

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

ANDRÉ LUÍS SCHMIDT

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* DEMOCRACIA
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2016

ANDRÉ LUÍS SCHMIDT

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* DEMOCRACIA
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Renê Carlos Schubert Júnior

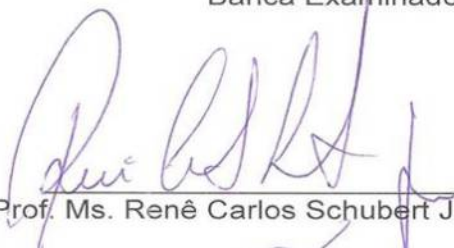
Santa Rosa
2016

ANDRÉ LUIS SCHMIDT

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS*
DEMOCRACIA
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

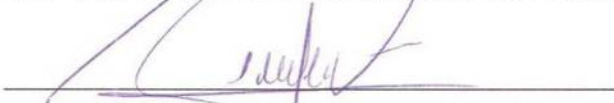
Banca Examinadora



Prof. Ms. Renê Carlos Schubert Júnior – Orientador



Prof.ª Ms. Denise Tatiane Girardon dos Santos



Prof. Ms. Tiago Neu Jardim

Santa Rosa, 14 de dezembro de 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Edio e Helena, grandes responsáveis pelas minhas conquistas ao longo da vida. Todo o meu esforço foi uma resposta ao incentivo e à educação que me deram. Sempre foi e sempre será por vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e à minha namorada Natália, por todo o apoio, carinho, compreensão e paciência em todos os momentos. Ao doutor Adalberto Narciso Hommerding, pela incrível oportunidade de realizar estágio sob sua supervisão, o que me proporcionou grande crescimento pessoal e profissional. À mestra Máira Fronza, pela amizade e convivência diária, sempre atenciosa e disposta a ensinar. Ao mestre Renê Carlos Schubert Junior, profissional no qual me espelho para o exercício da advocacia, pela parceria e pelos valiosos ensinamentos durante a graduação. Aos demais professores da FEMA, pelo empenho e grande contribuição para a minha formação. Aos colegas do Judiciário: Galdino Arnold, Matheus de Paula, Gustavo Zimmermann e Álvaro Fróes, pelo companheirismo e pela construção diária de conhecimento. Aos colegas de turma e demais amigos, pelas alegrias e pelo apoio contínuo.

“Ser humilde com os superiores é obrigação, com os colegas é cortesia, com os inferiores é nobreza.”

