

---

## **PROTAGONISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **JUDICIAL PROTAGONISM AND REALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

Jacqueline Malta Salim<sup>1</sup>

Juvêncio Borges Silva<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Novas demandas individuais e sociais, decorrentes da constitucionalização abrangente e analítica que se consolidou no País após o fim da ditadura militar, têm provocado profundas alterações nas estruturas institucionais do Estado e exigido uma reformulação dos papéis desempenhados pelos poderes constituídos. Em vez das instâncias políticas tradicionais, como o Executivo e o Legislativo, a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição, assim como a execução de políticas públicas têm sido levadas a efeito pelo Judiciário, uma instância, até então, de caráter contramajoritário. O protagonismo judicial gera uma série de implicações sociais, políticas e jurídicas, pois seus membros acabam por assumir função de administradores públicos ou, até mesmo, do legislador. Por isso, mostra-se relevante discutir os parâmetros de atuação dos juízes nestas controvérsias e, para tanto, propomos analisar o problema sob a ótica da distinção entre a judicialização da política e o ativismo jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** judicialização da política - Ativismo judicial - Direitos fundamentais.

#### **ABSTRACT**

New individual and social demands, resulting of analytical constitutionalizing, which was consolidated in our country after the end of the military dictatorship, has caused profound changes in institutional structures of the State and required a formulation of roles played by the powers that be. Instead of the traditional political bodies, such as the Executive and Legislative

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET e Mestrado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP (em curso).

<sup>2</sup> Possui graduação em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos (1992), graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1997), mestrado em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas (2000), doutorado em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2005), pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

branches, the realization of fundamental rights laid down in the Constitution, as well as the implementation of public policies has been carried out by the Judiciary, an instance of, so far, character not majority. The judicial role generates a range of social, political and legal implications, as its members end up taking a function of public officials or even the legislature. Therefore relevant to discuss the judges of the performance parameters in these controversies and shows up to do so, we propose to analyze the problem from the perspective of the distinction between the judicialization of politic and legal activism.

**KEYWORDS:** Judicialization of politics - Judicial activism - Fundamental rights.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo Direito nas sociedades modernas está relacionada à falta de efetividade de seu processo de tomada de decisões, consequência de uma nefasta crise de legalidade. A inflação legislativa aliada à inefetividade da lei contribuem para o agravamento da descrença generalizada nos poderes constituídos, sobretudo no Executivo e no Legislativo, baseada na percepção de ausência de legitimidade das ações do Estado em relação aos cidadãos.

Neste contexto, exsurge um protagonismo judiciário nas discussões políticas, sociais ou morais de assuntos controvertidos, com a transferência do poder de deliberação do campo da política majoritária, cujos atores são democraticamente eleitos, para os juízes. É deste modo que inúmeras questões de primordial importância para a concreção de direitos humanos vêm sendo decididas no âmbito de nossos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>3</sup>, em vez das instâncias políticas adequadas, como o Parlamento e o Governo.

Se, por um lado, nota-se uma forte atuação do sistema judicial, passando a intervir, inclusive, nas políticas estatais, por outro, é necessário estabelecer parâmetros para o exercício da prestação jurisdicional e para a interpretação das normas jurídicas relacionadas à concretização dos direitos fundamentais, em que se verificam, normalmente, lesões decorrentes

---

<sup>3</sup> Vide, neste sentido, a paradigmática Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com o objetivo de ver declarada inconstitucional qualquer interpretação do Código Penal no sentido de penalizar a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos e, em consequência, reconhecer o direito da gestante de antecipar o parto nos casos de gravidez de feto anencéfalo, devidamente diagnosticado por médico habilitado, sem necessidade de autorização judicial prévia.

da inércia da Administração Pública em dar cumprimento aos comandos normativos ou, até mesmo, o descaso proposital em legislar acerca de temas polêmicos, para evitar o desgaste, como foi o caso das uniões homoafetivas<sup>4</sup>.

