



**TEORIAS DA (IN)DECISÃO JURÍDICA: ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO  
COMO CO-AÇÃO**  
**THEORIES OF THE LEGAL (IN) DECISION: JUDICIAL ACTIVISM AND THE  
RIGHT AS CO-ACTION**

**Joaquim Eduardo Pereira<sup>1</sup>**

**Vinícius Ferreira de Andrade<sup>2</sup>**

**RESUMO:**

O estudo é dedicado à análise da teoria da decisão judicial e suas principais e atuais repercussões no Poder Judiciário. Indaga sobre os riscos do ativismo envolvendo a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisão Judicial – Ativismo Judicial - Judicialização da Política.

**ABSTRACT:**

The study is devoted to the analysis of the theory of judicial decision and its main to the current repercussions in the Judiciary. Inquiries about the risks of activism involve democratic legitimacy, politicization of justice and lack of institutional capacity of the Judiciary to decide certain issues.

**KEYWORDS:** Judicial Decision – Judicial Activism Legal – Judicialization of Politics.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Filosofia do Direito, Introdução ao Estudo do Direito e Hermenêutica Jurídica na FADISP. Coautor de livros e revistas especializadas. Mediador privado e Advogado.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Difusos e Coletivos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica. Professor de Processo Civil e Direito Civil na Universidade Anhanguera. Professor Convidado da Especialização da Escola Paulista de Direito - EPD. Professor Convidado no Curso de MBA da Fundação Instituto de Administração. Foi professor de Direito Civil, e Processo Civil - FADISP. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro. Membro do Conselho de Redação da Revista Forense. Coautor de livros e revistas especializadas. Advogado.



**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. Judicialização da Política e Ativismo Judicial - 3.O Problema da Interpretação – 4. Considerações finais: a (re)interpretação do problema – 5. Referência Bibliográfica.

## 1. INTRODUÇÃO

Existe, hodiernamente, uma grande discussão que perpassa tanto a academia e prática jurídica, que remonta à judicialização da política e ao ativismo judicial, fenômenos que, a despeito de estarem sendo muito discutidos, ainda geram muitas dúvidas e perplexidades.

De forma sucinta pode-se dizer que a judicialização da política consiste em um fenômeno contingencial — inerente à relevância que a atividade jurisprudencial, mais especificamente no tocante à jurisdição constitucional e a própria teoria da decisão jurídica como ciência<sup>3</sup> —, que assume a partir da segunda guerra mundial; o ativismo, por sua vez, seria uma postura dos órgãos judicantes em que estes, no intuito — ou com a promessa —, de satisfazer direitos fundamentais, acabam proferindo decisões em algumas situações de cunho subjetivista e solipsista.

O que se pretende no presente ensaio é, na medida do possível, proporcionar uma possibilidade de enfoque e apreensão deste tema estruturado a partir da teoria da decisão judicial. Para tanto, buscar-se-á trazer os traços mais característicos no que tange à diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial e, posteriormente, destacar os traços em comum, os quais normalmente não são percebidos ou recebem a importância adequada.

Com isso, o intuito é mostrar que esta discussão possui um lastro com a questão da relação intrinsecamente complexa entre direito, moral e justiça. Além disso, referida problemática também perpassa toda e qualquer discussão a respeito da própria essência da democracia, outro ponto fundamental em relação ao assunto abordado.

Desse modo, sem desconsiderar a importância das discussões que já existem a respeito deste tema, e sem desconsiderar as importantes críticas que podem ser feitas ao

---

<sup>3</sup> Para uma compreensão sobre a importância científica do tema, cf. a obra de Tércio Sampaio Ferraz Júnior *in A ciência do Direito*, 2ª Edição, São Paulo: Atlas, 1986, esp. pp. 87-103.



ativismo desde a sua diferenciação da judicialização da política, quer-se mostrar os riscos de não se perceber quão pernicioso pode ser a defesa irrestrita da judicialização da política, como se esta fosse simplesmente o modo correto de compreender e aplicar o direito, encontrando-se no ativismo o modo errado, isto é, que não houvesse(m) outra(s) possibilidade(s).

## 2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Em relação à judicialização da política e ao ativismo judicial, como destacado sucintamente na introdução, o intuito aqui não é esgotar as possibilidades de relação entre estes dois fenômenos, mas destacar alguns pontos que vêm sendo trazidos pela doutrina a respeito deles, para que se possa, assim, iluminar tanto como esta discussão vem sendo colocada para uma melhor compreensão da própria questão e do direito como um todo.