Benjamin Franklin

RESUMO

O tema deste Trabalho de Conclusão de Curso versa sobre o ativismo judicial. A delimitação temática da pesquisa é a interferência do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito. A geração de dados foi realizada a partir do estudo comparativo entre a legislação, a doutrina e a jurisprudência, no período compreendido entre 2008 e 2016. O problema enfrentado na presente pesquisa é: as decisões proferidas por força do ativismo judicial ferem a democracia? As hipóteses da pesquisa são: a) os juízes vêm proferindo decisões, por vezes, de acordo com a própria compreensão, o que pode ferir a democracia, tendo em vista que os magistrados não são representantes legitimamente eleitos pelo povo (ingressam no posto por meio de concurso público); e b) Pressupõe-se que a ausência de uma teoria da legislação, concomitantemente à inexistência de participação das partes ou à sua não influência na construção do provimento jurisdicional, são responsáveis pela discricionariedade judicial. O objetivo geral da pesquisa é analisar as razões pelas quais ocorre o referido fenômeno, a fim de compreender de que maneira este interfere no Estado Democrático de Direito e discorrer acerca das eventuais consequências para a sociedade. A escolha da pesquisa acerca do ativismo judicial se deu em razão do crescente número de decisões judiciais que vêm se utilizando de fundamentos encontrados no referido fenômeno. O problema a ser estudado é de suma importância à efetivação da justiça no Estado Democrático de Direito, uma vez que a sociedade é totalmente afetada pelas decisões abarcadas pelos referidos fenômenos. A pretensão é de que o estudo seja de grande contribuição à compreensão das causas que originam decisões conforme a consciência dos magistrados, fazendo com que haja um questionamento maior acerca da legitimidade das decisões judiciais. A viabilidade da pesquisa se dá em razão dos diversos julgados proferidos nos tribunais brasileiros e da recente bibliografia publicada em relação ao tema. A metodologia empregada, quanto à natureza, é de cunho teórico-empírico, sendo que o tratamento dos dados ocorreu de forma qualitativa. A pesquisa possui o método de abordagem hipotético-dedutivo, com o fim explicativo. No que tange ao método de procedimento, este pode ser definido como histórico, sendo que a coleta de dados foi realizada por meio de documentação indireta, com a realização de pesquisa bibliográfica (doutrina e legislação) e documental (jurisprudência). Os capítulos foram divididos de acordo com os objetivos gerais do trabalho, quais sejam: estudar a caracterização/categorização do fenômeno pela doutrina; investigar as razões pelas quais o ativismo está presente nas decisões judiciais; e confrontar as decisões proferidas por força do fenômeno com as prerrogativas do Estado Democrático de Direito. Ao final, conclui-se que as decisões proferidas por força do ativismo judicial, embora consideradas, por vezes, importantes para a concretização de direitos fundamentais, também podem ferir a democracia do Estado, uma vez que são elaboradas de acordo com a compreensão dos magistrados, os quais não são agentes eleitos pelo povo.

Palavras chave: ativismo judicial – democracia – Estado - judicialização.

ABSTRACT

The theme of this final project focuses on judicial activism. The thematic delimitation of this research is the interference of judicial activism in the Democratic State of Law. The generation of data were collected from the comparative study between legislation, doctrine and jurisprudence in the period between the years of 2008 and 2016. The problem faced in this research is: do decisions given by judicial activism harm the democracy? The hypotheses of the research are: a) the judges come uttering decisions, sometimes, according to their own understanding, which can hurt the democracy, considering that the judges are not the representatives legitimately elected by the people (they enter in the position through public contest); and b) it is assumed that the absence of a theory of legislation, concomitantly with the lack of participation of the parties or their non-influence in the construction of jurisdictional provision are responsible for judicial discretion. The general purpose of this research is to analyze the reasons why this phenomenon occurs, in order to understand how this interferes on the Democratic State of Law and discuss about the possible consequences to society. The choice of the theme took place due to the increasing number of court judgments that have been using fundamentals found in the stated phenomenon. The matter to be studied is of utmost importance to the execution of justice in the Democratic State of Law, once the society is entirely affected by the decisions covered by that phenomenon. The aspiration is that this study will be of great contribution to the understanding of the causes that originate decisions, in thesis, "undemocratic", so that there is a larger questioning about the developments of the society's evolution and the need for a more expeditious and effective legislative production. The reliability of the research is given by the many judgments pronounced in brazilian courts and from the recently published bibliography about the subject. The methodology used, due to the nature, is of both theoretical and empirical mark and data treatment occurred on qualitative way. The research has the hypothetical-deductive approach method, with an explanatory purpose. With regard to the procedure, this one can be defined as historical, since the data were collected through indirect documentation, with bibliographical research (doctrine and legislation) and documental (jurisprudence). The chapters were divided in accordance to the general objectives of the paper, which are: study the characterization/categorization of the phenomenon by the doctrine; investigate the reasons why activism is present in judicial decisions; and confront decisions given in pursuance of the phenomenon with the prerogatives of the Democratic State of Law. In the end, it is concluded that decisions given by judicial activism, although considered, sometimes, important for the realization of fundamental rights, can also injure the state's democracy, once they are prepared in accordance of the magistrates, which are not officers elected by the people.

Keywords: judicial activism – democracy – State – judicialization.

