

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E  
FILOSOFIA DO ESTADO II**

**ANDRINE OLIVEIRA NUNES**

**FERNANDO DE BRITO ALVES**

**RUBENS BEÇAK**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andrine Oliveira Nunes; Fernando De Brito Alves; Rubens Beçak. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-830-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria do Direito 3. Teoria da Justiça e Filosofia do Estado. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA**

## **TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II**

---

### **Apresentação**

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II

GT “TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II”

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II, durante o XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA – (CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado no período de 12 a 14 de outubro de 2023.

O Congresso teve como base a temática “Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración” e os trabalhos expostos são decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, tendo sido apresentados neste Grupo de Trabalho (GT) 12 (doze) artigos vinculados à temática sobre: Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado, os quais guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira e de modo efetivo as conjecturas e as refutações dos debates no momento das discussões e análises coletivas, tornando-as muito profícuas e exitosas para o engrandecimento da ciência jurídica e da comunidade acadêmica, exatamente por ter contado com a participação de vários autores dos trabalhos em comento, os quais abordaram diversas temáticas afetas ao GT, cujos títulos dos artigos, autores e síntese de seu conteúdo dispomos a seguir.

1. A ANÁLISE CRÍTICA DE AMARTYA SEN SOBRE A TEORIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS – Autoria: Thécio Antônio Silveira Braga. O trabalho analisa as críticas de Amartya Sen à teoria de justiça como equidade de John Rawls, tendo sido estruturado para primeiro aclarar a escola dos dois autores e depois analisar as falhas apontadas por Amartya Sen, sobretudo, em relação à centralidade da teoria de John Rawls no que tange a garantia de bens primários como medida de equidade, já que a concessão de determinados bens primários pode não resultar em uma sociedade mais justa, em face da diversidade de necessidades mínimas para cada indivíduo; além da impossibilidade desta escola de oferecer respostas para os casos difíceis. Ademais, explora a resposta de John Rawls às críticas de Amartya Sen. A conclusão é que tanto a concepção de justiça de ambos

os autores têm o mesmo ponto de partida, qual seja, a liberdade e que nenhuma delas oferecem argumentos suficientes para neutralizar o objeto e abordagem da outra.

2. A BAIXA REPRESENTATIVIDADE DO GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO NO ARRANJO INSTITUCIONAL DA REGIÃO METROPOLITANA DA BAIXADA SANTISTA E SEUS IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO INTEGRADO – Autoria: Maria Fernanda Leal Maymone, Angela Limongi Alvarenga Alves, Alcindo Fernandes Gonçalves. O trabalho abordou a discussão sobre questões urbanas e metropolitanas com um olhar na governança e no desenvolvimento integrado, em especial na Baixada Santista, uma vez que a participação democrática dos atores locais é fundamental para abordar a urbanidade e o meio ambiente. No entanto, algumas atuações, exíguas e pontuais do Governo Federal, nas questões relacionadas ao federalismo, com enfoque na Baixada Santista, trouxe o seguinte questionamento: quais impactos possíveis a ausência do Governo Federal pode causar na agenda de governança para a Região Metropolitana da Baixada Santista? Assim, fora analisado o modelo de federalismo de cooperação e o pacto federativo nos processos de desenvolvimento e governança da Região Metropolitana da Baixada Santista, seus arranjos institucionais e sua efetividade na promoção da cooperação intermunicipal e enfretamento das questões metropolitanas, com a conclusão de que na Região Metropolitana da Baixada Santista a falta de articulação entre governança e federalismo causam impactos negativos para o desenvolvimento integrado da Região.

3. OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS – Autoria: Marcelo Nunes Apolinário, Ândreo da Silva Almeida. O trabalho analisou as teorias do diálogo institucional que versam sobre o método judicial, elaboradas por Christine Bateup, e sua efetiva utilização pela jurisdição constitucional brasileira para resolver os conflitos envolvendo a concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e, a habilitação para reduzir o déficit democrático do Judiciário nesse tipo de atuação. Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal utiliza as teorias dos diálogos institucionais na concretização dos direitos sociais como forma de equilibrar os valores do constitucionalismo com a democracia, com recorte temporal de 2008 a 2020, para ao final concluir que as teorias do diálogo quanto ao método judicial podem contribuir consideravelmente para que a Jurisdição Constitucional alcance patamares satisfatórios de concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA ERA DA TECNOLOGIA – Autoria: Noirma Murad. O trabalho analisou que a globalização se dá não apenas quanto ao capital e

mercadorias, mas também em relação às inovações do mundo digital, às novas formas de comunicação e aos novos atores no setor político que se utilizam da nova tecnologia, analisando-as sob o aspecto da mineração de dados e da rapidez com que as notícias falsas se espalham. Os institutos, como a lawfare, se apresentam com uma nova forma de dominação política e econômica, detendo meios de interferência em eleições democráticas, bem como nas formas de organização das guerras que se dão no espaço virtual e digital, de dados, junto ou separadamente aos meios tradicionais, trazendo um novo tipo de colonialismo: o colonialismo de dados como forma de dominação política. Essas guerras pelo poder, com a inclusão dos meios digitais, da rapidez, do direito como arma de guerra, foram denominadas “guerras híbridas”, violando não apenas os direitos fundamentais, mas colocando em risco a própria existência do Estado Democrático de Direito, uma vez que há a manipulação das condutas sociais para fins políticos. Daí a necessidade do Direito regular essas novas formas de comunicação e dominação, preservando os direitos fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito.

