

LUDMILLA SOUZA COUTO

**O ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DA EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO CARÁTER CRIATIVO DA
INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**

CURSO DE DIREITO - UniEVANGÉLICA

2018

LUDMILLA SOUZA COUTO

**O ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DA EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO CARÁTER CRIATIVO DA
INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor Rodrigo Antônio Calixto Pina de Mello.

LUDMILLA SOUZA COUTO

**O ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DA EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO CARÁTER CRIATIVO DA
INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico aos meus pais João e Selma e aos meus irmãos Silmara e João Vítor, que ao longo dessa caminhada com muito carinho e apoio, não mediram esforços em me auxiliar nessa conquista.

AGRADECIMENTOS

Esta fase da minha vida é muito especial, e, portanto, não posso deixar de agradecer a Deus por toda força, ânimo e coragem que ele me proporcionou para alcançar esse tão almejado sonho.

Assim como Cora Coralina dizia “[...] feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina”, quero expressar à todo o corpo docente da UniEvangélica minha gratidão, por ter repassado a todos nós tantas aprendizagens. De modo especial, externo meus agradecimentos ao meu orientador Professor e Mestre Rodrigo Antônio Calixto Pina de Mello, pela paciência, sabedoria e partilha de conhecimento prestadas ao longo desses últimos meses.

Quero agradecer aos meus pais, irmãos e familiares, porque eles foram os propulsores desse sonho, que mesmo quando eu achava que não conseguiria eles me incentivaram e inspiraram através de gestos e palavras a superar todas as dificuldades.

A todas as pessoas que de alguma forma fizeram parte do meu percurso eu agradeço com todo meu coração.

“Quando tudo parecer dar errado em sua vida, lembre-se que o avião decola contra o vento, e não a favor dele.” (Henry Ford).

RESUMO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Poder Judiciário através do controle de constitucionalidade, assumiu a função de resguardar o cumprimento do texto constitucional, respeitando a tripartição dos poderes. Entretanto, nos últimos decênios tem-se fomentado muitas discussões acerca da atuação do Judiciário no que se pese a isso, pois ao desempenhar tal função ele tem empregado de maneira errônea a possibilidade da aplicação da hermenêutica ao texto constitucional, e, portanto, vem criando normas que contradizem ou extrapolam ao texto da Carta Magna de 1988. Essa prática ativista do Poder Judiciário vem gerando certa instabilidade na seara jurídica, com decisões que violam e não garantem a efetividade dos direitos sociais. Dessa forma, o presente Trabalho de Conclusão de Curso - TCC tem por finalidade o aprofundamento dessa temática, elencando pontos cruciais para auxílio na elucidação da prática ativista do Judiciário em território brasileiro.

Palavras chave: Ativismo judicial. Hermenêutica. Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E EFETIVIDADE	03
1.1 Constituição e constitucionalismo	03
1.2 Efetividade dos direitos fundamentais	07
CAPÍTULO II – CARÁTER CRIATIVO DA INTERPRETAÇÃO	12
2.1 Hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica	13
2.2 Hermenêutica constitucional e o Supremo Tribunal Federal	17
CAPÍTULO III – ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	21
3.1 Surgimento e divergências doutrinárias acerca do conceito de ativismo judicial.....	23
3.2 O ativismo judicial no Brasil: sintomas e efeitos.....	26
CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso se refere, de forma geral, sobre a prática do ativismo judicial, expondo e analisando a efetividade dos direitos fundamentais, frente ao caráter criativo do judiciário na aplicação da hermenêutica ao texto constitucional.

Embasando em abordagem dedutiva e por procedimento bibliográfico, com formato metodológico positivista, para que o tema atingisse o êxito esperado, adotou-se uma metodologia de trabalho em que foram realizadas consultas em livros físicos e digitais existentes, artigos e textos online que versam fartamente sobre o assunto abordado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário assumiu um papel crucial em nosso meio social, a ele foi dada a missão de ser responsável pela concretização do texto constitucional, desempenhando tal função sob a luz do sistema de freios e contrapesos, ou seja, agindo dentro dos limites da tripartição dos poderes. Porém, ele vem extrapolando tal encargo, ao relativizar o texto constitucional e gerar normas não condizentes com a Constituição, violando o clausulas pétreas acerca de direitos fundamentais resguardados aos cidadãos.

Assim, com o intuito de abordar a efetividade dos direitos fundamentais frente à prática criativa e ativista do judiciário, no capítulo inicial foi realizado uma retomada da evolução histórica do constitucionalismo na antiguidade clássica até o Estado Democrático de Direito, afunilando ao constitucionalismo brasileiro a fim de se explanar o processo de positivação e conquista dos direitos fundamentais na Carta de 1988.

No segundo capítulo foi versado sobre o caráter criativo das decisões ativistas do judiciário, no qual se direcionou a diversas formas de se aplicar a interpretação jurídica por meio da hermenêutica filosófica, jurídica e constitucional, além de abordar o uso destas nos casos levados a análise do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, no último capítulo discorreu-se da conceituação, surgimento e divergências doutrinárias acerca do ativismo judicial no Brasil, além de elencar e aglomerar todos os pontos explanados nos capítulos anteriores. Corroborando com o supramencionado, foi trabalhado neste capítulo, ainda, a análise da Ação de Constitucionalidade 44, observando-se a difícil tarefa da efetividade dos direitos fundamentais perante a prática ativista.

Desta feita, os estudos realizados buscou deslindar a problemática instaurada no ativismo judicial, propondo no fim uma reformulação ao uso da aplicação da hermenêutica, maior rigor a prática do Judiciário no proferimento de suas decisões e o resguardo aos direitos fundamentais dos cidadãos.

CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E EFETIVIDADE

A aglomeração de pessoas emerge a necessidade de normas para garantir a ordem social e o convívio harmonioso na sociedade, pois pelo contrário viveriam diante de uma desordem desenfreada. Com isso, cria-se uma legislação suprema e que regulará toda a estrutura social, submetendo as demais normas aos seus anseios e objetivos, a esta se denomina como Constituição.

No Brasil devido às mudanças governamentais ocorridas em nossa história, tivemos diversas oscilações em nossa Carta Magna. Mas, em meados dos anos setenta houve-se uma transformação que modificou significativamente nosso país, passamos de um Estado Social para o Estado Democrático de Direito que com ele trouxe os direitos de terceira geração, quais sejam: os que possuem relação com a fraternidade ou solidariedade, progresso, meio ambiente e outros, enfim, são aqueles que se voltam à proteção do gênero humano.

Portanto, os três poderes pautados pelo bem comum, defenderá e agirá dentro dos limites da nossa atual Constituição de 1988, fazendo valer sua eficácia. Porém, nem sempre tal fato é concretizado, há muitas negligências em nossa realidade jurisdicional e legislativa. Com o intuito de superar tais problemas e garantir a efetividade dos direitos constitucionais, imputou-se ao Supremo Tribunal Federal (STF) a missão de resguardar o cumprimento das normas, através do controle de constitucionalidade.