LISTA DE ABREVIACÕES

p. – página

art. – artigo

inc. – inciso

§ - parágrafo

nº - número

ed. - edição

CPC – Código de Processo Civil

CC – Código Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 O ESTADO DEMOCRÁTICO E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO | 12 |
| 1.1 CONOTAÇÃO CONSTITUCIONAL..... | 12 |
| 1.2 A DEMOCRACIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO..... | 19 |
| 1.3 AS DECISÕES JUDICIAIS NO CPC/2015..... | 27 |
| 2 O ATIVISMO JUDICIAL..... | 35 |
| 2.1 ORIGEM E CONTEXTUALIZAÇÃO | 35 |
| 2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA..... | 42 |
| 2.2 DECISÕES NAS QUAIS O ATIVISMO É IDENTIFICADO | 49 |
| 2.3 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ATIVISMO JUDICIAL | 54 |
| CONCLUSÃO | 63 |
| REFERÊNCIAS..... | 66 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre o ativismo judicial. A delimitação temática da pesquisa é a interferência do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito, sendo que a geração de dados foi realizada a partir do estudo comparativo entre a legislação, a doutrina e a jurisprudência, no período compreendido entre 2008 e 2016. O problema a ser enfrentado na presente pesquisa é: as decisões proferidas por força do ativismo judicial ferem a democracia?

O objetivo geral da pesquisa acerca do ativismo judicial é analisar as razões pelas quais ele ocorre, colimando compreender de que maneira interfere no Estado Democrático de Direito e discorrer acerca das eventuais consequências para a sociedade. Os objetivos específicos da pesquisa, por sua vez, são: a) estudar a caracterização/categorização do fenômeno pela doutrina; b) investigar as razões pelas quais o ativismo está presente nas decisões judiciais; e c) confrontar as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, entre os anos de 2008 e 2016, com as prerrogativas do Estado Democrático de Direito.

A escolha da pesquisa acerca do ativismo judicial se deu em razão do crescente número de decisões judiciais que vêm se utilizando de fundamentos encontrados no referido fenômeno. O problema do objeto da pesquisa surgiu em decorrência, principalmente, das evoluções sociais e da omissão da legislação brasileira em relação a alguns assuntos específicos. O problema é de suma importância à justiça no Estado Democrático de Direito, uma vez que a sociedade é totalmente afetada pelas decisões abarcadas pelo fenômeno.

Pretende-se que o estudo auxilie a compreensão das causas que originam decisões, em tese, *antidemocráticas*, fazendo com que haja um questionamento maior acerca do protagonismo judicial diante das evoluções da sociedade e da necessidade de uma produção legislativa mais célere e eficaz. A viabilidade da pesquisa ocorre em razão dos diversos julgados proferidos nos tribunais brasileiros

e da recente bibliografia¹ publicada em relação ao tema. A originalidade, por sua vez, ocorre em razão de que o objeto da pesquisa é um fenômeno que se intensificou recentemente, não havendo, ainda, grandes discussões e busca de soluções a respeito do problema no país.

A metodologia empregada na presente pesquisa, quanto à natureza, é de cunho teórico-empírico, sendo que o tratamento dos dados ocorreu de forma qualitativa. A pesquisa possui o método de abordagem hipotético-dedutivo, tendo em vista que se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos, acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese. O fim da pesquisa é explicativo, pois busca, com base na análise dos dados, explicar a ocorrência e as consequências do fenômeno, bem como apontar possíveis respostas à problematização. No que tange ao método de procedimento utilizado, este pode ser identificado como histórico, uma vez que o objeto da presente pesquisa é colocado em um contexto em que já ocorreram diversas mudanças quanto às análises dos fenômenos. Por fim, a coleta de dados foi feita por meio de documentação indireta, com a realização de pesquisa bibliográfica (doutrina e legislação) e documental (jurisprudência).