5. ACESSO A JUSTIÇA E ATIVISMO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA – Autoria: Greice Kelly Lourenco Porfirio De Oliveira, André Luiz de Oliveira Brum. O trabalho analisou, por meio do confronto com opiniões doutrinárias, a concretude do direito fundamental constitucional do acesso à justiça, tendo inicialmente traçado um estudo conceitual sobre o direito fundamental constitucional de acesso à justiça, analisando a expansão do conceito ao longo dos tempos, principalmente em relação à evolução legislativa em âmbito nacional. Assim, a atuação do Poder Judiciário, muitas vezes é confundida como justificativa para concessão de decisões sem critério, fundadas na racionalidade e discricionariedade a partir da vivência, costumes dos julgadores. A partir de tal ponto, observando questões de julgamentos nacionais, foi estabelecido uma diferenciação de judicialização da política e ativismo judicial, inclusive sob a perspectiva de diferentes autores. Assim, resta evidente e imprescindível reforçar a relevância da hermenêutica jurídica, principalmente para resguardar os direitos fundamentais e os termos constitucionais, visando inibir a arbitrariedade prevista no ativismo judicial.

6. COSTUMES CONSTITUCIONAIS E PLURALISMO JURÍDICO – Autoria: Rafael Lazzarotto Simioni, Régis Gustavo Fernandes dos Santos. O trabalho discute a possibilidade do reconhecimento de “costumes constitucionais” como fontes subsidiárias de direito constitucional, com a análise das consequências jurídicas decorrentes dessa hipótese: controle de constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais baseados em costumes constitucionais, distinções entre costumes secundum, praeter e contra legem, bem como a relação entre costumes e mutação constitucional e as diferenciações necessárias entre costumes constitucionais e pluralismo jurídico. Como resultado, concluiu que não só é

possível, mas, sobretudo, imprescindível o reconhecimento da existência de costumes constitucionais na ordem jurídica brasileira, como forma de valorização do pluralismo jurídico e das práticas políticas que ajudam no processo de complementação da construção de sentido do direito constitucional brasileiro.

7. TOTALITARISMO NO SÉC. XXI? NOTAS SOBRE O REGIME DA COREIA DO NORTE E O TOTALITARISMO – Autoria: Giovani da Silva Corralo, Luiz Fernando Lourenço Guimarães. O trabalho tem por foco a análise da Coreia do Norte e a sua conformação enquanto Estado totalitário. Trata-se de um dos países com o regime político mais fechado do mundo. Para tanto, perscrutam-se importantes reflexões sobre as formas autocráticas de governo no decorrer do tempo, de Platão a Hannah Arendt, sendo as categorias identificadoras do totalitarismo de Hannah Arendt as utilizadas como principal referência teórica. Daí a conclusão fora no sentido de que a presença massiva dos elementos caracterizadores do totalitarismo, adotando a classificação de Hannah Arendt, permitem considerar a Coreia do Norte como um Estado totalitário, cuja inexistência de uma grande população, não obstante a considerável densidade populacional e a não pretensão universalista, não elidem a força e a intensidade dos demais elementos caracterizadores do totalitarismo.

8. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E LAWFARE: DIFERENCIAÇÕES CONCEITUAIS – Autoria: Robson Luis Zorzanello, Mateus Renan Jacobs, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. O trabalho estabelece conceituações e diferenciações entre a judicialização da política e o ativismo judicial, entendidos como desdobramentos do protagonismo judicial, incluindo o debate do lawfare. A judicialização da política é vista como decorrência do regime de jurisdição vigente, pois com a promulgação da atual Constituição os direitos fundamentais foram expandidos e foi instituído um complexo sistema de controle de constitucionalidade, que conferiu ao Judiciário competências ampliadas, as quais acabam por ser interpretadas, por vezes, como invasão nas atribuições dos Poderes Legislativo ou Executivo. O ativismo judicial, por seu turno, ocorre no terreno da judicialização, mas com ela não se confunde. De matriz pós-positivista, o ativismo designa a atuação de magistrados que, pretensamente imbuídos da tarefa de concretizar direitos fundamentais, contornam o processo legislativo moroso, inativo ou conservador para fazer valer interpretações voluntaristas, extrapolando os limites constitucionais e legais. Já o lawfare consiste no uso estratégico do direito com fins políticos, econômicos ou comerciais, para prejudicar ou aniquilar um inimigo. Pode ser permeado pelo ativismo judicial, mas dele se diferencia, dentre outros aspectos, pelas finalidades que o motivam e pela estrategização que tem como característica. Assim, infere-se que o ativismo judicial e o lawfare são causa de desestabilização do Estado Democrático de Direito.

9. LIBERDADE JURÍDICA E NEGAÇÃO DETERMINADA – Autoria: Vinícius Gomes Casalino. O trabalho aborda o tema da liberdade jurídica e os elementos que constituem o núcleo específico de seu significado normativo. Tem como objetivo problematizar os limites conceituais deste direito fundamental com vistas a uma compreensão mais adequada de sua eficácia jurídica e social. Para tanto, procura, na formulação clássica, sobretudo aquela desenvolva pelo idealismo e dialética alemães, os pontos fundamentais a partir dos quais se pode estabelecer seus limites e abrangência imanentes. Os resultados sugerem que a liberdade jurídica, pensada à luz de sua negação determinada, é conceito que se limita a si próprio, dispensando, para tanto, a colisão com outros direitos fundamentais, como sempre sustentou a teoria tradicional. As conclusões indicam que a limitação das liberdades clássicas, como a liberdade de expressão, longe de ser uma restrição a um direito fundamental, constitui, na verdade, sua condição de existência e efetividade plenas. A compreensão da liberdade como direito que se autolimita e, ao fazê-lo, preserva-se, é fundamental para a defesa e sustentação do Estado Democrático de Direito neste primeiro quarto do século XXI.