Nesse sentido, dois pontos no que diz respeito a esta relação merecem destaque, ambos concernentes à dificuldade de se estabelecer uma divisão ou diferenciação clara entre a judicialização da política e o ativismo judicial: o primeiro atrelado ao fato de que ambos os fenômenos possuem uma origem, melhor dizendo, inserem-se num contexto comum, que é o constitucionalismo do pós-guerra. E o segundo ligado ao fato de que ambos os fenômenos são tratados desde a perspectiva de que o direito é, dentre outras análises, uma ciência interpretativa e prática.

Toda esta problemática começa a se desenhar, portanto, tendo como marco temporal definido a partir da segunda guerra mundial, em que se assume como condição de possibilidade de defesa e promoção da democracia, o compromisso em se promover e efetivar a dignidade da pessoa humana, mormente através dos direitos humanos e fundamentais.

Desde então, para alguns, a democracia não pode mais ser identificada meramente com a maioria, mas deve se pautar pela busca do equilíbrio o poder desta com todas as eventuais minorias, de modo que todas as pessoas ser minimamente respeitadas e, especialmente, que ninguém possa ser aviltado em sua dignidade por ser diferente dos demais.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución: la justicia constitucional*, in *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Colección Universitaria, Madrid: Debate, 1998.



O constitucionalismo do pós guerra — mais especificamente na tradição do *civil law* — começa então a se desenvolver apoiando-se primeiramente na noção de valores, ou seja, na Jurisprudência dos Valores, mas depois caminha até se estruturar fundamentalmente nos princípios. Nesse sentido, vale destacar que:

*“O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta aos Códigos, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, norma das normas.”<sup>5</sup>*

Esta noção de princípios, com toda a carga política e valorativas intrinsecamente contidos neles acaba por fazer com que, no contexto da jurisdição constitucional — responsável direta pela aplicação e efetivação do constitucionalismo —, haja um deslocamento da

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 289-290.



organização e divisão dos poderes que até então imperava, no clássico modelo que remonta à Montesquieu.

Na nova configuração a jurisdição constitucional — sem entrar no mérito da questão de países que possuem uma corte constitucional desvinculada do Poder Judiciário e daqueles em estes se misturam —, assume um papel de destaque não somente em relação aos demais poderes, mas sobre toda a sociedade, posto que a Constituição deve se impor vertical e horizontalmente.

Paralelo a este desenvolvimento, e muito por causa das mazelas e explícita violação ligadas aos direitos fundamentais, que foram os regimes totalitários e fascistas, em que os indivíduos sucumbiram frente aos poderes institucionalizados, viu-se o crescimento da ideia de liberdade, entendida como sendo a possibilidade de cada um não se submeter totalmente a nenhum poder, o que conferiu às relações humanas um aumento considerável de complexidade.

Nesse cenário, como afirma Antoine Garapon, a jurisdição passa a ser o modo normal de governo, e

*“(...)a exceção torna-se a regra, e o processo de resolução de um conflito torna-se o modo comum de gestão de setores inteiros como o da família e o da imigração. Enquanto, antes, a concebíamos de forma negativa e punitiva, a justiça torna-se, progressivamente, positiva e construtiva. Enquanto, outrora, a instituição judiciária revelava algum atraso relativamente aos costumes, doravante, é portadora das esperanças de mudança. (...) O direito contemporâneo, actualmente fora da alçada do Estado, continua a ser excessivo em relação àquilo que está estipulado, e a justiça, nomeadamente a justiça constitucional, surge como o*



*espaço de decisão permanente entre o ideal do querer viver em conjunto e a dificuldade da acção política.*<sup>6</sup>

O ponto que se afigura, a nosso ver, de fundamental importância destacar é que o espaço político, entendido este como o espaço de convivência social no seu mais amplo sentido, transfigura-se e assume a forma de uma relação jurídica, em que o processo de resolução de um conflito torna-se o modo comum de gestão de setores inteiros.

A grande relevância desta questão é que, esteja-se a falar em judicialização da política ou em ativismo judicial — e mais ainda naquelas posturas em que sequer se postula esta diferenciação —, os problemas colocados pela maioria das teorias jurídicas, mais especificamente aquelas teorias com foco na decisão judicial, partem deste pressuposto sem compreendê-lo em toda a sua complexidade.