O presente trabalho será dividido em dois capítulos, sendo que o primeiro irá expor a atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático, com a conotação constitucional, a democracia no âmbito do processo civil e as decisões judiciais no CPC/15; e o segundo, por sua vez, irá expor a origem e a contextualização do tema, a diferenciação entre ativismo e judicialização da política, as decisões proferidas por força do ativismo e seus correlatos, e, por fim, as consequências jurídicas para a sociedade em geral.

Almeja-se que a pesquisa seja de grande contribuição aos acadêmicos, aos juristas e à sociedade em geral, de modo que as decisões judiciais “ativistas” sejam objeto de críticas e discussões tanto no meio acadêmico como no meio social.

¹ Pegue-se como exemplo as obras de Lênio Streck, jurista que questiona com veemência o protagonismo dos juízes.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

No primeiro capítulo do presente trabalho de conclusão de curso, pretende-se tecer considerações acerca da atuação do Poder Judiciário diante das transformações ocorridas no Estado de Direito. Busca-se demonstrar, em um primeiro momento, os principais aspectos da passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, e, posteriormente, para o Estado Democrático de Direito, momento em que, com a promulgação da Constituição de 1988 (no Brasil), o Poder Judiciário passou a ter maior participação na concretização de direitos fundamentais dos cidadãos.

Em um segundo momento, mostra-se oportuno discorrer acerca do papel da democracia no processo civil brasileiro. Há que se destacar a importância da participação do povo na construção do provimento jurisdicional, considerando o processo como instrumento de satisfação de direitos.

Por fim, o terceiro tópico deste capítulo trata sobre as decisões judiciais no Brasil de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe diversas alterações no que se refere à participação das partes no processo e à necessidade de fundamentação das decisões. Tais questões reforçam a ideia do Estado Democrático.

1.1 CONOTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O Estado de Direito, consolidado na Europa ao longo do século XIX, em sua origem, possuía um conceito tipicamente liberal (“Estado Liberal de Direito”), tendo como características básicas a submissão ao império da lei, a divisão dos poderes e a proteção dos direitos individuais (DÍAZ, 1973). Conforme argumenta Silva, existiram várias concepções “deformadoras” do conceito de Estado de Direito, uma vez que o significado depende, inclusive, daquilo que se entende por *Direito* (SILVA, 2005).

Com o passar do tempo, pode-se afirmar que o individualismo e o neutralismo do Estado Liberal causaram diversas injustiças perante os povos, o que permitiu que os movimentos sociais impulsionassem a ideia de que havia, naquele momento, a necessidade de uma justiça social (SILVA, 2005). Nesse sentido:

[...] o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social (VERDÚ, 1975, p. 94).

Denota-se, pois, a transformação de um Estado Liberal pra um Estado Social de Direito, em que “[...] o qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social.” (DÍAZ, 1973, p. 96). Esse modelo trouxe o propósito de equilibrar o capitalismo como forma de produção e a promoção do bem-estar geral, servindo como base ao neocapitalismo do *Welfare State* (DÍAZ, 1973).

Ocorre que, muito embora o Estado Social de Direito, na condição de “Estado Material de Direito”, tenha buscado criar um contexto de bem-estar geral a fim de garantir o desenvolvimento, sua concepção mostrou-se ineficiente (SILVA, 2005). Nas palavras de Paulo Bonavides:

[...] o grande capital encontrou fácil entrada nas novas estruturas demoliberais, chegando assim a constituir-se como peça chave e central do *Welfare State*. Ainda que institucionalizado no chamado Estado Social de Direito, permanece sempre sob este — representada por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos — essa tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial, visando a evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista (BONAVIDES, 2004, p. 122-123)

O Estado de Direito, seja como Estado Liberal, seja como Estado Social, nem sempre se caracteriza como Estado Democrático. Este último deve ser baseado no princípio da soberania popular, que impõe “[...] a participação efetiva e operante do povo na coisa pública.” (SILVA, 2005, p. 117).