1.1 Constituição e constitucionalismo

Atualmente, encontra-se inseridos em um meio social rodeado de indagações e devido às mudanças sociais, ele está cercado por diversas situações

ainda não abordadas juridicamente, tal fato combinado com uma série de outros fatores sociais, que contribuem para a crise do constitucionalismo moderno ocidental. Desse modo, neste espaço daremos enfoque ao desenrolar do constitucionalismo em diferentes momentos históricos. Preliminarmente, faz-se necessário entender o que é constitucionalismo, para que assim, compreenda seu enredo histórico no nosso país.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, constitucionalismo é definido como:

[...] teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização política-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. (CANOTILHO,1999, p. 51 e 218.)

Conforme supracitado, através do constitucionalismo mantém-se a ordem política e social, na qual essa será definida de acordo com a ideologia daqueles que estão no gozo do poder dominante, transmitindo seus ideais através da criação de uma lei suprema, como a Constituição.

Com a mudança de governo, conseqüentemente a ideologia e a conceituação de constituição também mudará no passar dos anos, por isso é preferível que se faça uma análise acerca da evolução histórica deste em diferentes épocas vivenciadas.

Resquícios do constitucionalismo começam a aparecer na antiguidade clássica entre os hebreus, sob o olhar de Karl Loewenstein, as leis daquela época eram pautadas em limites bíblicos, ou melhor, era a “Lei do Senhor” que prevalecia, no qual a sociedade era monitorada pelos profetas, sendo supervisionados diariamente para que não se excedesse os limites descritos na bíblia. (LOEWENSTEIN, 1976)

Marcada pelo despotismo e pela concentração do poder aos reis, na idade média houve-se uma evolução ao significado da lei, no qual se rompeu a ideia

de que governo e política eram ligados à igreja, após o Rei João da Inglaterra ter violado uma série de costumes e normas desse período, sendo esse imune de qualquer punição. Instigou os súditos (cidadãos) a repudiar tal situação e obrigou-o a assinar a criação da Carta Magna de 1215. Trazendo a tona à defesa de relevantes direitos individuais e a luta por liberdade, que mais tarde serão denominados direitos humanos.

Vale ressaltar, que o constitucionalismo do período medieval, apesar de ter sido construído com base em costumes e tradições, foi marcado pela luta por justiça e por atos democráticos, sob o olhar das garantias e direitos individuais de cada cidadão. Entretanto, destaca Nicola Matteucci (2004 *apud* TAVARES, 2004, p.9-10):

[...] contudo, na Idade média, ele foi um simples princípio muitas vezes pouco eficaz, porque faltava um instituto legítimo que controlasse, baseando-se no direito, o exercício do poder político e garantisse aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos do Governo. A descoberta e aplicação concreta desses meios é própria, pelo contrário, do Constitucionalismo Moderno

Em meados do século XVII, emerge um novo sentido a ordem social, que até então era regida por leis absolutistas embasadas na religião, nos costumes e tradições, surge nesse período, o constitucionalismo moderno. Trazendo ao contexto histórico a criação de constituições escritas e rígidas, que limitavam o poder dos governantes e prevalecia à vontade do povo para promover o bem comum. Sua trajetória foi influenciada pela Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791, ambas criadas durante o Iluminismo e contrárias ao poder absolutista, estas permitiram ao povo maior participação na política e deflagrou a queda de inúmeros obstáculos emergidos pelos reis absolutistas.

Nesse diapasão, implantam-se os primeiros vestígios democráticos a nossa forma de governo. Mesmo sendo poucos estes, começa-se a trilhar o caminho rumo ao Estado Democrático de Direito.

Assim, a Constituição passou a ter grande força social e se tornou um instrumento norteador de limitação do poder político, separação dos poderes, observando os direitos e garantias fundamentais dos sujeitos sociais, princípios estes que se perpetuam ao longo dos anos.

Com a derrocada do Estado absolutista e a evolução dada ao conceito de constituição, o constitucionalismo moderno trouxe consigo a implantação do Estado liberal, no qual passou a pregar que toda a sociedade devia seguir de modo livre, sem se subordinar. Conforme ressalta Heywood, sobre o liberalismo :

O ponto central do liberalismo é a ênfase na **liberdade dos indivíduos**, com igualdade de direitos jurídicos e políticos, mas cujas ações devem ser recompensadas de acordo com os talentos individuais e disposição para o trabalho, ou seja, com o uso que cada indivíduo faz de sua liberdade, como podemos perceber no próprio sentido da palavra 'liberal', que deriva do latim 'liber' e 'referia-se a uma classe de homens livres; em outras palavras, homens que não eram nem servos nem escravos [...] passou a ser cada vez mais associado a ideias de liberdade de escolha (2010, p. 37). (Grifei)

Esses ideais exsurgiram no meio social, através dos ideais apregoados nas revoluções burguesas da França, Estados Unidos e Inglaterra, que pregavam e lutavam por três ideais: liberdade, igualdade e fraternidade.

Essa fase histórica é marcada com o nascimento dos direitos fundamentais de 1ª Geração: direitos que buscavam a concretização da liberdade da sociedade, segundo Pedro Lenza (2014, p.1070) estes direitos se refere e “dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor da liberdade.” Permitindo assim, aos cidadãos o direito de ir e vir quando quiserem, de expressar seu pensamento sem medo de ser censurado, de escolher qual sua crença religiosa, enfim aqueles que são escolhidos pelos indivíduos sem a intervenção do Estado, tanto na vida pessoal destes, quanto na economia e muito menos na liberdade dos cidadãos, deixando-os livres ao seu livre arbítrio.

Nessa linha de pensamento, ensina José Luiz Quadros de Magalhães:

Se o liberalismo proclama a 'liberdade de expressão' e de consciência, deve toda a população ter acesso ao direito social á educação, para formar livremente sua consciência política, filosófica e religiosa, e ter meios e capacidade de expressar essa consciência. (2002, p. 46)

Dessa forma, evoluiu-se ao longo dos anos e se conquistou a concretização dos ideais propagados nesse período histórico, surgindo assim à necessidade de se repensar o Direito, e, conseqüentemente a Constituição.

Caminhando assim, para a efetivação dos direitos fundamentais de cada cidadão, tema este que será abordado no próximo tópico.

Aprimorou-se o constitucionalismo moderno e norteado por suas perspectivas, construiu um novo conceito de Constituição, desencadeando o chamado neoconstitucionalismo, baseado, ainda, nos ideais: liberdade, igualdade e fraternidade. Sendo que como já elencado, o primeiro já se encontrou efetivado durante o constitucionalismo moderno e os dois últimos com a transição para o Estado Democrático de Direito e a promulgação da nossa Carta Magna de 1988. Assim como destaca Pedro Lenza (2014) em seu livro “Direito Constitucional Esquemático”, o pensamento de Walber de Moura Agra ano:

o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva. (2005, p.31)

Portanto, com o neoconstitucionalismo valora a Constituição e almeja a efetivação dos direitos fundamentais, como dispõe ainda Agra: “[...] o caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.” (AGRA,2005, p.31). Dentro dessa percepção, será estudado abaixo a efetivação dos direitos fundamentais, ressaltando os seus principais mecanismos para sua concretização.

