

## Ativismo judicial e judicialização da política: conceitos e contextos

A higidez com que a academia, bem como a arena pública de disputa política, articula determinados conceitos paradigmáticos é condicionante da própria estabilidade da democracia. Exemplo categórico dessa direta proporcionalidade entre estabilidade institucional e higidez hermenêutica é o contraste flagrante gerado pelos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento do HC 126.292 (possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado), em meados de 2016, e o recente julgamento da ADI 6.524 (possibilidade de reeleição das mesas diretoras das Casas



Nos casos citados, a "categoria" era, *a priori*, a mesma: *literalidade*

como fator de deferência hermenêutica. No entanto, no primeiro caso decidiu-se em total desconformidade com o texto, já no segundo, a Corte decidiu pela preservação da interpretação “literal”, muito embora se possa, com relativa segurança, afirmar que não havia, entre ambas as situações, diferenças relevantes no grau de clareza e/ou ambiguidade semântica das disposições interpretadas.

A resposta que a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) oferece para esse primeiro cenário introdutório foi dada em inúmeras ocasiões[3]: o fundamental não é a clareza e/ou ambiguidade semântica das disposições, mas a (in)observância do papel central e ao mesmo tempo não totalizante que o texto ocupa no processo interpretativo exercido pelo magistrado. Nas [palavras](#) do Professor Lenio Streck:

*O problema é saltar de Séca à Meca. E intercalar posições tomadas ad hoc. Em uma democracia é desejável que se cumpram os limites semântico-hermenêuticos de um texto legal. Não posso invocar a literalidade quando me interessa; e tampouco devo ignorar os limites esses quando desgosto subjetivamente daquilo que também podemos chamar de significado convencional. O ponto: há que se ter coerência no tipo de abordagem interpretativa que define a concepção de direito que tem o intérprete.*

Isto posto, no Diário de Classe que abre 2021, após um ano de inúmeros atritos institucionais entre os três Poderes da República envolvendo o (não) enfrentamento da pandemia do novo (mas já [velho](#)) coronavírus, traremos algumas notas de ordem conceitual acerca da (fundamental) diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política[4]. Afinal, com o estreitamento tortuoso das relações entre o Poder Judiciário e as "raízes" políticas do Poder gerado pelo cenário caótico de pandemia que o Brasil enfrenta, o retorno à higidez na delimitação do teor conceitual das referidas categorias revela-se de suma importância.



Nesse sentido, parece correto afirmar ser incontroverso que "*ativismo judicial*" e "*judicialização da política*", porquanto numerosos os influxos gerados pelo e causadores do exercício "*irregular*" da atividade jurisdicional, em virtude do denominado "*neoconstitucionalismo*", figuram enquanto temas presentes em grande parte das discussões sobre a jurisdição constitucional observadas nos dias de hoje.

Para princípio da diferenciação entre ambos os institutos descritivos de atuação do Poder Judiciário, notadamente do exercício do poder jurisdicional nas Cortes Constitucionais, importante é por em contraste as experiências institucionais brasileira e a estadunidense, essa, com o advento do *judicial review*, a partir do paradigmático caso *Marbury v. Madison*, aquela com a redemocratização de 1988 e a entrada em vigor da dita "*Constituição Cidadã*" com seu largo e numeroso rol expresso de direitos sociais.

Assim, fundamental ter claro que, no Brasil, diferentemente do contexto norte-americano, ocorreu uma difusão quase irrefletida no imaginário dos agentes institucionais de que um Poder Judiciário ativista seria não só vantajoso, mas também necessário para que se lograsse a concretização dos direitos fundamentais. Ocorre que, como dito, a partir da comparação entre o direito estadunidense e o brasileiro, constata-se que no último caso o ativismo judicial não passou por uma devida problematização, o que provoca confusão na doutrina a respeito do tema<sup>[5]</sup>.

Deste modo, a judicialização da política exsurge na contemporaneidade enquanto produto do envolvimento intersecional entre a disputa semântica e pragmática sobre o "justo" e a própria prática institucional do direito com a participação ativa da sociedade. Ao Poder Judiciário legou-se, portanto, o resguardo parcial das promessas democráticas ainda não realizadas<sup>[6]</sup>.

Como dito anteriormente, a inserção no texto constitucional de um catálogo direitos fundamentais no texto constitucional transmite ao Estado Social uma agenda igualitária que afeta não somente as instituições públicas, mas também as relações privadas, de modo a fazer com que o Direito passe a ser demandado enquanto balizador na referida disputa semântica mesmo no âmbito relacional privado.

No entanto, quando trata-se de judicialização o fator de contingência mostra-se inamovível, uma vez que representa fruto de transformações pontuais e fatídicas na sociedade e no direito que exigem uma resposta do Poder Judiciário. Tal aspecto é de fundamental importância para a distinção da judicialização (da política e das relações sociais) do ativismo judicial. A judicialização da política na experiência brasileira, portanto, não é resultado de um protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, derivando também das necessidades oriundas da sociedade civil, que têm encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses.

Dessa forma, a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social que foi provocado, no caso brasileiro, pela redemocratização, pela concepção de um constitucionalismo dirigente, por um modelo de Estado Social, e pelo aumento da litigiosidade.



O ativismo judicial, por sua vez, surge enquanto problemática da teoria do direito e/ou de hermenêutica jurídica, em certa contraposição histórica à doutrina da *judicial restraint*. Eis, portanto, que o ativismo judicial representa fenômeno intrínseco ao sistema jurídico, consistindo em uma conduta própria dos magistrados e dos tribunais no exercício de suas funções institucionais.