A partir disto, portanto, as discussões começam a girar em torno do que constituiria o ativismo judicial, se este seria o mesmo que a judicialização ou sua mera consequência, ou se seria, ao contrário, algo que vai além da judicialização e, portanto, não mais se mostraria como legítimo. De acordo com o próprio Garapon o ativismo começaria, então, quando entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.<sup>7</sup>

Trazendo esta discussão para o nosso país, com a devida contextualização, a questão apresenta-se de modo ainda mais complexa, se levada em consideração os aspectos históricos de extrema desigualdade social e de uma tradição racista, machista e preconceituosa de modo geral, sem falar no período ditatorial que antecede a Constituição Federal de 1988.

Some-se a isto que a Constituição reconhece em seu bojo, explícita e implicitamente, uma série de direitos — de primeira, segunda e terceira dimensões<sup>8</sup> — o resultado é um aumento progressivo de demandas judiciais para que estes direitos possam ser realmente implementados.

---

<sup>6</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. ARAGÃO, Francisco [Trad.]. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, pp.47-48.

<sup>7</sup> GARAPON, Antoine. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>8</sup> Sem adentrar no mérito, a título de esclarecimento, algumas teorias chegam até a quinta dimensão.



O texto constitucional, mais do que reconhecer estes direitos, passa a institucionalizar um ideal de vida boa, fazendo com isso que o Estado assumira uma função transformadora da sociedade, indo além de sua faceta ordenadora - do Estado Liberal - e promotora - do Estado Social. Como afirma Lênio Streck, os “conteúdos compromissórios e dirigentes das constituições — e a do Brasil é típico exemplo —, apontam para as possibilidades do resgate das promessas incumpridas da modernidade tardia, onde o *welfare state* não passou de um simulacro.”<sup>9</sup>

Assumidas, de modo geral, tais premissas, isto é, de que a Constituição e sua principiologia devem reger todo o direito e, também, todas as relações sociais, de modo que se respeite e efetive os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, a grande questão passa a ser como fazê-lo, ou seja, como se deve interpretar a Constituição?

### 3. O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO

As relações entre a judicialização da política e o ativismo judicial orbitam, *grosso modo*, ao redor da compreensão do direito como uma prática interpretativa, buscando-se dos mais variados modos, dizer como se deve, então, interpretar e efetivar todo o conteúdo constitucional.

A questão da legitimidade do direito concentra-se na sua própria aplicação, isto é, na decisão judicial e, mais propriamente, na sua fundamentação. Mais do que nunca, e com maior vigor atualmente, é a própria fundamentação da decisão judicial, sob a ótica do conflito, que confere legitimidade ao direito, ou seja, esta desloca-se cada vez mais do momento de produção para o momento de consumação ou aplicação do direito.

O próprio conceito de direito, segundo Dworkin, dentro das particularidades do direito norte americano, acaba por associá-lo à justificativa da coerção social, ou seja, fazendo com que tal concepção seja capaz de oferecer uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo do Estado.<sup>10</sup> Afirma ainda o autor, nesse contexto, que o direito:

---

<sup>9</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica (e)m crise*, 11ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 401.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3ª Edição, São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 231.



*é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar justiça entre os cidadãos e entre eles e o seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. (...) Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve.<sup>11</sup>*

Os princípios constitucionais, especialmente com toda a carga interpretativa que lhes é característico e inerente, deverão pautar todo o processo de compreensão e aplicação do direito, ao menos no que diz respeito à jurisdição constitucional. Uma vez que tais princípios, no entanto, diferentemente do que sustentaram paradigmas mais remotos da ciência do direito,<sup>12</sup> não são passíveis de mera subsunção, mas precisam ser interpretados em cada caso concreto, acabam por demandar dos juristas uma preocupação especial com este processo interpretativo, ou seja, com a decisão judicial e a sua legitimidade.

Daí que se percebe uma crescente preocupação, em todas as áreas do direito, o que ricocheteia na Teoria Geral do Direito, com o problema da fundamentação das decisões judiciais, chegando a mesma a ser reconhecida como decorrência lógica e necessária do Estado de Direito na medida em que consiste num ônus que deve ser suportado por aqueles que decidem. Sobre a importância da motivação para o Estado Democrático de Direito:

---

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 239.

<sup>12</sup> Segundo Karl English, “trata-se a subsunção primariamente da sotoposição de um caso *individual* à hipótese ou tipo legal e não diretamente da subordinação ou enquadramento de um *grupo* de casos ou de uma *espécie* de casos. Em segundo lugar, devemos ter presente que, como já acentuamos, nos representamos a subsunção como uma subsunção nova, uma subsunção a fazer pela primeira vez, e não, portanto, como uma simples repetição rotineira de subsunções que já muitas vezes foram feitas para casos do mesmo tipo.” (ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 11ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 95).