1.2 Efetividade dos direitos fundamentais

Este tópico abordará pontos relevantes acerca dos direitos fundamentais e sua efetividade, mas insta ressaltar que em tão pouco espaço se conseguirá salientar todos os aspectos desse tema que tantas discussões e análises são possibilitadas. Os direitos fundamentais desempenham papel de suma importância social, política, administrativa e jurídica, eles resguardam direitos e garantias humanas, de que todos os cidadãos são titulares e possuidores.

Antes de serem iniciadas as discussões, far-se-á necessário entender o que é os direitos fundamentais, para isso é trago o seguinte pensamento de Luis Alberto e David Nunes:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade). (2005, p. 109-110)

Como já supramencionado, os direitos fundamentais sofreram um árduo processo até a sua concretização na legislação. Estes foram alcançados, somente após uma reformulação de princípios constitucionais, no qual estes objetivaram a proteção do meio social de possíveis atitudes autoritárias do Estado, limitando estas, a fim de se promover melhores condições sociais à sociedade.

Eles encontram expressos, de forma clara e exemplificativa no título II, artigo 5º, no qual sua efetividade é notável no § 1º do referido artigo: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, além de serem cláusulas pétreas e imutáveis no nosso ordenamento jurídico. Ingo Wolfgang Sarlet traz à baila o seguinte pensamento:

Ao artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de dúvidas o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha, o que, em última análise, significa- de acordo com a lição de Jorge Miranda- que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos devem tomar os direitos fundamentais como ‘baliza e referencial’. Importante ainda é a constatação de que o preceito em exame fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente de forma jurídica mediante a qual são exercidas estas funções, razão pela qual- como assevera Gomes Canotilho inexistente ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais.(2001, p.366).

Nesse sentido, insta salientar que os direitos fundamentais são norteados por dois princípios jurídicos: o Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana, ambos são correlacionados e intrínsecos, pois como expõe o art. 1º, caput e inciso III, da CF/88 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada

pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.”

O poder na democracia emana do povo, e, conseqüentemente, os cidadãos possuem como direito ter uma vida digna. A CF/88 explana os direitos fundamentais em seu art. 5º, porém estes vão além do que se encontra expresso no arcabouço jurídico, pois há situações que se fazem necessárias, mas não se encontram previstas na legislação. Vale ressaltar, que o tanto o poder legislativo, quanto o executivo se encontram vinculados aos ditames dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração em suas tomadas de decisões.

Muitas controvérsias surgem quanto às nomenclaturas dadas à evolução dos direitos fundamentais, alguns autores preferem denomina-las como dimensões e outros como gerações, assim será usado o termo gerações, tendo em vista a expansão e o fortalecimento destas ao longo dos anos.

Os direitos fundamentais de primeira geração, segundo Paulo Bonavides (2009), dizem respeito ao direito à vida, liberdade, propriedade, participação política, liberdade de expressão e religiosa e entre outros desencadeados por estes, resumidamente, são aqueles ligados aos direitos civis e políticos. O escopo dos direitos fundamentais de primeira geração é resguardar a autonomia do cidadão perante o Estado, de modo que este não interfira na vida particular do mesmo. Conforme elucida ainda o autor supracitado “esses direitos têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (2009, p. 563-564)

Quanto aos direitos de segunda geração são inseridos os direitos sociais, econômicos e culturais, pautados pelo ideal de igualdade entre os sujeitos sociais, no qual cada um será tratado conforme sua necessidade, sendo todos tratados de forma isonômica perante a lei. Mas, diferentemente dos de primeira geração, os de segunda geração buscam a ação direta e positiva do Estado para a consolidação da justiça social, pois neles se encontram os direitos fundamentais – direitos inerentes a

condição humana-, de cada ser social, valendo ressaltar que estes são provenientes das reivindicações e lutas sociais desencadeadas por operários no século XIX e início do século XX. (REISSINGER, 2017 *online*)

Surgem assim os direitos sociais, objetivando salvaguardar os cidadãos e os valores sociais, além de imputar ao Estado papel de suma importância na garantia concreta e efetiva dos direitos fundamentais conquistados. Países como o Brasil enfrentam grandes obstáculos para dar eficácia e estes direitos, devido à má distribuição econômica e financeira. Bobbio destaca (1992, p. 45), “A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana”.

Por isso, há muita dificuldade na efetivação dos direitos fundamentais, apesar destes serem todo o embasamento das leis constitucionais, assim aduz Luiz Roberto Barroso, quanto a efetividade essa “simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 1996, p. 83).

Por fim, os direitos de terceira geração são aqueles ligados a fraternidade/solidariedade, eles dizem respeito aos interesses de toda a coletividade, nestes é compreendidos o direito a preservação do meio ambiente, direito à paz e todos os demais que tratam do interesse universal e de união social. (BONAVIDES, 2005)

Entretanto, como já sabemos nem tudo que se encontra em nossa legislação pátria é alcançada pelos cidadãos, geralmente poucos gozam de direitos primordiais a sua existência e resguardados constitucionalmente. Para tratarmos da efetividade destes, é preciso que se compreenda a seguinte distinção: a eficácia é capacidade de se surtir efeitos. Enquanto a efetividade é a consolidação das normas ao caso concreto, materializando o Direito.

Todo cidadão possui os direitos legais de ter acesso à saúde, educação, segurança, de viver dignamente, de possuir uma moradia digna e entre outros, sendo que tais se fazem necessários para a efetivação e concretização de toda luta

histórica enfrentada, além destes possuírem eficácia imediata aos indivíduos, conforme previsão legal, almejando assim um futuro justo e amparado pelo Estado.

A falta de políticas públicas, maiores planejamentos orçamentários tem provocado aos cidadãos maior distanciamento de seus direitos fundamentais, valendo ressaltar que estes deveriam ser vistos como prioridade, pois pelo princípio da dignidade da pessoa humana e por serem tratados como cláusulas pétreas, mereciam maior enfoque em um Estado Democrático de Direito.

Outro grande fator na problematização da efetivação dos direitos fundamentais está pairado pelas diversas circunstâncias complexas e modificativas que a modernidade tem provocado no seio social, sendo transferidas estas ao Judiciário o dever de dirimi-las, tornando assim cada vez mais difícil a garantia dos direitos fundamentais do homem.

