

## Resumo expandido: Ativismo e Protagonismo Judicial

Mirela Maganini Ferreira

O presente trabalho pretende analisar a obra do autor Lênio Luiz Streck, O que é isto - decido conforme minha consciência, e o artigo científico, Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política, elaborado pelo pesquisador Anderson Teixeira Vichinskeski. Os dois autores analisam as implicações do ativismo judicial durante a construção das decisões judiciais, no âmbito jurídico contemporâneo, e este trabalho pretende estudar qual a relação que pode ser traçada a partir dessas duas linhas de pesquisa sobre o ativismo judicial nas decisões dos magistrados.

O autor Lênio Luiz STRECK inicia seu trabalho discutindo a questão da manifestação da verdade, e que esta não pode se resumir ao simples exercício da vontade do interprete, que irá julgar segundo sua própria consciência, reduzindo assim a realidade a uma simples representação subjetiva do sujeito. A atribuição do sentido coloca o conhecimento ligado e fundamentado apenas nas experiências pessoais e individuais, sem estabelecer uma relação que vá além do conhecimento objetivo. Para STRECK esse fato pode ser identificado no âmbito jurídico atual, onde as sentenças dos magistrados estão centradas de forma implícita ou explícita em decisões e julgamentos de acordo com o entendimento pessoal ou até a própria consciência do juiz.

Para STRECK o protagonismo judicial é uma tendência contemporânea na nossa sociedade e é utilizado para justificar a concretização dos direitos fundamentais. Os magistrados flexibilizam as normas e as técnicas processuais com uma ênfase maior no ativismo judicial para justificar uma atuação em prol da garantia dos direitos e princípios democráticos na nossa sociedade. Para o autor essa tendência se tornaria um problema, na medida que a democracia passa a depender diretamente das decisões que ocorrem no âmbito judicial. Ele destaca que nos regimes democráticos não há espaço para que as convicções pessoais do juiz sirvam de critérios para preencher as lacunas da lei para solucionar casos difíceis e garantir direitos fundamentais. A constituição é a base para a interpretação, mas o produto dessa interpretação acaba sendo a própria convicção do juiz, num certo ativismo judicial. Nesse contexto o autor STRECK afirma que o paradigma da consciência ainda está muito presente no âmbito jurídico e na concepção dominante do Direito no Brasil. Como os magistrados buscam a verdade de duas decisões a partir de uma consciência individual, onde o sujeito constrói o objeto, dessa forma criam espaços para a discricionariedade, sem qualquer limite ou restrição, sustentando assim o positivismo jurídico, o que, segundo STRECK acaba

sendo prejudicial ao direito democrático. Para superar esse positivismo que está diretamente ligado as características da discricionariedade, é necessário “superar o paradigma da consciência por meio do giro linguístico ontológico”.

Para STRECK é necessário combater essa discricionariedade e as arbitrariedades presentes nas decisões judiciais, com a utilização do modelo do giro linguístico, onde o sujeito passa a interagir e se relacionar com outros sujeitos, e passa a estar num universo compartilhado de sentidos.

Para superar o modelo discricionário buscou-se um novo modelo interpretativo com base na abertura de sentidos dos princípios jurídicos. Esse modelo acabou reforçando o papel de protagonista do magistrado, na medida que esses extrapolaram dos limites de sentido, criando novos princípios para justificar cada decisão baseada apenas na consciência pessoal, criando dessa maneira o panprincipiologismo. Nesse contexto para STRECK o juiz assume um protagonismo judicial que é negativo, pois não está de acordo com as normas constitucionais.

Para o autor a decisões judiciais devem estar sempre de acordo com a Constituição, e que por isso não podem ser baseadas na subjetividade e na consciência pessoal dos magistrados, pois dessa maneira irão desrespeitar os princípios democráticos. Ele defende que o direito deve ser aplicado de acordo com a Constituição e não conforme a consciência do interprete. A integridade do direito só pode ser respeitada se for garantida a força normativa da Constituição. O compromisso do magistrado será com a legislação democrática que tem como base a Constituição. Nesse sentido a atuação dos juristas deve ser balizada pela Constituição, uma garantia para a democracia e para o desenvolvimento da sociedade. Para STRECK a justiça não pode depender da opinião pessoal do juiz e do promotor, pois o sentido das leis e dos fenômenos sociais são produtos da intersubjetividade e não apenas de uma pessoa, e por isso não podemos aceitar e acreditar que o direito é o que o judiciário diz e que pode ser formado e concebido a partir de conceitos fechados. Os conceitos só existem a partir de um mundo prático, a partir de uma circularidade onde os agentes do direito estão envolvidos, seria o a “piori” compartilhado, uma pré compreensão desenvolvida em Heidgger, conforme cita o autor.