10. O IMPACTO POLÍTICO E ECONÔMICO SOBRE A FORMA JURÍDICA NEOLIBERALISMO: BASE IDEOLÓGICA DA RETRAÇÃO DE DIREITOS NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA DE 2019 – Autoria: Celeste Maria Gama Melão, Julia Piccoli Silva. O trabalho realiza estudo jusfilosofico com ênfase no impacto sobre a forma jurídica dos direitos sociais imposto pelo contexto econômico e político e visa demonstrar de que maneira a forma jurídica esta relacionada à forma social. Tem como eixo a contraposição entre as interpretações filosóficas características das teorias idealista e materialista histórico dialética, respectivamente, acerca da forma jurídica. O núcleo central do estudo consiste na investigação acerca das transformações econômicas, sobretudo, acerca da sua relação para com as modificações ocorridas na esfera jurídica. Com fins epistemológicos, apresenta um recorte temático, tanto em termos geográficos quanto em termos de temporalidade, focado na análise da Reforma Previdenciária Brasileira de 2019, de modo a relaciona-la com as políticas econômicas liberais e neoliberais administradas à época, para identificar os moldes ideológicos que incidem diretamente sobre o Direito e sua forma jurídica a ponto de fazê-lo ir na contramão da Justiça Social.

11. CRÍTICAS ÀS TEORIAS ESTRUTURAIS DE VINCULAÇÃO À ATIVIDADE LEGISLATIVA EM CARLOS BERNAL PULIDO – Autoria: Gustavo Silva Calçado. O trabalho aborda a complexa atividade legislativa no que tange a criação de novas regras que compõem o sistema normativo. Não se trata da análise procedimental ou um estudo de qualquer critério formalista. A ideia é contribuir com reflexões a respeito os limites à prática legiferante. Embora o campo político seja naturalmente uma arena criativa, na qual se discute

ideologias, não se pode ter em mente que se trata de um espaço sem constrangimentos. Neste sentido, qual seja, identificar a existência de instrumentos limitadores à criatividade parlamentar, este artigo busca apresentar e descrever o estudo desenvolvido pelo professor espanhol Carlos Bernal Pulido, publicado em sua obra *El Principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales*, cuja construção teórica mostra-se alicerçada principalmente em Alexy e Habermas, na tentativa de demonstrar porque a aplicação do princípio da proporcionalidade oferece maiores garantias de racionalidade. O autor espanhol estrutura seu estudo a partir da falibilidade das Teorias Essencialistas e da Teoria Interna ou de Conteúdo Reduzido da norma jurídica tendo os direitos Fundamentais como elemento de equilíbrio. Portanto, o leitor terá a oportunidade de conhecer um pouco do estudo desenvolvido pelo professor Carlos Pulido, sem a pretensão de conhecê-la em sua inteireza visto sua profundidade teórica, em que pese seus ensinamentos fornecerem importantes referências para o desenvolvimento prático do tema no âmbito das casas legislativas.

12. A AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DO DIREITO À NACIONALIDADE COMO PROBLEMA DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE OS TRABALHADORES MIGRANTES DOS ESTADOS DO CONSELHO DE COOPERAÇÃO DO GOLFO – Autoria: André Augusto Cella. O trabalho trata da ausência do reconhecimento do direito de nacionalidade aos trabalhadores migrantes residentes nos Estados membros do Conselho de Cooperação do Golfo (CCG) como um problema de justiça distributiva, na medida em que se verifica, empiricamente, que uma maioria da população de 6 países situados no Golfo Pérsico, com elevada renda 'per capita', vive numa situação de permanente exclusão de pertencimento político e acesso a bens sociais primários. Ao tratar o tema como uma luta por reconhecimento, numa abordagem dedutiva, ele visa, por meio de um estudo de caso, analisar a possibilidade de estabelecimento de padrões mínimos de Direito Internacional a serem observados pelos Estados a respeito do reconhecimento do direito à nacionalidade, a partir da análise de evidências empíricas em situações semelhantes e à luz de concepções liberais de justiça. Assim, tenta-se responder à indagação que é o problema central da pesquisa: poderia o Direito Internacional incidir na temática aqui proposta, estabelecendo padrões mínimos e eventuais sanções em caso de descumprimento? As conclusões obtidas apontam para a existência de abuso do poder de regulação do direito de nacionalidade nos Estados do CCG, de uma luta por reconhecimento que só não aparece às claras por conta dos regimes antidemocráticos que operam na região e pela possibilidade, no plano do Direito Internacional, de imposição de mudanças que beneficiem esses migrantes, sob pena de sanções, mesmo numa perspectiva de teorias liberais de justiça.

Certos de que esta publicação soma, e muito, ao conhecimento acadêmico teórico-prático, gerando valores e fornecendo importantes instrumentos para que pesquisadores e aplicadores



do Direito acresçam às suas compreensões relativas, constantes e necessárias das Teorias do Direito, Teorias da Justiça e da Filosofia do Estado, os organizadores deste grupo de trabalho prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

14 de outubro de 2023.

Coordenadores:

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Andrine Oliveira Nunes – Centro Universitário Estácio do Ceará

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – Universidade Estadual do Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak – Universidade de São Paulo

**ACESSO A JUSTIÇA E ATIVISMO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DA  
HERMENÊUTICA JURÍDICA**

**ACCESS TO JUSTICE AND JUDICIAL ACTIVISM FROM THE PERSPECTIVE  
OF LEGAL HERMENEUTICS.**

**Greice Kelly Lourenco Porfirio De Oliveira  
André Luiz de Oliveira Brum**

**Resumo**

O presente estudo busca analisar através do método bibliográfico e a partir de julgados, em confronto com opiniões doutrinárias o que muito se fala de concretude do direito fundamental constitucional do acesso à justiça. Para analisar os termos propostos, inicialmente foi traçado um estudo conceitual sobre o direito fundamental constitucional de acesso à justiça analisando a expansão do conceito ao longo dos tempos, principalmente em relação à evolução legislativa em âmbito nacional. Assim, a atuação do Poder Judiciário, muitas vezes é confundida como justificativa para concessão de decisões sem critério, fundadas na racionalidade e discricionariedade a partir da vivência, costumes dos julgadores. A partir de tal ponto, observando questões de julgamentos nacionais, foi estabelecido uma diferenciação de judicialização da política e ativismo judicial, inclusive sob a perspectiva de diferentes autores. Assim, resta evidente e imprescindível reforçar a relevância da hermenêutica jurídica, principalmente para resguardar os direitos fundamentais e os termos constitucionais, visando inibir a arbitrariedade prevista no ativismo judicial.