Desta maneira, diante da complexidade que apresentada no meio social, a Constituição, por ser apresentar lacunas e situações ainda previstas juridicamente, urge a exigência da aplicação da hermenêutica interpretativa da lei e a busca pela efetividade em cada situação em partícula, conforme corrobora Corralo que "novos paradigmas aparecem, colocando antigos paradigmas em cheque, tão rapidamente, que se torna problemática a sua compreensão: o homem cada vez mais terá dificuldades em conhecer as mudanças no seu entorno", permitindo assim, ao Judiciário a interpretação da lei ou além desta segundo a necessidade de cada caso em concreto. (CORRALO, 2010)

CAPITULO II – CARÁTER CRIATIVO DA INTERPRETAÇÃO

Por que, alguns, leem o livro bíblico de Gênesis e compreende seu enredo de uma maneira, outros leem o mesmo trecho e tiram conclusões bem distintas? Por que embora sejam casos e argumentos distintos, magistrados de diversas localidades podem entender que há algo em comum entre estes e suas decisões serem aceitáveis? Isso se dá através da hermenêutica (teoria da interpretação).

A hermenêutica tem assumido diferentes conceituações ao longo dos anos, divergindo seu significado e sua aplicação. Resumidamente, é possível defini-la como uma ferramenta de execução da interpretação a tudo que se possa atribuir significado e sentido. Na seara jurídica, ela é utilizada como meio de interpretação das normas e textos jurídicos, sendo influenciada pela realidade social em que se insere o caso litigioso.

A hermenêutica é um fenômeno conhecido por duas acepções: como sinônimo de interpretação ou como teoria da interpretação. Nesse sentido, segundo Carlos Maximiliano (1999, p.1), a hermenêutica deve ser entendida como:

[...] o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, usa - se Interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.

O Art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, assevera que o Poder Judiciário apreciará lesão ou ameaça a direito, assumindo assim a função da prestação jurisdicional, no qual para a efetivação desta é preciso à utilização da

hermenêutica, pois inexistente a aplicação da norma ao caso concreto sem antes apreciar o fato. A existência de leis conflituosas, as diversas possibilidades de condutas humanas e a limitação linguística das normas legais são alguns motivos para a utilização da hermenêutica.

Nesse sentido, cada vez mais os magistrados vem recorrendo à aplicação da interpretação na Constituição em seu cotidiano profissional, e, conseqüentemente, dando maior participação ao Judiciário nas tomadas de decisões. É o que destaca Inocêncio Coelho (2009, p. 63):

Ilustrativa dessa realidade é a revolucionária jurisprudência das cortes constitucionais desenvolvidas a partir da técnica de interpretação das leis conforme a constituição, cujo manejo, cada vez mais ousados, lhes permite construir decisões substancialmente legislativas, em que pesem os esforços de quantos ainda sustentam, com evidente constrangimento, que tais decisões, a despeito das críticas que suscitam, ainda se contêm nos marcos normativos traçados pela constituição.

Desta maneira, o objetivo deste segundo capítulo é trazer pontos relevantes acerca da hermenêutica na interpretação do Direito e sua aplicação no meio social.

2.1 - Hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica

Para tecer os estudos evolutivos da hermenêutica filosófica à jurídica, é imperioso compreendermos de modo singelo e resumido, neste momento, a conceituação destas.

A hermenêutica filosófica é ensinada por Hans Georg Gadamer (Nakashima, 2009, p.117) no qual este propôs a superação de ideologias impregnadas erroneamente no meio social, sendo que as quais impossibilitavam os sujeitos sociais a enxergarem além do que era posto, instigando-os a realizar compreensões racionais e articuladas com a corroboração de suas experiências pessoais e culturais. Portanto, para Gadamer a hermenêutica filosófica é utilizada por aquele que quer compreender de modo correto e racional, vigiando-se quanto a aplicação de “pré-conceitos” formulados anteriormente e olhando para o objeto de análise de modo como ele é.

Em contrapartida temos a hermenêutica jurídica, essa redirecionada a interpretação de textos normativos, agora não mais a objetos. A hermenêutica jurídica desempenha papel fundamental no Direito, pois o texto legislativo por si só não se aplica ao fato em litígio sendo necessária a compreensão da legislação para aplicação ao caso concreto, no qual se obtém a criação de normas jurídicas.

Agora norteados por essas nomenclaturas passa-se aos estudos dessa transmutação histórica e compreensiva da hermenêutica.

Notável está que a realidade jurídica é instável, complexa e rodeada de discussões, sendo que a mesma não segue um modelo único, pois dependerá da inserção social em determinado período temporal, da legislação vigente e entre outras circunstâncias. Portanto, a aplicação da lei não deve ser seguida em rigor, nesse sentido nos ensina Miguel Reale (2004, p. 283):

[...] que a aplicação do Direito não se reduz a uma questão de lógica formal. É antes uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam, segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova.

Dessa forma, os juízes devido o contexto histórico vivido na época da pós Revolução Francesa (1789), eram vistos como seres divinos e superiores, propagava-se a ideia que somente por meio deles se alcançaria a efetiva aplicação da lei. Nesse sentido afirma Calamandrei, “o juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete” (CALAMANDREI, 2000, p. 11).

Para Montesquieu (1773, p. 91), o juiz assumia o papel de “*la bouche de la loi*”, ideologia esta superada nos dias atuais. Pois com a Revolução Francesa e o Iluminismo, as pessoas substituíram esse ideal e compreenderam que a função do juiz é trabalhar com a criatividade e a interpretação da lei, porque não há que se falar em lesão ou ameaça de Direito sem que se realize a análise e interpretação da legislação para se notar qual destes foi lesionado.

O seio social se encontra em constantes modificações, e conseqüentemente, a legislação também. Urge assim, a premência de se adequar

esta as necessidades da atual realidade. Isto se deu com a transmutação do significado de hermenêutica, que assume agora o papel utópico de hermenêutica filosófica, a população passou a compreender que para cada caso em concreto é preciso que o magistrado a fim de dirimir o conflito realize uma interpretação da legislação e aplique a lei de modo sensato e justo, e não de forma mecânica (PEREIRA, 2001, p. 19).

Assim, deu-se um novo significado a teoria da hermenêutica e o juiz assumiu novo papel, no qual este ser humano como todos os outros, recorre à hermenêutica para evitar más compreensões e viabilizar o acesso ao correto entendimento, sendo um criador do direito.

Insta salientar, que o modo de compreensão, pensar e agir de cada indivíduo é único a cada ser humano. Portanto, cada juiz poderá interpretar um texto legislativo e uma norma de formas distintas, isso dependerá de sua formação histórica e cultural criadoras de sua compreensão individual.