Assim, pretendemos, neste estudo, analisar o papel dos juízes e tribunais, diante do enfraquecimento da democracia representativa e da perda de representatividade dos partidos políticos, na efetivação de direitos e na construção da cidadania. É necessário, pois, indagar até que ponto está o Judiciário preparado para substituir o legislador, na ausência de normas, e o administrador, na omissão dos gestores das políticas públicas, atendendo, com sua atuação, as novas demandas sociais. Para responder a esta pergunta, abordaremos a distinção entre os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, a fim de traçar parâmetros para o protagonismo judicial.

## 2. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCREÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nas últimas décadas, a regulação legislativa tem avançado sobre diversos aspectos da vida social, passando a “juridificar” esferas de convivência que antes não constavam do rol de relevância jurídica. Essa multiplicação de leis passou a introduzir no sistema jurídico uma série de questões de difícil resolução, seja em razão da incoerência ou da sobreposição de normas. Surgiram, com isso, casos insolúveis no interior de um sistema que não admite o *non liquet*: “a diferenciação do direito, nesse sentido, incorpora uma variabilidade estrutural que expande as situações ‘juridicizáveis’ e os poderes do juiz. Numa palavra: ‘politiza’ a magistratura.” (CAMPILONGO, 2002, p. 92).

A origem deste fenômeno, entretanto, não é recente, visto que remonta ao período pós-Segunda Guerra Mundial, quando se alcançou um novo marco teórico: o

---

<sup>4</sup> Os ministros do STF, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, interposta pelo então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral –, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O relator das ações – ministro Ayres Britto – votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”) que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

“neoconstitucionalismo”<sup>5</sup>. Ao reconhecer a insuficiência dos limites meramente formais para regular várias situações, o direito novamente se abriu aos valores e à moral, e a Constituição passou a ser encarada não mais como uma carta política, mas como um conjunto de normas hierarquicamente superiores que limitam a soberania popular e o poder estatal para garantir o respeito a determinados direitos e garantias, considerados fundamentais à manutenção da sociedade e do Estado. Houve, portanto, atribuição de “força normativa” aos princípios que, antes, não eram aceitos como normas jurídicas de aplicação imediata, mas como algo que poderia ser extraído do direito positivo, sem muita densidade jurídica.

A positivação de princípios e valores nas Constituições passou a encerrar limites ao poder e à supremacia da lei, pois exigiu a conformação do ordenamento jurídico ao programa axiológico estabelecido no texto constitucional. Além disto, permitiu o controle dos atos políticos, por haver retirado da esfera política a disponibilidade sobre certos direitos. Logo, a jurisdição assume uma função eminentemente política e garantidora que, mediante provocação, concretiza os direitos fundamentais e os princípios de justiça de maneira imparcial (VIOLIN, 2013, p. 66-69). Por óbvio, essas novas atribuições jurisdicionais trouxeram à tona muitos questionamentos, como em relação aos limites da atuação judicial na tarefa de controlar as decisões políticas, que necessita ser analisada.

Os doutrinadores dividem-se acerca do tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que cuidam dos direitos fundamentais: os “procedimentalistas” não reconhecem o papel de concretizador de direitos ao Judiciário, reservando-lhe a função de controle das “regras do jogo” democrático; à medida que os “substancialistas” reconhecem tal papel e veem o Judiciário como o local apropriado para a garantia de fortalecimento da democracia. Adverte-se, porém, em relação à postura substancialista, que sua adoção não autoriza a defesa de ativismos judiciais, eis que a concretização dos direitos deve estar em consonância com o previsto pela Constituição e não, com critérios pessoais ou convicções morais do julgador (STRECK, 2013, p. 52).

---

<sup>5</sup> Cf. Barroso (2012, p. 04), “No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.”

Assim, é oportuno distinguirmos “ativismo judicial” de “judicialização da política e das relações sociais”: enquanto aquele está associado a um “ato de vontade” do órgão julgante, sendo uma questão ligada à interpretação da Constituição; a judicialização é um “fenômeno político”, gerado pelas democracias contemporâneas, especialmente como resultado do constitucionalismo do segundo pós-guerra e da noção de “Constituição dirigente”, que se propõe a estabelecer objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92).