**Palavras-chave:** Acesso a justiça, Ativismo judicial, Judicialização da política, Hermenêutica jurídica

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present study seeks to analyze through the bibliographical method and from judgments, in confrontation with doctrinal opinions, what is much said about the concreteness of the fundamental constitutional right of access to justice. To analyze the proposed terms, a conceptual study was initially drawn on the fundamental constitutional right of access to justice, analyzing the expansion of the concept over time, mainly in relation to legislative evolution at the national level. Thus, the performance of the Judiciary is often confused as a justification for granting decisions without criteria, based on rationality and discretion based on experience, the customs of judges. From that point on, observing issues of national judgments, a differentiation of judicialization of politics and judicial activism was established, including from the perspective of different authors. Thus, it remains evident and essential to reinforce the relevance of legal hermeneutics, mainly to safeguard fundamental rights and constitutional terms, aiming to inhibit the arbitrariness foreseen in judicial activism.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Access to justice, Judicial activism, Judicialization of politics, Legal hermeneutics

## INTRODUÇÃO

O artigo 5º XXXV da Constituição Federal de 1988, preleciona sobre a existência de um direito fundamental de que a apreciação pelo Poder Judiciário de uma lesão ou ameaça de um direito ocorrerá de forma indistinta.

Assim, sob inquietudes que perpassam o efetivo acesso a justiça e sua efetividade plena, foi levantada a seguinte problemática: Em situações as quais a aplicação da norma ao caso concreto pelo Poder Judiciário ocorre de forma ativista sobrepondo os termos constitucionais estaríamos diante de um efetivo cumprimento do direito fundamental do acesso a justiça?

A partir de tal ponto, o presente estudo tem como objetivo entender o que seria o direito fundamental do acesso a justiça e suas evoluções ao longo do tempo, em especial sob a obra de Cappelletti e Garth, analisar a divergência dos conceitos de judicialização da política, ativismo judicial sob a visão em especial do professor Lenio Streck, Ministro Barroso, e Ronald Dworkin, e por fim, apresentar a relevância da Hermenêutica Jurídica considerando a autonomia do direito como instrumento para aplicação nas decisões.

Diante do proposto, visando responder a problemática apresentada, o trabalho será estruturado em três pontos.

Como ponto inicial propõe-se apresentar uma análise do direito fundamental ao acesso ao poder judiciário observando a expansão do conceito do tema, considerando a ótica dos instrumentos em que os cidadãos reivindicam os seus direitos. A partir de tal questão, propõe-se analisar o comprometimento de outras garantias constitucionais pela ineficácia do acesso a justiça.

No segundo ponto, será considerado o “agigantamento” do Poder Judiciário, o qual através do acesso a justiça, é acionado em decorrência das lacunas ou até mesmo cláusulas gerais existentes no texto normativo.

Com a Carta Magna de 1988, foi necessário buscar uma forma adequada de aplicação ao caso concreto, visando inclusive efetividade do direito fundamental de acesso a justiça. Diante disso, imprescindível a diferenciação entre os institutos do ativismo judicial e da judicialização da política.

Por fim, no intento de tentar fornecer uma decisão constitucionalmente adequada, como forma de cumprimento de um direito fundamental do cidadão, o terceiro tópico proposto apresentará uma breve análise sobre a aplicação da hermenêutica jurídica e autonomia do direito aos casos visando inibir a pratica de condutas ativistas.

## **1- ACESSO A JUSTIÇA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL:**

A Carta Magna de 1988 trouxe ao cidadão vários instrumentos de acesso à justiça, todavia, tal busca tem se apresentado como sinônimo de aflição aos cidadãos e desafio ao sistema político.

Assim, o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, equipara o ajuizamento de ações perante os Tribunais como garantia de Acesso à Justiça, vejamos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), o que, diante dos inúmeros conflitos de interesse acabou por sobrecarregar o Poder Judiciário, comprometendo o princípio constitucional da eficiência e razoável duração do processo, previsto no artigo 5º LXXVIII da CF/88 e no artigo 4º do CPC/2015.

A partir da década de 70, em decorrência da obra de Cappelletti e Garth (1988, p. 8), os olhares para o conceito teórico de acesso a justiça se expandiram, considerando que, segundo os autores, nenhuma reforma judicial seria capaz de suprir reformas políticas e sociais para solucionar os conflitos de interesses.

Portanto, demonstram os autores que é possível levar em consideração o acesso à justiça sob a ótica de duas perspectivas: o mecanismo acessível à todos os indivíduos o qual pessoas podem reivindicar seus direitos, e, também, o instrumento em que os cidadãos se valem do aparato estatal para resolverem seus conflitos de interesse, devendo o ente jurisdicional apresentar resultados justos e equivalentes, tanto no âmbito individual quanto coletivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Visto como um princípio basilar do ordenamento pátrio, o direito fundamental previsto no artigo 5º LXXVIII da CF/88, atualmente acaba esbarrando em défices estruturais do próprio Estado, especialmente na função jurisdicional. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15-30).

Assim, outras garantias constitucionais processuais também acabam sendo comprometidas, pois, de nada adianta falar em ampla defesa e contraditório, se o indivíduo não possui nem mesmo acesso à justiça, o que segundo Cappelletti (1988, p. 31) almeja:

(...) tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção de resultados justos e efetivos. Esta preocupação evidencia a permanente busca pela efetividade do Direito e da Justiça no caso concreto. Nasce desvinculada de seu germe quando da dedução em juízo, ou melhor, no processo, procura-se apenas a obtenção de sua conclusão formal, pois o resultado final almejado em qualquer querela deve ser, na sua essência, pacificador do conflito.