Cada indivíduo compreende um texto seja normativo ou não, da forma que mais lhe favorecer ou achar conveniente, além desta compreensão ser rodeada de “pré-conceitos” de seu interlocutor, pois não há forma de se realizar uma interpretação imparcial e livre de influências pessoais e exteriores. Assim como elucida Marcia Andrea Buhring (2001, pag. 261):

Gadamer investiga o problema hermenêutico, de caráter filosófico e não procedimental, utiliza, assim, a hermenêutica como “técnica”, sendo a primeira de todas as condições hermenêuticas a pré-compreensão que surge do ter de se haver com a coisa em questão. A interpretação pode vir carregada de “pré-conceitos”, ou seja, pode trazer uma carga de verdade ou pode ser ultrapassada. Então, há sempre uma pré-compreensão anterior.

Portanto, sob o ponto de vista gadameriano a compreensão não é algo estático, metodológico, mas algo intrínseco ao homem. Sendo que o método atrapalha o sujeito a alcançar a verdade real e objetiva, privando-o de ir além do que está descrito textualmente ou sendo observado. Eis que, a compreensão está em constante formação, no qual a cada experiência vivida adicionam-se ao seu campo

interpretativo novas formas de se reinterpretar textos, situações e diversas situações existentes. (PEREIRA, 2001, p. 29).

Tudo que foi visto até o momento é proveniente da linguística, ciência essa que proporciona toda a criação de distintas formas de compreensão.

Dessa forma, faz-se necessário realizar a distinção entre texto normativo e norma jurídica, pois apesar de serem, geralmente, confundidas estas nomenclaturas possuem significados divergentes e são resultados das diversas discussões contidas no meio social, as quais colocam em destaque as atuais decisões produzidas pelo STF.

O texto normativo é criado a fim de regular situações futuras que possam trazer prejuízos ao bem estar social. Então, constrói-se este sob a luz do devido processo legislativo, acatando os limites estabelecidos na legislação em rigor, sejam estes implícitos ou explícitos. Assim, o texto normativo é algo estático que permite um leque de possíveis interpretações. Enquanto, a norma jurídica é aplicação da compreensão do texto normativo, no qual esta será criada de forma peculiar a cada caso concreto e em determinado espaço temporal. (PEREIRA, 2001, p. 32)

Humberto Ávila (2004, p. 22) traz a baila um importante ensinamento acerca desta distinção:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que nem sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Por conseguinte, a norma é criada pelo operador do Direito, hermeneuta do Direito de modo dinâmico. Pois o texto normativo, por si só é obscuro e omissivo, isto será superado a partir da sua alteração em norma.

Vale ressaltar, que a gênese da norma se encontra embasada e influenciada pelo contexto social que se insere como paradigma, pode-se trazer a

baila a lei das doze tábuas inserta no direito romano, pois para aquele determinado momento ela se encontrava conveniente e seu texto satisfazia as necessidades presentes nesse período. Já nos dias atuais, ela se encontra ultrapassada e desumana, isso devido à evolução que se deu ao longo dos anos na mudança da estruturação social e política.

Diante de tudo que foi supra referido, todas essas ações tomadas de decisões são norteadas por uma lei soberana, na qual todas as formas de interpretar deverão passar pelo seu crivo de supremacia.

2.2 Hermenêutica constitucional e o Supremo Tribunal Federal

No Capítulo I, tópico 1.1 foi abordado a forma de construção do constitucionalismo, demonstrando peculiaridades de cada período vivido. Nos últimos estudos deste tópico, foi elencado que a sociedade em apelo a efetivação dos direitos fundamentais e concretização do Estado Democrático de Direito, lutou pela promulgação da nossa atual Carta Magna de 1988. Instituído assim, a Democracia.

Com isso, a maior lei de um país democrático é sua Constituição, portanto todas as demais leis sejam elas ordinárias; complementares; delegadas; emendas à Constituição; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções, todas estão subordinadas aos preceitos primordiais contidos na constituição.

Destarte, é importante destacar que no século XX, momento de criação da CF/88, a realidade deste período era totalmente diferente das necessidades atuais, além de ter sido um período marcado pelo autoritarismo. Dessa forma, para aplicar seus valores apregoados faz-se necessário o uso da hermenêutica constitucional, devido a complexidade de interpreta-lo.

Gilmar Mendes, Inocencio Coelho e Paulo Gonet (2010, p. 155.) define a hermenêutica constitucional como:

Interpretação constitucional é a atividade que consiste em fixar o sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas regras

ou princípios -, tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e alcance. (2010, p. 155.)

Complementa, ainda, o pensamento de Luis Roberto Barroso (2018, p. 9):

[...] toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

A hermenêutica constitucional encontra-se pautada por princípios primordiais à sua execução, tendo em vista o resguardo à Constituição e a extração da compreensão mais adequada quais sejam: Princípio da unidade da Constituição; da exatidão funcional, da concordância prática; da força normativa da Constituição, e, por fim, o do efeito integrador. (PEREIRA *apud* HESSE, 2001, p. 103).

Eles correspondem respectivamente, que a Constituição é una e deve ser interpretada em sua totalidade, levando em consideração todas as leis inerentes a ela, prezando pela sua máxima efetividade. Ou seja, em dúvida de qual interpretação será cabível opta-se por aquela que garante a maior efetivação dos valores contidos na CF. A Constituição possui força normativa/obrigatória, por ser soberana as demais, assim se houver conflitos entre normas este deve ser resolvido de forma harmônica e integradora, visando a estabilidade social.

Sabe-se que todo e qualquer princípio possui caráter normativo e desempenha papel de suma importância na atual realidade jurídica, entretanto os princípios da dignidade da pessoa humana; de igualdade e demais, são dotados de plena e ampla eficácia jurídica, surtindo efeitos em todos os campos gerais do Direito. Produzindo assim efeitos, também na observação à aplicação da hermenêutica na legislação constitucional. (SARLET, 2001, p.41).

Entretanto, é necessário que se faça uma interpretação cuidadosa destes princípios em textos constitucionais, pois nomenclaturas como “dignidade da pessoa humana” possuem uma grande abrangência. Pode-se considerar, por exemplo a

repercussão que a ideia de dignidade humana traz para as pessoas jurídicas (art. 52 do Código Civil) e casos em que como o do direito ao aborto, em que se coloca em conflito há um conflito entre duas dimensões da dignidade, seja a do feto ou seja a da mulher.

Sobre a “igualdade”, que “significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JUNIOR, 1999, p. 42), não se busca tratar todos e quaisquer de maneira isonômica e única, mas sim analisar o contexto em que cada ser se encontra inserido, porque o que pode ser justo e possível para um pode ser totalmente contrário a outrem tendo em vista seu contexto social.

Assim, o Judiciário, especificamente o STF, vem aplicando o uso destes princípios sob o viés da interpretação dos textos constitucionais e reiterando suas decisões conforme o que seria a vontade implícita contida no texto.