Pode-se dizer, inclusive, que o Estado Democrático se contrapõe ao Estado Liberal, pois, como refere Bonavides, a ideia essencial do liberalismo “[...] não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito.” (BONAVIDES, 2004, p. 16).

O fim da Segunda Guerra Mundial fez com que ocorresse uma reformulação institucional nos países a fim de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados (TASSINARI, 2013). No Brasil, pode-se dizer que

foi um momento de *redemocratização* do Estado: é realizada a mudança de um chamado Estado *Legislativo* de Direito para um Estado *Constitucional* de Direito (FERRAJOLI, 2007).

O referido movimento desencadeou um aumento das demandas sociais, modificando de maneira relevante a relação entre política e direito. Desse modo, questões que, em um momento anterior, eram resolvidas tão somente por meio de decisões políticas, passaram a ser apreciadas pelo Poder Judiciário (OLIVEIRA, 2008).

Essa transformação resulta em um “deslocamento” que reduz a possibilidade de discricionariedade do legislador (política) e, por consequência, aumenta o papel de controle exercido pelo direito – o que é entendido como “jurisdição constitucional” (CANOTILHO, 1982). Nesse sentido:

Ao reagir contra arraigada ideia (mas inadmissível num Estado Democrático-Constitucional) da ‘liberdade’ do fim dos atos legislativos, a doutrina constitucional procurou, através de medidas (princípio) jurídico-constitucionais – princípio do excesso, princípio da exigibilidade, princípio da proporcionalidade e princípio da adequação – alicerçar controle jurídico-constitucional da liberdade de conformação do legislador e (mais concretamente no campo da Constituição dirigente) situar constitucionalmente o espaço de prognose legislativa (CANOTILHO, 1982, p. 274).

Além do deslocamento na teoria constitucional, há uma mudança no interior da teoria do Estado: a consagração do Estado Democrático de Direito. Desse modo, “Constituição Dirigente” e “Estado Democrático” são identificados como próximos necessários, a partir de onde são colocados elementos que desestruturam o do positivismo jurídico, o qual era hegemônico até então (STRECK, 2005).

As transformações mencionadas implicam uma mudança metodológica do Direito e, conseqüentemente, apresentam novas funções ao Poder Judiciário. Nas palavras de Canotilho, “[...] o Direito do Estado de direito do século XIX e da primeira metade do Século XX é o *direito das regras dos códigos*; e o Direito do Estado constitucional e democrático de direito *leva a sério os princípios*.” (CANOTILHO, 2000, p. 109).

Para Luís Roberto Barroso, no Brasil, a Constituição de 1988 promoveu, de maneira bem-sucedida, a passagem de um regime autoritário e intolerante para um Estado Democrático de Direito, propiciando o maior período de estabilidade institucional do país (BARROSO, 2016).

Conforme aponta José Afonso da Silva, a configuração do Estado Democrático possui um componente revolucionário:

[...] A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo* (SILVA, 2005, p. 119).

O artigo 1º da Constituição da República prevê que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988). Essa repartição regional de poderes autônomos, para José Afonso da Silva, é a essência do Estado Federal (SILVA, 2005).

Há que se dizer, no entanto, que o art. 1º da Constituição não “instaura” a República no Brasil, mas tão somente a recebe da própria evolução constitucional, que vem desde o ano de 1889 (SILVA, 2005). A Constituição inova ao incorporar o conceito de Estado Democrático de Direito, com princípio republicano e forma federativa, constituindo um novo modelo em que a principal preocupação é a transformação do *status quo* dos cidadãos (STRECK; MORAIS, 2013).