Nesse sentido, assentando-se na natureza própria do legislador democrático enquanto agente político eleito pelos cidadãos e cidadãs, a doutrina da *judicial restraint*, como contraposto da doutrina do *judicial activism*, favoreceria interpretações literais/conservadoras, ao passo em que sua "antítese" favoreceria a livre criação do direito constitucional por parte dos juízes, com a finalidade de adaptar os "valores constitucionais" às necessidades da vida real, que os juízes só podem identificar mediante seus sentimentos de justiça.

Percebe-se que a doutrina pátria acaba considerando o fenômeno do ativismo judicial como algo bom em si uma vez que representaria o movimento de concretização de direitos<sup>[7]</sup>. Ocorre que esse entendimento abarca duas concepções de ativismo: o ativismo como um aumento da interferência do Poder Judiciário (que se trata, na verdade, de judicialização da política) e o ativismo como atividade jurisdicional progressista. Esses pontos de vista, no entanto, acabam desconsiderando o fato de que Brasil e Estados Unidos possuem tradições jurídicas distintas.

Nessa linha, a própria práxis institucional de ambas as tradições, no tocante aos métodos e técnicas hermenêuticas empregadas são diversas e distintas, o que deságua em maneiras igualmente diversas de enfrentamento dos atritos entre o Poder Político e o Jurisdicional. Assim, bem elencou, o Professor Anderson Teixeira, quatro condutas de cunho ativista que tem por resultado a lesão à estabilidade institucional de uma democracia, sendo essas as seguintes: a atuação como legislador positivo, a ofensa ao princípio da separação dos poderes, a desconsideração dos precedentes jurisprudenciais e a ocorrência de decisões judiciais viciadas por decisionismo político<sup>[8]</sup>.

Observa-se, assim, que a marca distintiva entre ambos os fenômenos é clara: o ativismo nada mais é do que uma postura do Judiciário que concebe a interpretação do direito como ato de vontade do julgador e a judicialização da política como um fenômeno contingencial e fruto de um contexto histórico, social e jurídico no qual, de fato, as circunstâncias advindas do pós-guerra, da transformação dos textos constitucionais que passam a incluir como pressuposto democrático um rol de direitos fundamentais, e, principalmente, a transformação de perfil do Estado Contemporâneo de um estado liberal, cujo principal ator era identificado no indivíduo, para um Estado de Bem-Estar Social (Welfare State, ou Estado Social), provocam profundos impactos na teoria do direito<sup>[9]</sup>.

Por fim, a parte o que ora apresentou-se, diga-se que no processo hermenêutico de compreensão dos fenômenos ora abordados, imprescindível a análise das "três perguntas fundamentais para a constatação de condutas ativistas" elaboradas pelo professor Lenio Streck, as quais fazem parte do arcabouço teórico da Crítica Hermenêutica do Direito e já aplicadas no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do assim cunhado caso do "[Homeschooling](#)".



---

[3] STRECK, L.L.. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Casa do Saber, 2020, verbete *Literalidade*

[4] De pronto, faz-se inarredável a indicação de obra referência sobre o tema: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Boa parte das reflexões aqui apresentadas partem de ensinamentos presentes na obra citada.

[5] [...] sob a influência da doutrina estadunidense, a questão envolvendo o ativismo da magistratura ganhou papel de destaque no cenário jurídico brasileiro. O problema é que, diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, aqui, a atuação do Judiciário mediante uma postura ativista não passou por uma (indispensável) problematização (isto é, por um rigoroso debate acadêmico), no sentido de que, dos contributos trazidos pelos juristas norte-americanos, apenas se aproveitou a intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para concretizar direitos. Em síntese, acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade (TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 26).

[6] Cumpre lembrar que em países de modernidade tardia, como o Brasil, a experiência moderna não foi vivida da mesma forma que na Europa, em que os modelos estatais surgem em uma determinada sequência histórica. No Brasil, por exemplo, as modalidades social e democrática se imiscuem em um único momento. Na Europa, a modernidade surge como movimento de ruptura com os paradigmas medievais, num primeiro momento como advento do Estado Absolutista e o desfazimento do modelo de sociedade feudal. Num segundo momento, transmuta-se essa ordem estatal para o modelo liberal, a partir das revoluções burguesas, da sedimentação do capitalismo – antes comercial e depois industrial-produtivista –, da ascensão do sujeito à condição de indivíduo, da filosofia racionalista e, sobretudo, da manutenção dos vínculos sociais individuais. Com a articulação do proletariado já exaurido nas fábricas, e a consequente crise estatal-social, se proclama o Estado Social a partir de um catálogo de direitos sociais-prestacionais devidos pelo Estado que, passa a ser gerente e protetor. No Brasil, entretanto, essa lógica evolutiva não foi vivida, uma vez que o Estado Social surge como Estado Social e Democrático de Direito com o advento da Constituição de 1988 e a entrada do país no rol do dirigismo constitucional. Tal situação provoca a extenuação do Direito como colocado em *terrae brasilis* já que, os direitos fundamentais-sociais se multiplicam e o Estado não consegue dar vazão a estas necessidades. Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Constituição ou barbárie?**: a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito. Revista Doutrina, Rio de Janeiro, v. 12, p. 267-278, 2001.

[7] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 114.



[8] TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, v. 8, n. 1, p. 51, 2012.

[9]

**Date Created**  
02/01/2021