É o que evidencia a decisão proferida pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, por unanimidade nesta ação decidiu-se que é constitucional a adoção de políticas de cotas raciais nas instituições de ensino superior públicas, tendo em vista que tal ato promove a diversificação nos ambientes de ensino e tem objetivam a superação de todas as deturpações sofridas historicamente. Ainda, segundo o ministro relator Ricardo Lewandowski, todos os meios empregados por essa política estão norteados pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (BRASIL, *online*)

Entretanto, vale ressaltar que o STF, na maioria das ocasiões, tem aplicado à hermenêutica em sentido criativo contrário e dissonante ao texto constitucional. O uso da hermenêutica no Direito é essencial, porém como já abordado, agora destacado novamente, esta deve ser aplicada em conformidade ao texto constitucional e seus preceitos primordiais.

Diante do exposto, fica nítido esse mau uso na decisão do STF nas Ações Declaratórias 43 e 44 apreciadas em 05 de outubro de 2016, no qual por maioria, o plenário decidiu que a execução de pena começará a ser cumprida após

a decisão de segunda instância, indo contrária ao texto do Código de Processo Penal (CPP) e ao princípio da não culpabilidade. (BRASIL, *online*)

O art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 apregoa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Dessa forma, o artigo supramencionado expõe que ninguém poderá ser posto ao cumprimento da sentença penal até que esta tenha sido transitada em julgado, ou seja, a coisa julgada só ocorrerá após o exaurimento de todos os recursos cabíveis, sendo impossível o cumprimento da sentença penal antes da sua efetivação.

Desta feita, o uso da hermenêutica deve ser minucioso a legislação constitucionalista, para que não se gere uma insegurança jurídica como está se vivendo, com publicações de julgados, que vão além da vontade normativa, produzidos a partir do pensamento criativo do poder Judiciário. Desencadeando a polêmica acerca do ativismo judicial.

CAPÍTULO III – ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

A separação dos poderes apregoada pela Constituição Federal de 1988 atribui a cada poder de forma isolada atribuições típicas e atípicas, no qual cada um as desempenhará no cotidiano. No momento, insta destacar que as atribuições típicas do Poder Judiciário concernem na interpretação e respeito das leis na resolução de conflitos, resguardando os direitos fundamentais dos indivíduos.

Quanto as suas atribuições atípicas, atendendo as demandas típicas e conforme o surgimento de novas situações contemporâneas, o poder Judiciário, especificamente o Juiz, tem assumido um papel atípico de ativista na busca pela efetivação de preceitos constitucionais, por exemplo, o respeito e a observância dos direitos fundamentais, como foi observado nas discussões dos capítulos anteriores que se pautaram no caminho trilado desde o constitucionalismo de modo geral até as diferentes formas utilizadas da hermenêutica na aplicação ao Direito.

Dessa forma, o ativismo judicial no Brasil é um fenômeno fático social, que reside na controvérsia sobre qual é a forma adequada de se aplicar determinados textos constitucionais ao caso fático, cumpre ressaltar que este não se confunde com o termo judicialização. Ambos são objetos de muitas discussões na atual realidade e, geralmente, são aglomerados e confundidos como um só fenômeno, devido às inúmeras semelhanças apresentadas. Portanto, antes de adentrarmos aos próximos tópicos, é importante compreender o que vem a ser judicialização para tecermos o presente capítulo com maior clareza.

O professor Lenio Luiz Streck (2016, p. 724), pós-doutor em Direito, traz uma importante distinção entre a judicialização e o ativismo judicial analisando

ambos dentro de um Estado Democrático, no qual essa trará agregações importantes às reflexões acerca destes dois fenômenos, conforme é observado no trecho abaixo:

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guardados por uma Constituição normativa. (2016, p. 724)

Nessa perspectiva, nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2018, p. 2), a judicialização é um fato ou circunstância que decorre do modelo constitucional que se adota, como é destacado:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas.

Ainda segundo o autor supramencionado, a judicialização tem sua origem desencadeada por três fatores, quais sejam: redemocratização, constitucionalização abrangente e, por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Esses desencadearam a judicialização no sistema brasileiro que “[...] de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”. (BARROSO, 2018, p.6)

Suscintamente, a judicialização é a atuação do poder judiciário em questões de repercussão político e social, no qual são tomadas decisões de teor político, acerca de políticas públicas e entre outros, assim para Barroso (2018, p.8-9) “o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial”.

3.1 Surgimento e divergências doutrinárias acerca do conceito de ativismo judicial

Insta salientar que o ativismo judicial é um tema de muitas controvérsias, portanto, não será diferente ao adentrar as discussões acerca de seu surgimento e conceituação, pois dificilmente se chegará a uma definição precisa de seu surgimento e uma conceituação exata acerca de sua nomenclatura.

Inesperadamente, o surgimento da nomenclatura ativismo judicial, não se deu através de meios judiciais. Seu primeiro resquício foi encontrado na revista americana *Fortune*, voltada para o público em geral. O jornalista Arthur Schlesinger Jr., no artigo intitulado “The Supreme Court: 1947” fez uma análise do perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana, em que alguns foram denominados de ativistas judiciais e outros com postura de autolimitação, reconhecendo um reflexo de uma tendência liberal ou conservadora de cada magistrado na atividade judicante (TAVARES; VALLE ; VIEIRA 2008, p. 7713).

A partir dessa publicação, a expressão passou a ser utilizada nos Estados Unidos por alguns constitucionalistas como uma forma de se criticar o comportamento judicial não correspondente com a opinião judicial predominante. (TAVARES; VALLE ; VIEIRA 2008, p. 7714).

Para Luiz Roberto Barroso (2018, p. 7) o ativismo surgiu com “a decisão da Suprema Corte Norte Americana quando decidiu sobre a segregação racial. No momento, em que ela desafiou as leis federais vigentes em que apoiavam a discriminação”, e então as confrontou com um posicionamento progressista. Ainda segundo ele, o ativismo judicial surgiu em uma época de inúmeras e profundas revoluções nos Estados Unidos quanto à produção de uma jurisprudência progressista no que concerne aos direitos fundamentais:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. (...)Todavia,

depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (2018, p. 7)

Em sentido contrário, Carlos Eduardo de Carvalho (2009, p. 21) assevera que a expressão surgiu pela primeira vez na imprensa belga, no século XIX, mas que só ganhou repercussão no século XX, nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte deu-lhe efeito mais abrangente.

Redirecionando essa temática para o Brasil, sob os olhares de Rodrigo Monteiro da Silva e por grande parte da doutrina, o ativismo judicial surgiu no Brasil com a Constituição de 1988, a promulgação desta ocasionou a adoção de um novo padrão constitucional e instituiu um Estado Democrático de Direito com o amparo de vários direitos fundamentais, e, portanto ampliou os meios de busca e efetivação dos mesmos, permitindo assim, o desencadeamento do ativismo judicial (SILVA, 2017).

O ativismo judicial no Brasil possui estudiosos que defendem e acreditam que ele seja a solução de muitas problemáticas sociais. Entretanto, há também posicionamentos contra a sua aplicação e atuação do poder Judiciário.