Desse modo, o Estado Democrático de Direito possui conteúdo “transformador da realidade” (o que configura o fenômeno chamado *neoconstitucionalismo*), não se restringindo, como o Estado Social de Direito (modelo anterior), a uma adaptação das condições sociais de existência. Pode-se dizer que o objetivo é de ultrapassar o estado material de concretização de vida digna e passar a agir como estimulador da participação pública na construção da sociedade, utilizando-se da democracia para transmitir uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, em que a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais (STRECK; MORAIS, 2013).

Em síntese, Streck e Bolzan de Moraes elencam os princípios do Estado Democrático de Direito:

[...] Com efeito, são princípios do Estado Democrático de Direito: A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B – Organização Democrática da Sociedade; C – Sistema de direitos fundamentais

individuais e coletivos, seja como Estado “de distância”, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado “antropologicamente amigo”, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F – Especialização de Poderes ou de Funções, marcada por um novo relacionamento e vinculada à produção dos “resultados” buscados pelos “fins” constitucionais; G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H – Segurança e certeza jurídicas (STRECK; BOLZAN, 2013, p. 232).

Para Bonavides, “[...] a Constituição do Estado Social na democracia é a Constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade” (BONAVIDES, 2015, p. 389). Tais características, portanto, são contrárias àquelas da Constituição do Estado Liberal, que possuía como prerrogativas o repouso, a harmonia e a separação entre Estado e sociedade (BONAVIDES, 2015).

Conforme sustenta Francisco José Borges Motta, a “inauguração” do Estado Democrático de Direito no Brasil, ocorrida com o advento da Constituição da República de 1988, significa dizer que a vida política dos cidadãos brasileiros passou a ser inflamada por um deslocamento do centro de decisões dos Poderes Legislativo e Executivo para um plano de “justiça constitucional” (MOTTA, 2012). Em síntese:

[...] no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos; no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão de volta para o Judiciário (STRECK, 2004, p. 55).

Segundo Rafael Tomaz de Oliveira, no interior do Estado Democrático de Direito, há uma reunião dos modelos anteriores (Estado Liberal e Estado Social) que visa à superação das lacunas nestes existentes, buscando a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a jurisdição constitucional assume um papel de destaque também na área política, a fim de implementar os objetivos do modelo de Estado (OLIVEIRA, 2008).

Logo, as proteções jurídicas à vida digna, ao meio ambiente e aos direitos do consumidor, por exemplo, inseridas na ideia de “força normativa” da Constituição

(HESSE, 1991), fogem das prerrogativas do Estado Social. Assim, ocorre a revolução de paradigma e surge o novo modelo de Estado, em que o Judiciário assume o papel de protagonista (VIANNA, 1999).

Em suma, é possível afirmar que o Direito no Estado liberal é *ordenador*, no Estado Social é *promovedor*, e no Estado Democrático de Direito há um *plus normativo*, com o destaque de uma função transformadora de realidade (OLIVEIRA, 2008).

Acerca das características do Estado Democrático de Direito, leciona Streck:

[...] remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde de possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades (...) o qualitativo “democrático” vai muito além de uma simples reduplicação das exigências e valores do Estado Social de Direito e permite uma práxis política e uma atuação dos poderes públicos que, mantendo as exigências garantísticas e os direitos e liberdades fundamentais, sirva para uma modificação em profundidade da estrutura econômica e social e uma mudança no atual sistema de produção e distribuição dos bens (STRECK, 2004, p. 39).

Segundo Streck, portanto, no contexto de um Estado Democrático – no qual o Brasil foi inserido -, o Direito é sempre instrumento de transformação, uma vez que regula a intervenção do poder do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas e consolida um grande leque de direitos fundamentais e sociais (STRECK, 2011).

Nesse contexto, faz-se necessário o reconhecimento da força normativa da Constituição (como supramencionado), isto é, de sua “pretensão de eficácia”. Desse modo, argumenta Konrad Hesse:

[...] A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas (HESSE, 1991, p. 14).