Cappelletti e Garth (1988, p. 32), apresentam uma necessidade de que o sistema seja acessível a todos, produzindo resultados individuais e sociais para quem busca a tutela

jurisdicional, todavia, é importante ressaltar que a expressão “acesso à justiça”, vem sofrendo transformações ao logo do tempo.

Diante da existência de grande formalismo do Estado Liberal vigente nos séculos XVIII e XIX, cerceando a concretude de alguns direitos, e ocasionando o enfraquecimento do modelo estatal, o povo se movimentou para o reconhecimento de garantias sociais e concretização dos direitos individuais, ensejando a crise do modelo, e o surgimento do Estado Social, transformação que apesar de não comprometer o Estado de Direito, ocasiona algumas reestruturações, inclusive quanto a atuação social do Estado elevando o acesso à justiça a condição de direito fundamental (BONAVIDES, 1980).

Assim, a partir das constituições de caráter social, a atuação do Estado se tornou positiva objetivando assegurar aos indivíduos gozar de todos os direitos sociais básicos tais como: saúde, educação, entre outros. Portanto, nesta perspectiva o acesso à justiça foi elevado à condição de direito fundamental, todavia, tal garantia constitucional processual, apresenta-se ainda nos dias atuais, como um desafio de transpor percalços nos tribunais, já que em muitos casos o instituto não se esgota apenas no acesso ao Judiciário (WATANABE 1998).

Cappelletti e Garth (1988, p. 34), também apresentam ponderações sobre a necessidade de uma atuação ativa do Estado para garantir a efetivação dos direitos sociais básicos:

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.

Como bem assevera Gomes (2002, p. 58), após transição, no Estado Democrático de Direito, a relevância das questões sociais e proteções do indivíduo se tornou uma necessidade, o que leva o hermeneuta à função de aplicar as garantias constitucionais.

Visando melhor compreensão do tema, é importante buscarmos alguns conceitos sobre a expressão que nos passa: acesso à justiça.

Dinamarco (2008), ao tratar sobre o acesso à justiça, como princípio fundamental, reforça que se trata de uma compilação de todos os demais princípios e garantias processuais, tanto em nível infraconstitucional quanto constitucional, ou seja, para o autor, o exercício das garantias processuais refletem no instituto.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2022, p. 55) o acesso à justiça se trata de uma real concretude a garantia da justiça, nomeando inclusive como “Direito de Acesso à Justiça”,

apresentando ainda real e importante reflexão sobre os desafios do Poder Judiciário que impedem a vivência e efetividade plena do acesso e a concretização da justiça.

Segundo o autor, a quantidade de processos, a inabilidade e a distância dos Magistrados e dos Servidores com aos Jurisdicionados, impedem a concretização do direito processual constitucional de justiça.

Por fim, para Alvim (2014), o acesso à justiça seria o exercício junto aos órgãos os quais exercem a administração da justiça, sendo necessário um sistema processual adequado para viabilizar o trâmite das demandas, através de mecanismos compatíveis com a cultura nacional e com representação em juízo sob responsabilização dos próprios envolvidos nas demandas individuais.

Portanto, falar em acesso a justiça, e conseqüentemente aplicar a justiça para os conflitos de interesse dos jurisdicionados, segundo que se pretende demonstrar com a pesquisa, vai além dos muros e alcance ao Judiciário, visto que, é imprescindível a conclusão e efetividade dos intentos constitucionais, o que perpassa o papel da hermenêutica jurídica no Estado de Direito.

## **2- A JUDICIALIZAÇÃO, O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS:**

Em 2022, após três décadas da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil, publicada em outubro de 1988, ainda nos deparamos com intervenções do Judiciário em temas de complexidade unicamente política.

Como bem traduz Mauro Cappelletti (1993), pós Segunda Guerra Mundial, as Constituições modernas apresentaram normas jurídicas emanando não apenas os direitos dos cidadãos, mas os mecanismos de interpretação das demais normas do ordenamento pátrio. A partir de então, o autor justifica o que define como “agigantamento” do Poder Judiciário, o qual é ativado em decorrência de lacunas deixadas pelo legislador.

Streck (2016, p. 722) também demonstra uma nova acepção representada nesse contexto Pós-guerra, nos campos das ciências sociais, ciência política e ao direito, o que é tratado como judicialização da política e ativismo judicial, temas os quais, segundo o autor derrapam na interpretação e nos argumentos necessários que fazem parte de uma decisão judicial. Pois, caso assim não seja a decisão não atenderá as exigências democráticas constitucionais, ignorando sua legitimidade sendo fundada na pura discricionariedade.

Para Luis Roberto Barroso (2009), o Poder Judiciário está sanando as omissões do Poder

Legislativo, e, conseqüentemente tratando de demandas de interesses sociais diante das omissões estatais.

Assim, Barroso chama de “crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral” um desânimo no Poder Legislativo, atribuindo ainda como reflexo da democracia moderna a necessidade de um Judiciário autônomo e forte.

Segundo a visão de Barroso (2009) a boa política está escassa, sendo inevitável a queda mesmo que em questões específicas em relação ao princípio da separação dos Poderes, visando solucionar problemas sociais por via diversa da administrativa.

Assim, diante dos pontos trazidos pelos autores, para falar em atuação do Poder Judiciário no trato de questões de repercussão social e política, é imprescindível estabelecer um paralelo sobre dois pontos que permeiam a mesma linha, todavia, tratam-se de questões distintas: judicialização e ativismo judicial.