*“A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão. É onde se encontram os dois princípios centrais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução linguística da cadeia normativa que envolve a querela sub judice.”<sup>13</sup>*

O que se quer destacar neste trabalho é justamente esta questão de que a legitimação do direito passa a se encontrar no processo de sua aplicação, o qual encontra-se estruturado desde o reconhecimento da força normativa dos princípios. Este ponto é importante porque constitui-se, pode-se dizer, como um ponto comum de partida, a partir do qual desenvolver-se-ão as mais variadas teorias a respeito do direito hodiernamente, as quais acabam por se constituírem enquanto teorias da decisão.

Bem pensadas as coisas, apesar das muitas diferenças que se pode destacar a respeito das mais diversas teorias da decisão judicial ou do direito, elas acabam por manterem-se unidas a uma situação inicial comum, o que não necessariamente constitui um problema, mas simplesmente pode encobrir e, assim, não perceber alguns.

---

<sup>13</sup> Comentário ao art. 93. in CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1325. No mesmo sentido: *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 325. No mesmo sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1153; ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 281. TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16ª ed. reformulada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 78. Mais especificamente no âmbito do processo penal: “Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios.” In LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 243-44.



Disto decorre que o discurso dogmático sobre a decisão acaba não sendo apenas informativo, sobre como a decisão deve ocorrer, mas também se mostra como um discurso persuasivo, sobre como deve se fazer para que a decisão seja acreditada pelos destinatários, ou seja, “visa despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso, a verdade decisória acaba reduzindo-se, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte”<sup>14</sup>.

Dito de outro modo: pode-se perceber que a decisão judicial deixa de (poder) ser questionada enquanto tal, ou seja, enquanto sua necessidade e, até mesmo, possibilidade, no sentido de que se saber sobre o que e o quê se está decidindo, partindo-se do pressuposto que quanto à decisão a única discussão possível é sobre a sua legitimação, ou melhor, de como ela deve acontecer, qual caminho seguir e quais aspectos abordar, para que possa ser considerada legítima.

Com base nisto, então, agora, pode-se retomar a relação entre a judicialização da política e o ativismo judicial sobre um enfoque diferente, para poder iluminar o que escapa à sua sofisticada busca de diferenciação entre estes fenômenos. Trata-se, mais especificamente, da não irrelevante crítica que alguns autores têm feito ao ativismo, considerado este como uma postura em que o juiz, como consequência de sua atividade e condição de cumprir com o seu dever constitucional, acaba por incidir num espaço de discricionariedade que, muitas vezes, beira à arbitrariedade.

Apenas a título de exemplificar a discussão aqui ressaltada, sem nenhum intuito de esgotá-la, pode-se destacar dois pontos de vistas que se mostram contrastantes: o ativismo judicial defendido por Luís Roberto Barroso e a crítica que lhe é feita por Lênio Streck. Em termos gerais, Barroso entende que o ativismo é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”<sup>15</sup>. Esta postura, segundo o autor, está intrinsecamente ligada com a Constituição e toda a sua ordem

---

<sup>14</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 10ª Edição, São Paulo: Atlas, 2018, p. 311.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49.



principiológica, a qual demanda da jurisdição constitucional a satisfação de todas as promessas que podem ser lidas na Constituição.

Além do mais, esta postura mostra-se não apenas condizente com o projeto constitucional, mas necessário, uma vez que os poderes Legislativo e Executivo normalmente não se mostram capazes de propiciar à sociedade todos os direitos e garantias que a Constituição reconhece.

Na contramão desta posição podemos encontrar a defesa de que isto levaria ao cometimento de arbitrariedades judiciais, disfarçadas de legitimidade, posto que as decisões decorrentes desta postura proativa dos juízes seriam, no fundo, de cunho subjetivista e, portanto, não passíveis de legitimação democrática e não condizentes com a noção de democracia.

