamentações e, principalmente, decisões em sintonia com a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 dez. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V.2, n.22, 2012. (Revista *on line*)

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito:** introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 38.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

STF - **ADPF: 178 DF**, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 08/07/2009, Data de Publicação: DJE-146 DIVULG 04/08/2009 PUBLIC 05/08/2009 RDDP n. 79, 2009.

STF - **Rcl: 4335 AC**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/08/2006, Data de Publicação: DJ 25/08/2006 PP-00076.

STRECK, Lênio Luiz. **As recepções teóricas inadequada da Terra Brasilis**. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 10, 2011. (Revista *on line*).

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 10^a.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, Capítulo 2, pp. 43-72.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. TASSINARI, Clarissa. **Judicialização da política e ativismo judicial**: notas para uma necessária diferenciação. Inédito.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TRINDADE, André Karam. **O ativismo judicial na débacle do sistema político**: sobre uma hermenêutica da crise. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v.11, n.2.2016.

WALDRON, Jeremy. **Political theory**: essas on institutions. Cambridge: Harvard University Press, Kindle Edition, Capítulo 7, “Princípios da Legislação”.