A judicialização corresponde a uma transferência de poder para os operadores do direito na figura de juizes e tribunais de justiça. Assim, questões com grande trato político ou social são decididos por órgãos do Judiciário e não pelo Congresso Nacional ou até Poder Executivo, portanto, como bem demonstra Streck (2016, p. 724), sempre existirá grau de judicialização da política em modelos democráticos:

Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam garantidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda recentemente, viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar toda a vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência – por motivo de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições.

Luiz Roberto Barroso (2012, p. 3) tentando explicar o fenômeno da judicialização apresenta três causas: “redemocratização, constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”.

A “redemocratização”, pós promulgação da Carta Magna de 1988, segundo apresenta Barroso (2012, p. 4) se deu em decorrência da transformação do Judiciário em um “poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”.

o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juizes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação



fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. (BARROSO, 2012, p. 4)

Portanto, com a conscientização e expansão dos direitos, consequentemente, o judiciário começou a ser invocado como instrumento de busca por justiça, sendo tal “redemocratização”, segundo Barroso, a primeira causa da judicialização.<sup>1</sup>

O segundo motivo, denominado de “constitucionalização abrangente”, refere-se a uma tendência já utilizada nas Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), e em 1988 potencializada na Constituição Federal brasileira. Para Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 441) a Carta Magna de 1988 é “ambiciosa e desconfiada do legislador”, portanto, questões disciplinadas em norma constitucional, mudam para pretensão judicial e podem ser pleiteadas através do ajuizamento uma demanda.<sup>2</sup>

A terceira e última causa da judicialização apresentada por Barroso (2012, p.5) é o “sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”, o qual afirma ser um dos mais abrangentes do mundo, tendo reproduzido um modelo americano de controle incidental e difuso<sup>3</sup> e, um modelo europeu no controle por ação direta o qual permite que teses sejam levadas ao Supremo Tribunal Federal – STF, nos termos do artigo 103 da CF/88.

Assim, em decorrência do modelo de controle por ação direta, várias questões importantes em âmbito nacional são tratadas pelo STF, contudo, como bem pondera Lenio Luiz Streck, é importante indagarmos se o STF e os Tribunais têm contribuído para a defesa dos direitos fundamentais, ou, se estão fazendo política, ativismo, “institucionalização da discricionariedade judicial”, ou até legislando.

Alguns autores — e aqui incluo exatamente T. Pogrebinski — dizem que o fato de o STF se valer de sentenças interpretativas (interpretação conforme etc.) reforçaria o papel da lei e do Legislativo. Mas, indago: e se o STF, via interpretação conforme (ou nulidade parcial sem redução de texto), fizer exatamente o contrário do que propunha o Legislativo? Por exemplo, o Congresso nunca quis falar da regulamentação das uniões homoafetivas (atenção: não quero reiniciar a discussão do mérito dessa ação). Trata-se de um assunto que o Congresso, ao decidir não regulamentar, na prática o STF “regulamentou” de forma negativa. E o que fez o Judiciário, na ADPF 132? Fez interpretação conforme para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando procedência da ação, atribuindo, inclusive, efeito vinculante. Ou seja, nem tudo o que parece, é. (STRECK 2013).

---

<sup>1</sup> Barroso (2012, p. 4) apresenta o seguinte exemplo para contextualizar a segunda causa da judicialização a qual denomina de “constitucionalização abrangente: “se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.”

<sup>2</sup> Por tal modelo de controle qualquer juiz ou tribunal poderá se abster de aplicar a legislação, caso a considere como medida inconstitucional.

Assim, analisando duas posições importantes sobre a judicialização, verifica-se que, enquanto para Barroso (2012) “o modelo tem nos servido bem” como forma de atender ao seu papel constitucional, Streck (2016, p. 724) defende a importância da interpretação dada ao caso concreto nas decisões para concretização dos direitos fundamentais, sob pena de que uma “questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa.”

Então, como estabelecer os limites para identificar se estamos diante de uma decisão ativista ou não? Segundo o brilhante professor Lenio Streck (2016), é importante fazermos o seguinte questionamento “nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares? Sendo a resposta um “não”, há fortes indícios de que estejamos a ingressar no perigoso terreno do ativismo.”

A judicialização e o ativismo estão inseridos na mesma “família” e acabam ocupando um espaço próximo dentro do Poder Judiciário. Contudo, é imprescindível ponderar, que a judicialização no contexto brasileiro, decorre do modelo constitucional devendo dar concretude aos direitos fundamentais, e não, um exercício aleatório da discricionariedade do julgador em relação a vontade política. Já o ativismo, perfaz uma participação mais ativa do Judiciário, inclusive com maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes.

O modelo ativista iniciou-se na Suprema Corte norte-americana, “*judicialactivism*” a priori de forma conservadora para amparo aos setores mais reacionários que se ampararam para a segregação racial, bem como, na perda da efetividade das leis sociais em geral. Tal fato ocasionou embate entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte, e mudança da linha jurisprudencial. Posteriormente, a partir da década de 50, sob a presidência de Warren, as orientações jurisprudenciais da Suprema Corte foram revolucionárias em matérias de direitos fundamentais, em temas sociais relevantes como: negros, mulheres, direito a privacidade e aborto (GROSTEI, 2019, p. 12).

No Brasil, a expressão está vinculada a uma celeuma posta pelos próprios magistrados, visando garantir concretização dos direitos sociais. Assim, a expressão ativismo judicial encontrada no direito brasileiro tem uma concepção distinta de países como a Inglaterra e nos Estados Unidos, a partir do qual escreve Ronald Dworkin.

Assim, no Brasil, a expressão “ativismo judicial”, ganhou espaço entre adoutrina no que tange a atuação dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal-STF, em alguns casos de forma crítica com severa reprovação, e, em relação a determinados julgados, de forma heroica,

como última possibilidade de que os relevantes anseios sociais sejam atendidos frente a inércia dos Poderes. Segundo Grosteyn (2019, p. 6) “seria a forma de fazer justiça, impondo parâmetros materiais de cunho ideológico sobre os princípios da separação dos poderes e da democracia”.