Nessa ordem de ideias, destaca Lênio Streck que a defesa de uma corrente substancialista, isto é, que reconhece e afirma um conteúdo moral e normativo da Constituição contra uma consideração apenas procedimental da mesma, apesar de se mostrar a mais correta no caso brasileiro, não pode dar azo ao ativismo, pois a concretização da constituição não pode se basear em critérios pessoais de quem decide.<sup>16</sup>

A partir disto, pode-se defender a tese de que, ao contrário do que se defende nas posturas ativistas — com base no dogma de que os princípios constitucionais acabam por abrir o campo interpretativo —, os princípios acabam é por fechar o campo de interpretação, uma vez que oferecem espaços interpretativos que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões.<sup>17</sup>

Ainda na esteira do pensamento de Lênio Streck é possível afirmar que o ativismo que tem crescido atualmente em nosso país acaba no mais das vezes, a despeito de dizer buscar implementar e garantir direitos fundamentais, por feri-los. Isto acontece porque aqueles que deveriam protegê-los, ao ficarem presos em suas próprias consciências e valorações

---

<sup>16</sup> Cf., a propósito, STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica (e)m crise*, 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>17</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 255.



subjetivas, acabam por não se submeter à Constituição, muitas vezes até subvertendo seu texto.<sup>18</sup>

Esta crítica ao ativismo judicial mostra-se extremamente eficaz e necessária, porém não imune, logo passível de ser criticada. Deve-se, por sinal, ressaltar que, no entanto, a crítica da crítica não possui, em nenhuma hipótese, o condão de negar a sua importância, e muito menos de desconsiderar as suas contribuições para a teoria do direito e da própria decisão judicial.

Busca-se tão somente lançar uma luz sobre o ponto obscuro destacados acima, qual seja, o ponto de partida em comum que ambas as posturas que, até então, mostram-se como contrapostas, assumem em comum. O intuito disto é mostrar algo que nos parece de fundamental importância, mas que parece estar distante da maioria das discussões a respeito do tema aqui exposto.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A (RE)INTERPRETAÇÃO DO PROBLEMA**

As considerações feitas até aqui, pois, buscaram apontar traços que aproximam e traços que distanciam a judicialização da política e o ativismo judicial, e o intuito principal foi tentar demonstrar que, apesar de serem fenômenos diferentes, possuem não só pontos em comum devido à origem do problema, mas têm em comum o fato de não colocarem em questão a própria origem do problema que buscam solucionar.

Não se trata de mero preciosismo teórico, mas, ao contrário, o que se pretende é lançar luzes sobre contradições e paradoxos que, sem isso, parecem irreconciliáveis ou intransponíveis. A título de exemplo das confusões que podem advir do fato de se assumir o imbricamento entre as dimensões do político e do jurídico sem um questionamento mais profundo, vale citar o papel que a noção de “justiça” acaba por receber nestas teorias contrapostas.

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. [Et al]. *A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*, Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst. <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>, acesso em 1.6.19.



Percebe-se que, de modo geral, os defensores do ativismo judicial tendem a apelar para uma noção de justiça, a qual, em tese, justificaria a própria postura de proatividade que, na verdade, é de cunho subjetivista, conforme a crítica acima trazida revela e aprofunda. De fato, os críticos do ativismo judicial, de maneira ampla, tendem a desconfiar de todo e qualquer argumento de justiça, uma vez que estes normalmente são utilizados de forma meramente retórica, para escamotear uma decisão de base subjetiva e, portanto, não democrática.

Como já ressaltado, reconhecemos que a crítica ao ativismo judicial é pertinente e, ademais, revela-se cada vez mais necessária para ampliação do debate. Contudo, existe, na maioria destas críticas, atualmente, um ponto nevrálgico que acaba não por deslegitimá-las, mas torná-las perigosas, uma vez que, paradoxalmente, elas tendem a reforçar a estrutura que busca criticar.

Isto ocorre, fundamentalmente, pelo fato de que compartilham com as teorias e posturas que querem criticar, aquela ideia acima destacada de que a jurisdição — em especial a constitucional —, passa a ser o modo normal de governo, ou vale dizer, de política. Não se trata de uma questão de menor importância, mas, ao contrário, parece-nos ser fundamental. O que é que resta impensado nisto?

O que está em jogo, dentre várias outras coisas, nisto tudo, é o fato de que o direito concebido nestes termos representa, uma tentativa — ou melhor, uma crença —, de se colocar como o substituto das grandes narrativas metafísicas que, até o advento da modernidade, perpassavam a organização política.

De acordo com Habermas “as normas desse direito (moderno) possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas da suposição de um acordo racionalmente motivado”<sup>19</sup>.