No artigo científico Anderson Teixeira VICHINSKESKI destaca que o ativismo judicial é um fenômeno presente no direito brasileiro, e que este não possui uma definição precisa, além de ser uma das expressões mais empregadas e utilizadas nas áreas do saber jurídico. O termo por hora é utilizado de maneira pejorativa e em outros momentos assume um caráter positivo, quando o juiz ativista age para suprir uma lacuna da lei, para garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. O ativismo judicial poderia ser comparado num primeiro momento, numa aproximação teórica com a criação judicial do direito, onde o juiz possui um poder criador que atribui sentido a um

direito produzido pelo legislador que é estático. Esse ativismo para VICHINSKESKI coloca a política num segundo plano, na medida que esta não irá realizar mais seu papel fundamental de buscar a realização de valores essenciais na sociedade em que atua. O ativismo judicial com o “mito do juiz Hércules”, provoca a crescente judicialização das relações sociais é reforçado pela burocratização estatal, pela corrupção e através da política que defende interesses partidários. No artigo VICHINSKESKI aborda a problemática em torno da falta de democracia dessas decisões, já que os juízes não são eleitos e escolhidos pelos povo, e as leis são aprovadas democraticamente pelos governantes eleitos pelo população. No Brasil a discussão em torno do ativismo judicial começou depois da Constituição de 1988, pois os magistrados possuem uma série de prerrogativas previstas na Constituição, que exigem uma atuação mais presente do juiz junto a sociedade. O juiz é chamado a atuar para garantir a execução e o cumprimento dos direitos fundamentais dos cidadãos que não encontram fundamentação legal. O Supremo Tribunal Federal também atua nesse sentido para legitimar políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação seu meio natural de implementação. O debate em torno da constitucionalidade das leis não está hoje restrito ao campo das questões políticas, se concentra também no controle abstrato que é efetuado pelo STF.

Na sociedade atual ocorre um crescimento da judicialização das relações sociais, pois hoje o judiciário é invocado através da jurisdição para resolver os mais diversos e diferentes problemas da sociedade, que antes eram resolvidos num outro campo de ação. Nesse contexto o ativismo judicial surge num cenário de fragmentação de estruturas tradicionais como as religiosas e morais. Esse fenômeno da judicialização das relações sociais traz como consequência a judicialização política, onde o poder de criação normativa passa do legislador para o juiz, e como consequência desse fato o juiz assume um papel de destaque com o poder de criação normativa a partir de suas decisões. Nesse sentido VICHINSKESKI destaca que ocorre um problema que ofende a separação dos poderes, já que o juiz atua como legislador e por isso ocorre uma confusão conceitual entre direito e política. Nesse sentido crescem as demandas no seio da sociedade e por isso é tênue a linha que separa o direito e a política. O magistrado é chamado a atender essas demandas que são cada vez mais complexas e assim o juiz não age mais com base unicamente no ordenamento jurídico, culminando com a ideia de racionalidade jurídica.

Nesse aspecto o autor VICHINSKESKI destaca em seu artigo que o grau de generalidade dos princípios constitucionais permite que o legislador decida somente com base nos princípios, até “contra legem”, desde que esteja utilizando uma fundamentação principiológica, que assegure prevalecer alguns desses princípios constitucionais que assegurem um direito fundamental.

Nesse contexto surge o primeiro elementos que determina e caracteriza a racionalidade jurídica do ativismo judicial denominado de positivo. Para Teixeira esse ativismo judicial se baseia em decisões fundamentadas nos princípios, que por vezes afastam e negam a aplicação de regras específicas. Esse ativismo judicial positivo está vigente no ordenamento e busca assegurar os direitos fundamentais ou assegurar a supremacia da constituição.