Vale destacar, que mesmo os adotantes da corrente favorável ao ativismo judicial brasileiro trazem ressalvas quanto ao cuidado que se deve ter na prática e concretização do mesmo, pois apesar deste em muitas situações por fim ao problema no momento, não se resolve a problemática que se alastra pelo seio social. Dessa forma é crucial o pensamento de Barroso (2018, p. 19):

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Em contrapartida, há estudiosos que reprovam de modo integral a prática ativista na atual conjuntura, por ferir princípios constitucionais primordiais. Dentro dessa perspectiva é o que aponta Lenio Streck (2018, *online*):

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. [...] Tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder. (STRECK, 2018, *online*)

Nesse diapasão, a problemática do ativismo judicial concerne na usurpação da tarefa do legislador, que segundo Luiz Flávio Gomes (2009) “ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico”. Gerando assim, a insegurança jurídica que permeia os tribunais brasileiros.

Desta maneira, o principal problema do ativismo é centrado na má utilização da hermenêutica aos textos constitucionais, pois ao tentar solucionar as temáticas sociais o poder Judiciário tem criado direitos não condizentes com o viés norteador do direito brasileiro. E, portanto, extrapolando a separação dos poderes instituída pela CF/88, dado que a função atípica do Judiciário não é legislar, mas sim buscar por meios legais, a efetivação dos direitos fundamentais.

Destarte, os magistrados e o STF têm proferido decisões pautadas em normas viciadas pela moral, política e etc., que conseqüentemente, contradizem com o texto constitucional ou geralmente assumem posições inseguras a todos os demais casos que chegam para apreciação.

Advogar na atual conjuntura dos tribunais brasileiros tem se tornado cada dia mais uma tarefa árdua e complexa, pois apesar de lidar diariamente com esse ambiente, os profissionais do Direito nunca sabem qual será o entendimento do magistrado, perante uma jurisprudência com tamanha discordância.

O uso da aplicação da hermenêutica a situações omissas pelo texto constitucional não é de maneira alguma errônea, ainda mais quando se trata de

garantia de direitos fundamentais, pelo contrário a sua aplicação é de suma importância. Mas, a maneira como vem agindo o Judiciário tem provocado uma desordem e não está havendo equidade e isonomia na resolução dos litígios tragos ao crivo do referido poder.

3.2 O ativismo judicial no Brasil: sintomas e efeitos

Navegar em alto mar sob uma tempestade é algo perigoso e imprevisível, assim como decolar em um avião com tempestade é arriscar sobrevoar em um terreno inseguro e rodeado de possíveis e inúmeras ocasiões. Em paralelo, é esse o terreno que se encontra nos tribunais brasileiros, apesar de se possuir uma Constituição para embasar e assegurar a ordem política e social, essa não tem sido observada pelos ativistas brasileiros.

Gozar da hermenêutica constitucional para situações “omissas” ao texto constitucional é algo sensato e adequado, entretanto aplicar entendimento diverso aos dispositivos legais evidentes justificando que é uma decisão respaldada pela hermenêutica à luz da Constituição é uma falácia visível, na qual nota-se um não respeito ao constitucionalismo e implicitamente há um jogo de interesses por detrás dessa extrapolação (ou até mesmo uma má formação dos componentes do Judiciário em matéria de Direito).

Em 2016 o Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 126.292/SP, decidiu que após os trâmites legais até segunda instância poderá decretar a prisão, e, conseqüentemente, dar início a execução da pena antes de se recorrer até a última via judicial, que é o próprio STF. Ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em segunda instância, o réu irá começar a execução da pena. Incrédulos com essa atrocidade instaurou-se ao pleito do STF a Ação Declaratória de Constitucionalidade-ADC 44, reivindicando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal com respaldo do artigo 5º, inciso LVII da Constituição.

A ADC 44 foi instaurada pela Ordem dos Advogados do Brasil, sob a justificativa de que como o Brasil possui um sistema jurídico pautado em orientações jurisprudenciais a decisão - ativista - do HC 126.292, proferida no Estado de São Paulo, apesar de não possuir efeito *erga omnes*, serviria como orientação para

muitos outros tribunais brasileiros. Como é elencado na petição inicial da ação supra referida:

[...] embora a referida decisão não tivesse nenhum efeito vinculante, os tribunais de todo país a adotar o idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, violando, assim, a cláusula de reserva de plenário, expressa no artigo 97 da Constituição, e a Súmula Vinculante nº 10. (BRASIL, 2016, *online*)

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é altamente garantista, e expõe direitos fundamentais que devem ser resguardados, além de ser a lei Suprema e norteadora do país. A controvérsia contida no HC 126.292 fere o princípio constitucional da presunção de inocência e retira do cidadão o seu direito fundamental de liberdade de ir e vir a qualquer momento, pois não há transitado em julgado qualquer sentença que apene o cidadão e o prive, como punição pela prática de ato ilícito, do seu direito transitar livremente. Mais uma vez, de forma condizente, é destacado na petição inicial tais argumentos:

[...] uma vez que reiterada a atécnica ‘desaplicação’ do dispositivo legal ora questionado - fundada no recente entendimento jurisprudencial dessa e. Suprema Corte que flexibiliza o princípio da presunção de inocência – resulta na restrição de direito fundamental: o cerceamento à liberdade de ir e vir. (BRASIL, 2016, *online*)

É importante ressaltar que a utilização da interpretação geradora da aparição das normas jurídicas deve ser fundada na constitucionalidade, sua limitação é evidente. Como é aduzido por Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso (2003, p. 27):

As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.

Mesmo diante de toda a argumentação precisa e evidente apresentada na ADC o STF por 6 votos a 5, julgou improcedente a ação citada e manteve seu posicionamento do HC 126.292. Resta claro que no Brasil o ativismo judicial é um problema que tem gerado efeitos drásticos ao sistema jurídico e tem promovido uma insegurança jurídica e social, pois o guardião da Constituição, o Poder Judiciário,

tem proferido decisões inconstitucionais e tem rompido com a separação dos poderes, pois ele tem atuado como se fosse detentor do poder constituinte originário.

Umberto Eco (1995, p. 81) ao analisar a (super)interpretação que os interlocutores fazem retrata bem o que o Judiciário em suas decisões ativistas tem realizado: “frequentemente os textos dizem mais do que seus autores pretendiam dizer, mas menos do que muitos leitores incontinentes gostariam que eles dissessem”, ao ler a Constituição e não se satisfazer com o que seu texto, aplica uma norma de interpretação que deleite o desejo do manejador da decisão.

Insta salientar que decisões como a que foi tomada no HC 126.292, rompem com o ideal constitucional da separação dos poderes, sendo que nessa situação o poder Judiciário tem agido como se fosse detentor da função típica do legislativo, essa é uma problemática que tem desencadeado a prática errônea do ativismo que conseqüentemente tem criado um sistema jurisprudencial divergente e ambíguo a situações semelhantes, tendo assim efeitos colaterais ao meio social.