Estas comunidades, cada vez mais artificiais, posto que não resultam mais de crenças compartilhadas, a não ser a crença no individualismo exacerbado, tendem justamente a

---

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25.



se organizar sob a lógica jurídica, uma vez que “o debate judicial individualiza os desafios: a dimensão coletiva existe, mas de forma incidente. Visa um compromisso mais solitário do que solidário. Através dessa forma direta de democracia, o cidadão litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação.”<sup>20</sup>

Desse modo, quanto mais a crítica ao ativismo judicial vai na direção de que o problema está no subjetivismo, e não na própria estrutura em que a política no sentido arendtiano, ou seja, do agir em comum, aumenta-se o risco de não se perceber a origem do problema que se busca combater. Não se está a negar a relação que existe entre o âmbito político e o jurídico, mas é necessário que se saiba diferenciá-los. Assim, Tercio Sampaio Ferraz Jr. destaca que “uma concepção geral da decisão jurídica é correlata de uma concepção de conflito jurídico”<sup>21</sup>.

E, de modo ainda mais fundamental, destaca que:

*“A institucionalização do conflito e do procedimento decisório confere aos conflitos jurídicos uma qualidade especial: eles terminam. Ou seja, a decisão jurídica é aquela capaz de lhes pôr um fim, não no sentido de que os elimina, mas que impede sua continuação. Ela não os termina por meio de uma dissolução, mas os soluciona, pondo-lhes um fim.”*

Compreender isto é de fundamental importância para que se possa superar o paradoxo da justiça na tensão entre judicialização da política e ativismo judicial, porquanto esta pode ou funciona como mero alibi teórico, ou acaba por ser afastada, gerando um problema maior ainda, posto que toca numa questão existencial e, portanto, primordial em relação à própria diferenciação:

---

<sup>20</sup> GARAPON, Antoine. *Op. Cit.*, p. 46.

<sup>21</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 10ed. São Paulo: Atlas, 2018, pag. 274-5.



*a carência de sentido torna a vida insuportável. Ao menos nesses termos existenciais é de reconhecer que a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir. Diz-se, assim, que o direito deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo.*<sup>22</sup>

Com base nesta análise, pode-se perceber que existe, ao menos, uma outra dimensão no que diz respeito à análise da legitimidade, sendo que esta aponta para um nível originário, ontológico até, se pode dizer. Não se trata mais do nível apofântico de analisar a forma e o conteúdo de uma decisão judicial, mas de poder perceber que, se ela existiu - portanto, mostrou-se necessária - foi somente porque, antes, houve a possibilidade - não aproveitada - de se construir uma vi(d)a em comum, isto é, pelo caminho autêntico da política, da Ação no sentido estabelecido por Hannah Arendt.

E o grande risco que se corre ao não perceber esta dimensão da problemática das questões humanas e do modo como aborda-se o direito atualmente é que podemos nos afastar cada vez da possibilidade de uma política autêntica. Além disso, embora um direito que tenha se afastado desta dimensão possa perder seu sentido, isto não implica, necessariamente, que perca seu império, sua validade e eficácia. Contudo, como “é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um despudorado cinismo”<sup>23</sup>.

Tanto o cinismo que pode ser desvelado sob as posturas ativistas quanto o ceticismo que perpassa suas críticas atuais parecem se confundir na constituição e sustentação de um modo de vida em que a lógica jurídica acaba por tomar todo o espaço do político, impondo que (quase) tudo pode ser decidido, fazendo com nos mantenhamos presos na

---

<sup>22</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 10ª Edição, São Paulo: Atlas, 2018, pag. 317.

<sup>23</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 10ª Edição, São Paulo: Atlas, 2018, pag. 324.



possibilidade de decidir, a qual é sempre excludente por natureza, e deixemos de nos apropriar da possibilidade de construir um mundo em comum.

A hipostasia do direito, mesmo sob a forma de uma judicialização da política que critica o ativismo, se não tomar consciência destas questões, acaba por resultar não em respostas corretas ou adequadas à Constituição e, portanto legítimas, mas por sustentar a suspensão e impossibilidade da politização da vida, a qual não nega o direito, mas reserva-o somente para os casos em que a com-vivência falhou, e não em que precisa ser construída.

## 5. BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3ª Edição, São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 11ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 10ª Edição, São Paulo: Atlas, 2018.

\_\_\_\_\_. *Ciência do Direito*, 2ª Edição, São Paulo: Atlas, 1986,

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. ARAGÃO, Francisco [Trad.]. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2013.





HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. *La Garantia Jurisdiccional de la Constitución: la justicia constitucional*, in *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1998.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. [Et al]. *A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*, Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDCConst. <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica (e)m crise*, 11ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16ª ed. reformulada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.