No texto VICHINSKESKI destaca também o ativismo judicial nocivo, que é considerado como aquele que não atende aos requisitos citados acima, e que atende a interesses com padrão de racionalidade com interesses meramente políticos. As práticas nocivas desse ativismo judicial ocorrem no caso da decisão judicial afastar ou invalidar a aplicabilidade de atos de outros poderes. Quando a decisão considera nula ou afasta a aplicação de um lei ou ato do legislativo ou do executivo, mesmo que este ato não seja considerado constitucional. Quando os magistrados afastam a aplicação de precedentes e atuam como legisladores, quando sentenciam com decisões que são meras criações legislativas, e no caso de julgamentos predeterminados com fins específicos são caracterizados no artigo de VICHINSKESKI como o ativismo judicial negativo, quando numa decisão judicial o juiz atua contra legem ou até mesmo extra petita.

O Ativismo judicial no Brasil ainda é recente, mas está cada dia mais presente no Direito brasileiro. Para VICHINSKESKI um juiz ativista no sentido positivo atua para proteger os direitos fundamentais, e para garantir a supremacia da constituição. Esse juiz concretiza os princípios constitucionais abstratos diante dos casos concretos de forma a assegurar a dignidade da pessoa humana, a proteção do menor, a assistência aos desamparados, entre outras situações que desrespeitam os direitos fundamentais dos cidadãos. Já para STRECK a decisão judicial será justa e adequada quando construir a resposta hermeneuticamente adequada, isto é, de acordo com os preceitos constitucionais. Nesse caso para STRECK o juiz aplica o direito de acordo com os preceitos da nossa Constituição, ele assume durante a aplicação do direito ao caso concreto, em suas decisões uma postura de respeito e de compromisso com a legislação democrática e com a Constituição.

O problema levantado por STRECK ocorre quando o interprete, o juiz aplicador do direito atua no campo institucional que cabe a outro poder, utilizando e criando princípios para justificar suas decisões pessoais, atuando num campo que é do poder legislativo. No entanto, para VICHINSKESKI é necessário que isso ocorra e que o juiz atue diante de uma omissão legislativa ou administrativa. Nesse sentido não se pode falar em ativismo judicial nocivo. A interpretação limitada pelo sentido da lei e pela vontade do legislador, não impede que o juiz faça uma construção hermenêutica para solucionar o caso concreto. O ativismo judicial é visto nesse artigo do autor VICHINSKESKI como sendo uma “patologia necessária”, na medida que o juiz age diante da

insuficiência do Estado, que não atende aos anseios da sua população. Isso para VICHINSKESKI deveria ser uma exceção, mas tornou-se regra visto que o judiciário transformou-se em espaço da esfera pública onde são tomadas as decisões mais fundamentais para o Estado e para a população em geral. Se o judiciário se omitisse diante desses casos de ofensas aos direitos fundamentais a quem iríamos recorrer conclui VICHINSKESKI, no final de seu artigo.

O ativismo ou protagonismo judicial não possui uma natureza boa ou ruim, será para STRECK apenas justo e adequado quando a decisão do magistrado estiver de acordo com os preceitos constitucionais, e será injusta e discricionária quando essa decisão estiver apenas de acordo com a consciência pessoal do juiz. Para VICHINSKESKI o ativismo judicial será positivo quando o juiz atuar para garantir os direitos fundamentais diante das omissões dos demais poderes, e assumirá um caráter nocivo quando as decisões judiciais atendem a um fim político. As conclusões dos dois autores sobre o protagonismo e o ativismo judicial ganham destaque e importância diante de uma sociedade que busca a jurisdição para resolver os mais diversos casos do nosso cotidiano. As sentenças dos tribunais decidem sobre os casos mais simples e banais do nosso dia a dia, até os fatos considerados mais relevantes e importantes da política brasileira. Nesse contexto as decisões dos magistrados repercutem e se refletem em toda a sociedade, por isso a importância desse magistrado atuar de acordo com os preceitos constitucionais, para que a sua decisão seja mais adequada e democrática se estiver de acordo com as normas e princípios da Constituição Federal. Numa sociedade marcada por profundas desigualdades sociais e flagrantes casos de desrespeitos aos direitos fundamentais é preciso recorrer ao Direito e a Constituição para construir uma sociedade mais justa e menos desigual.

## **BIBLIOGRAFIA**

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto- decido conforme a minha consciência*.  
Porto Alegre, Livraria do advogado, 2010.

VICHINSKESKI, Anderson Teixeira. *Ativismo judicial: nos limites entre  
racionalidade jurídica e decisão política*. São Paulo, Revista Direito  
GV, 2012.