A prática do ativismo, tal como está ocorrendo no Brasil, para ser considerada dotada de legalidade, precisaria que houvesse uma nova reformulação na CF, pois pelo contrário essas atitudes ativistas violam, muitas vezes, os direitos fundamentais dos indivíduos e contradizem todo o aparato constitucional. Mas essa seria a solução? Resta claro que não, o que precisa ser mudado são os pensamentos e as atitudes dos componentes do Judiciário, pois o Direito reivindica autoridade, portanto o que é ditado por ele deve ser seguido e tudo que for contrário deve ser reformulado e condizente ao que ele determina.

Como traz à baila na petição inicial da ADC 44 (BRASIL, 2016, *online*): “os juízes e os tribunais estão vinculados à lei, de maneira que, fora dessas hipóteses sua atuação será arbitrária e sua decisão inconstitucional”. Portanto, os magistrados e todo o corpo Judiciário devem seguir o que é preceituado pela Constituição podendo recorrer ao uso da hermenêutica na sua atuação, resguardando assim direitos e garantias constitucionais aos cidadãos.

Em consonância a ADC 44 aduz (BRASIL, 2016, *online*): “no ordenamento jurídico brasileiro, as normas constitucionais originárias são todas elas constitucionais, restando à jurisdição constitucional, por meio da hermenêutica, a tarefa de harmonizar os sentidos do texto”.

Com isso, não se teria tantas divergências grotescas e imprecisas nas jurisprudências brasileiras, no qual a casos idênticos têm-se resoluções tão discrepantes e, geralmente, contrárias ao texto constitucional.

Desse modo, resta notório e indiscutível que o problema do ativismo judicial no cenário brasileiro é sua má utilização, no qual se encontra atitudes decisórias do Judiciário que violam a Constituição vigente, no que se refere a separação dos poderes e demais preceitos norteadores. O sistema jurídico do Brasil tem tomado um rumo instável e preocupante, pois não se sabe até onde a prática ativista vai desencadear.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico foi desenvolvido embasando-se na pesquisa acerca da prática do ativismo judicial em nosso meio social, elencando sua repercussão no campo dos direitos fundamentais e a aplicação criativa da interpretação nos textos jurídicos nas decisões proferidas pelo Judiciário.

Apurou-se que a conquista dos direitos fundamentais se deu através de um processo árduo, no qual os ideais libertadores da revoluções liberais fizeram com o que o povo saísse do comodismo e clamasse pela criação de direitos fundamentais. Assim, com a derrocada do Estado Absolutista conquistou-se os direitos de primeira geração ligados ao ideal de liberdade.

Entretanto, só o direito á liberdade não garantiu aos cidadãos uma vida digna, assim adveio os direitos de segunda geração, pautado pela igualdade. Assegurando ao povo os direitos sociais, para que assim todos tenham - ou pelos chegue perto - de possuir meios dignos para se viver.

Os direitos de terceira geração são os ligados a fraternidade, eles são os responsáveis por salvaguardar os interesses de toda a coletividade.

Todos estes direitos citados estão previstos e positivados na Carta de 1988 como clausulas pétreas, nela também foi inserida a função ao Poder Judiciário de guardião e principal propulsor da garantia da concretização destes e de todo o texto constitucional. Para isso permitiu-se a interferência deste poder na seara dos demais poderes, de modo cuidadoso e limitado.

A essa atuação do Judiciário, diz respeito à judicialização, ou seja, é levado aos juízes e tribunais situações de grande repercussão social para que estes dentro dos limites constitucionais e sob o uso da aplicação da hermenêutica de um desfecho correto ao caso em litígio. Porém, o Judiciário não vem agindo dessa forma e tem criado uma série de jurisprudências contrárias ao texto constitucional e viciadas por opiniões pessoais e criativas, a esse fenômeno é dado o nome de ativismo judicial.

Apesar de se ter muitas discussões acerca do ativismo judicial, ele é assegurado pelo texto constitucional e desde que seja praticado dentro dos moldes postos pela CF/88, não ferirá o princípio da separação dos poderes e resguardará os preceitos fundamentais. Mas, infelizmente, seu uso é feito de maneira errônea e é hoje um dos maiores problemas que lidamos no meio jurídico.

Como foi discorrido no corpo do trabalho, os direitos fundamentais estão longe de ser efetivados, estamos diante de uma calamidade tão séria que tudo está sendo relativizado e incorporado por sentido diverso. A problemática não consiste no ativismo judicial, ela está nos integrantes do Judiciário que agem da maneira que bem entendem e esquecem que para os nortear há uma Constituição em vigor e que segundo o nosso Estado Democrático de Direito, é a lei Suprema e ponto de partida para qualquer decisão judicial.

Dessa forma, enquanto não houver uma reeducação de matéria de questões de direito constitucional aos integrantes do poder Judiciário essa insegurança jurídica continuará sendo um pesadelo a toda a sociedade, que apesar de muitos não compreendê-la em algum momento sofrerá com as consequências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em 08 mar. 2018.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2016. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia>> Acesso em: 10 abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BUHRING, Marcia Andrea. **Aspectos da hermenêutica filosófica e jurídica**. Disponível em <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1795/1492>>. Acesso em 24 de fev. de 2018.

CALAMANDREI, Piero, **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 4ªed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Carlos Eduardo. **Ativismo judicial em crise**. Teresina: Jus Navigandi, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional**. 2009. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1322/788>> Acesso em 21 fev. 2018.

CORRALO, Giovani. **Discursos sobre ética na pós-modernidade**: reflexões interdisciplinares sobre o comportamento humano, liderança e política no séc. XXI. Passo Fundo: 2010.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva. 1995.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Meurer. Enio Giachini. 3ª ed., Petropolis: Vozes, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF Está Assumindo um "Ativismo Judicial" sem Precedentes?** Brasília: Conteúdo Jurídico *online*, 2009. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.25162>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

HEYWOOD, Andrew. **Ideologias Políticas**: do liberalismo ao fascismo. São Paulo: Ática, 2010. Vol. I.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Tomo I. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MATTEUCCI, Nicola *apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NAKASHIMA, Adriano de Pádua . **Hermenêutica Filosófica e Direitos Fundamentais.** 2009. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/510/Direito%20Publico%20n102005_Adriano%20de%20Padua%20Nakashima.pdf?sequence=1> Acesso em 18 fev. 2018.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 2004.

REISSINGER, Simone. **Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf> Acesso em: 15 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Ativismo judicial e controle de políticas públicas.** Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 7, nº 1, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.** 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i3.12206>> Acesso em 08 abr. 2018.

_____. **Ativismo judicial não é bom para a democracia.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justicario-grande-sul>> Acesso em 08 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43.** 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em 18 jan. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44.** 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em 07 abr. 2018.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas. **Ativismo jurisdicional e o supremo tribunal federal.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf> Acesso em 08 abr. 2018.