A expressão ativismo judicial, tem sido utilizado pelos doutrinadores majoritários de forma pejorativa e crítica, principalmente quanto as decisões que tem grande repercussão para o país, como por exemplo do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Assim, para tal corrente, existe um grande déficit de participação popular na sua elaboração, representando uma atuação contrária ao sistema democrático de direito. O ativismo carrega então segundo Dickson (2007, p. 70) “uma crítica às decisões das Cortes que vão além de suas prerrogativas originais”.

No Brasil, a jurisprudência claramente se preocupa com uma adequada colocação dos bens sociais a partir da Carta Magna de 88, em especial a erradicação da pobreza, o que, se mostra bastante pretensioso diante da histórica forma de distribuição de renda.

Dworkin (1999, p.273) mesmo que analisando a expressão ativismo judicial em um contexto diverso do cenário brasileiro, apresenta a concepção inovadora e esclarecedora de “direito como integridade”.

Como sabiamente apresenta Dworkin, os juízes não podem se valer de discricionariedade política para revelar inovadores direitos como observamos em temas como o casamento de pessoas do mesmo sexo, aborto e a liberação da maconha. Nessa linha, para o autor, existem critérios como precedentes, e a própria legislação, que devem serem utilizados nas decisões.

Portanto, o Poder Judiciário não estaria autorizado a invadir os demais poderes, com o surgimento de novos direitos, ou, até mesmo a derivação de direitos já existentes na constituinte, vejamos os dizeres de Dworkin:

o princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores. (DWORKIN, 1999, p. 274)

Assim, segundo o autor é imprescindível que os juízes identifiquem os direitos e deveres legais com base em pressupostos já estabelecidos no texto da Constituição Federal, e não em sua discricionariedade política criando ou reformulando novos direitos. Até mesmo porque, as áreas dos Poderes da República, segundo Dworkin, foram bem demarcadas para uma circulação harmônica.

Diante dos pontos estabelecidos no presente estudo, diz Streck (2016, p.726), a

partir de declaração do Ministro Barroso, que o Supremo hoje faz papel de “vanguarda iluminista do País”, o que representa uma clara confissão por parte do Ministro de ativismo judicial, tornando por si só a atuação incorreta.

Portanto, refletir sobre o papel do Supremo hoje no país, em decorrência de suas decisões que muitas vezes criam direitos, os quais ao menos estão previstos na Carta Magna, ou, que apresentam direitos decorrentes de outros, por uma questão interpretativa e discricionária, é perceber que o progresso do direito é atrasado, simplesmente porque, para Lenio Streck (2016, p. 727), ao “alterar” a semântica da Carta Magna de 1988, ocorre o enfraquecimento da autonomia do direito, criando desenfreadamente princípios e garantias sem normatividade.

Por fim, por mais alguns doutrinadores justifiquem a necessidade da atuação ativista diante da inércia dos demais Poderes, o professor Lenio Streck (2016), é sábio ao afirmar que não existe ativismo bom ou ativismo ruim, e sim apenas ativismo.

### **3- HERMENÊUTICA JURÍDICA APLICADA AS DECISÕES JUDICIAIS – GARANTIA DE DIREITO FUNDAMENTAL:**

A Carta Magna de 1988, estabelece em seu artigo 5º XXXV o direito fundamental de acesso à justiça, a partir da necessidade de que o sistema seja acessível a todos, garantindo e produzindo resultados individuais e sociais.

Nessa linha, os cidadãos, ao postularem seus conflitos de interesse perante os tribunais, tem a convicção de que suas questões serão analisadas e julgadas a partir de um direito já estabelecido, anterior ao fato. Até mesmo porque, o próprio artigo 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, ao estabelecer que a alegação de “desconhecimento”, não será suficiente para escusa de cumprimento do dever legal, apresenta uma noção pretérita da norma ao fato.

Portanto, o direito já existe, a norma é posta, não podendo ser alterada de acordo com as convicções pessoais e ideologias próprias dos julgadores, até mesmo porque, a autonomia do Direito está intimamente ligada à democracia e ao Estado Constitucional (STRECK, 2020, p.25), sendo imprescindível uma resposta fundada na constituição, posto que, sempre existem direitos fundamentais em jogo.

Segundo Habermas (2003), a justiça social vai sendo construída ao longo do tempo em decorrência da abertura existente na Constituição, sendo que, a hermenêutica jurídica muito

contribuiu para o processo, diante da “tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta”(STRECK, 2020, p. 127).

Essa tensão entre o texto e o sentido a ser atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de vários caminhos, todos ligados, no entanto às condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas. Assim, ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermenêuta no ato interpretativo, mediante a criação, por exemplo, de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensão cisaõ entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são de fato separados, ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio do subjetivismo do intérprete ou da objetividade do texto não passaram de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.

Portanto, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), acredita na possibilidade de dizer que uma interpretação é correta ou incorreta, com padrões adequados ou não de acordo com a Carta Magna, até mesmo porque, a compreensão é um existencial. Segundo Lenio Streck, não interpretamos para depois compreender, e sim, compreendemos para interpretar “sendo a interpretação a explicitação do compreendido” (2016, p. 730).