A judicialização decorre, pois, do aumento da complexidade da sociedade e da própria crise da democracia, caracterizada pela inflação legislativa, pelo crescimento da litigiosidade social e pela inefetividade dos direitos fundamentais (sobretudo, em razão do descumprimento das disposições constitucionais por parte dos poderes constituídos). É produto do próprio modelo político contemporâneo, podendo ser mais, ou menos, intensa de acordo com a articulação dos fatores acima mencionados<sup>6</sup>.

Por outro lado, o ativismo revela-se como um problema exclusivamente jurídico, a ser enfrentado pela Hermenêutica Jurídica, pois está situado no âmbito interpretativo, da decisão judicial - decorre de um ato de vontade do intérprete que rompe os limites dados pelo texto constitucional e, desta forma, aplica diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas. São exemplos, ainda, da postura ativista a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos que os de ostensiva violação da Constituição e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador como no de políticas públicas ineficientes.

Por fim, a judicialização representa um fator de legitimação do Judiciário perante a sociedade, eis que se revela como local apropriado para o enfrentamento das questões concretas por ela apresentadas; ao passo que o ativismo deslegitima sua ação, porque faz com que predomine as instâncias jurisdicionais sobre as instituições democráticas. A primeira é um

---

<sup>6</sup> Segundo Barroso (2012, p. 06), há diversas causas para o fenômeno: desde o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas, até uma certa desilusão com a política majoritária, em razão de crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral, agravada pelo fato de os atores políticos, para evitarem o próprio desgaste na deliberação de temas polêmicos, preferirem que o Judiciário seja a instância decisória destas questões.

---

fenômeno inexorável das sociedades modernas e o segundo, resultado da atuação de juízes e tribunais, que extrapolam seus poderes no exercício de suas atribuições.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos uma era de ascensão institucional do Poder Judiciário, marcada pela crescente judicialização das relações sociais e da política, bem como por um certo grau de ativismo judicial. Cada vez mais, o Judiciário tem se manifestado sobre questões centrais para a sociedade e, em razão deste deslocamento do debate do âmbito das instâncias majoritárias, com representantes democraticamente eleitos, para os tribunais, passou-se a questionar sobre a legitimidade do protagonismo judicial, especialmente em controvérsias que envolvem a execução de diversos direitos previstos na Constituição de 1988, obstados pela apatia ou, mesmo, ineficiência dos demais poderes.

Neste contexto, mostrou-se fundamental distinguir ativismo judicial de judicialização da política. O primeiro é considerado um ato de vontade do juiz ou dos tribunais, que extrapolam seus poderes no exercício de suas atribuições, em especial, quando rompem com os limites dados pelo texto constitucional e o aplicam a situações não expressamente contempladas. Já a judicialização é um fenômeno político, inerente às democracias modernas, que decorre, sobretudo, de constituições dirigentes, preocupadas em dispor sobre programas de governo. A nosso ver, portanto, a judicialização é uma circunstância decorrente do próprio desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário, à medida que o ativismo distancia juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproxima de uma função mais semelhante à própria criação do direito.

É certo que o Judiciário, ante a “explosão democrática” verificada no Brasil, após o fim do período ditatorial e com a redemocratização política, assumiu um papel de destaque no atendimento das novas demandas sociais, decorrentes em boa parte da constitucionalização abrangente e analítica que se consolidou no País. Assim, as novas relações entre direito e política, particularmente por meio da criação jurisprudencial do direito, são inevitáveis, porém a atuação do Judiciário deve ser garantista, a fim de preservar direitos fundamentais, mas sem margem de discricionariedade, eis que deve ser pautada pelo critério da legalidade e margeada

---

pela Constituição Federal, nem exorbitação de suas capacidades institucionais, sobrepondo-se à própria valoração política.

### REFERÊNCIAS

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, ativismo e efetivação dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, Ano 2, v. 2, p. 95-119, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; TOSTES DOS SANTOS, Márcio Gil. (Org.). **Constituição Brasileira de 1988**: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71-92.

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

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013.