A fundamentação jurídica através da doutrina, jurisprudência necessita legitimar a decisão, e se adequar a cada caso, sendo imprescindível que tal corpo conduza para a definição da aplicação da norma, e não o contrário, momento em que se buscam apenas argumentos para justificar algo previamente decidido, vejamos os brilhantes dizeres do professor Lenio Streck (2016, p. 728) ao tratar sobre o tema:

Podemos concordar com o resultado, mas a fundamentação não convence. Veja-se: dias antes, o mesmo juiz condenou um estrangeiro por transportar quatro ovos de condor, ave considerada em extinção. A pena chegou amais de um ano por ovo, por assim dizer. Sim, sei que é crime ambiental. A questão não é saber se o resultado foi correto. A questão é saber se ambas as decisões podem ser corretas, jurídica e constitucionalmente. Ao mesmo tempo, o STJ concede liminar em reclamação dizendo que o ato de entregar automóvel a terceiro é um crime de perigo abstrato. Pior: a comunidade jurídica, impregnada da síndrome de Ettiene de la Bottié,<sup>7</sup> não percebe que, com esse tipo de decisão em sede de reclamação, estabeleceu-se um sistema cassatório, por aqui, por intermédio de um instituto que não é recurso. A comunidade jurídica esquece que a reclamação surgiu para preservar a autoridade de decisões, só que acabou por se transformar — darwinianamente — em um instituto que vincula a jurisprudência. O que é um texto jurídico, afinal? Poderia também falar das inúmeras decisões reconhecendo vários pais para o mesmo filho, avós em dobro, tornozeleira para pena de 13 anos, etc. Logo teremos o registro de tios, tias e padrinhos, tudo em nome dos pseudo princípios da felicidade e da afetividade. Sim: o utente poderá alegar que é um direito fundamental ter o registro de uma madrinha determinada no seu registro de nascimento. Repito a pergunta: o que é um texto jurídico, afinal? Daí a pergunta que deve ser respondida: o Direito, ao fim e ao cabo, é o que dele se diz por aí ou, melhor, ele é o que o juiz discricionariamente diz que ele é? Mas se isso é assim, se já se “naturalizou” essa concepção, porque continuamos a estudar ou escrever sobre o Direito? Não seria melhor deixar que “quem decide é quem sabe”?

Portanto, o presente estudo tem por objetivo identificar a concretude do direito fundamental ao acesso a justiça sob a perspectiva de que a autonomia do Direito seja mantida através da hermenêutica jurídica que tem o objetivo de conter a discricionariedade do julgador, o qual em muitas circunstâncias criam direitos distintos dos preceitos constitucionais através de atitudes favoráveis ao ativismo judicial.

Até mesmo porque, além do acesso a justiça previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, a prestação da tutela jurisdicional adequada perpassa na necessidade da fundamentação/motivação das decisões judiciais previstas no artigo 93, IX, as quais não devem ser produtos de escolhas, mas sim “um dever de buscar a resposta correta enquanto um direito fundamental em favor do cidadão no Estado Democrático de Direito”. (STRECK, 2020, p. 25).

Ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de “como apofântico”). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, trazendo a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2016, p. 730).

Portanto, resta evidente que a concretude do acesso a justiça esta além dos muros do poder judiciário, ocorrendo através de uma decisão fundamentada através

## **CONCLUSÃO**

Considerando a problemática apresentada, foi possível constatar a relevância de analisar e observar os desafios para concretização dos direitos fundamentais, mesmo após mais de trinta anos da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, sob a limitação da atividade jurisdicional, levando em consideração suas premissas: o acesso a justiça e a garantia da motivação das decisões judiciais.

O direito fundamental ao acesso a justiça previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual, verificou-se que ocorrerá em sua plenitude apenas quanto a interpretação da Carta Magna aplicada ao caso concreto, ocorrer através de um julgador que não altere a semântica da norma, criando desenfreados princípios e garantias derivadas sem normatividade.

Ainda atualmente, após 30 anos da Constituinte, o Supremo Tribunal Federal, corriqueiramente é chamado a se manifestar quanto a temas de natureza puramentepolíticas.

Assim, de um lado temos a judicialização da política e do outro o ativismo judicial, fenômenos distintos, embora próximos, não podem ser confundidos. Assim, segundo Dworkin é imprescindível que os juízes identifiquem os direitos e deveres legais com base em pressupostos já estabelecidos no texto da Constituição Federal, e não em sua discricionariedade política criando ou reformulando novos direitos.

Por fim, é importante deixar claro, que através do breve *paper* foi possível responder a problemática levantada, identificando ser imprescindível que as decisões sejam fundamentalmente adequadamente com a aplicação dos termos constitucionais seguindo os padrões trazidos pela Crítica Hermenêutica do Direito, para o direito fundamental do acesso a justiça ocorra de forma plena.

## BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2011.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Justiça: Acesso e Descenso**. Disponível em: [http://www.fchristus.com.br/downloads/geral/profa\\_andrine\\_texto\\_1.pdf](http://www.fchristus.com.br/downloads/geral/profa_andrine_texto_1.pdf) Acesso em: 12 de Maio de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Rio de Janeiro, 240: 1- 42, Abr./Jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização e legitimidade democrática**. 2009, Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Acesso em: 24 de Maio de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial**. 2007 Disponível em [www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0132009.pdf](http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0132009.pdf) Acesso em : 23 de Maio 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2012, disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> acesso em 15 de Maio de 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 21 Maio 2022.

BRASIL, **Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em 21 Maio 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

DICKSON, Brice. **Judicial activism in common law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007.



DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermética jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: Análise Comparativa do Direito Constitucional Brasileiro e Norte-Americano**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. E ed. Ver atual. São Paulo: Saraiva, 2008

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. Editora Acadêmica, São Paulo, 1994.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

STRECK, Lenio Luiz, **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**, 2016, p. 721 a 732. Disponível em < <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/ENTRE%20O%20ATIVISMO%20E%20A%20JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O%20POL%C3%8DTICA%20-%20STRECK.pdf>> acesso em 16 de Maio de 2022.

STRECK, Lenio Luiz, **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** 2013, disponível em < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> acesso em 16 de Maio de 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte/MG: Casa do Direito, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito GV, São Paulo. p. 441- 464 Jul-Dez. 2008.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**. In: **GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988.