Consoante o que refere Streck, nesse momento, as inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a ser supridas pelo Judiciário, com a

utilização de mecanismos previstos na Constituição que consolidou o Estado Democrático de Direito (STRECK, 2004).

As transformações ocorridas impulsionaram o surgimento de uma ideia de “constitucionalismo democrático”, que atribuiu, além de alterações na organização política e jurídica dos Estados, uma nova resposta ao próprio conceito de Direito, por meio do reconhecimento da força normativa da Constituição (aduzida por Konrad Hesse) e da efetivação de novas garantias aos cidadãos (STRECK, 2004).

Na condição de transformador da sociedade pós-88, o Judiciário passa a enfrentar conflitos que, até então, não estavam presentes em seu dia-a-dia. Tal enfrentamento deve(ria) ocorrer a partir de uma compreensão do sentido do texto constitucional. Conforme Streck, “[...] qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, de modo que é dever do juiz examinar, antes de qualquer coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição.” (STRECK, 2002, p. 362).

Além da efetivação dos direitos sociais e da diminuição das desigualdades, é necessário que o Estado Democrático de Direito promova a ascensão do acesso à Justiça (jurisdição constitucional). Nesse sentido, a própria Constituição da República de 1988 estabeleceu alguns mecanismos, como, por exemplo, o mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, parágrafo 1º), a manutenção do controle difuso de constitucionalidade (artigo 97) e a ampliação do rol de legitimados ao ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (artigo 103) (BRASIL, 1988).

Assim, desde a promulgação da Constituição da República, o número de demandas judiciais aumentou de maneira considerável no Brasil, haja vista o grande rol de direitos (principalmente sociais) garantidos aos cidadãos, o que resultou em um cenário de intensa “judicialização” das mais diversas matérias (TASSINARI, 2013).

Nesse cenário, conseqüentemente, o Poder Judiciário - principalmente no Supremo Tribunal Federal - assumiu um papel de destaque, tendo em vista, além da noção de “constitucionalismo democrático”, as diversas questões de interesse público levadas até os julgadores. Em relação ao tema, ressalta Luis Roberto Barroso:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis [...]. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade (BARROSO, 2008, p. 03).

Considerando que o Estado Democrático de Direito rege as atividades estatais – inclusive a judicial -, a aplicação e a interpretação do direito devem observar o princípio da supremacia constitucional (MADEIRA, 2010). A democracia, no entanto, não pode ser encarada como um mero conceito político estático, mas, sim, como um processo de afirmação das garantias com o passar do tempo, possuindo como características principais a soberania popular e a participação popular no poder (SILVA, 2003).

Nesse momento, as atenções se voltam para a fundamentação das decisões judiciais e para a criação de mecanismos a fim de evitar arbitrariedades. Isso porque, a partir do momento em que o juiz passa a intervir nas questões envolvendo, por exemplo, o acesso à justiça e a concretização de direitos fundamentais, é aberta a possibilidade de que a decisão não seja controlada por meios democráticos de legitimação (OLIVEIRA, 2008).

Em decorrência da consagração do Estado Democrático de Direito, também surgiram algumas mudanças no âmbito do processo civil brasileiro, fato que será abordado no tópico a seguir.

1.2 A DEMOCRACIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Considerando a democracia em uma dimensão preponderantemente formal, pode ser entendida como a ideia de governo da maioria e com respeito aos direitos individuais. Há que se referir, no entanto, que a democracia em sentido material, aquela que serve de base para o Estado Constitucional de Direito, é, além de o governo da maioria, um governo de todos. Não se trata, portanto, de apenas incluir determinadas minorias – como raciais, religiosas ou de orientação sexual -, mas também de integrar os grupos que possuam menor expressão política (BARROSO, 2009).

Conforme o que aduz Jorge Reis Novais, em um contexto de Estado Democrático, os cidadãos devem ser vistos como participantes das atividades do Estado, e não como meros indivíduos que recebem a intervenção estatal (NOVAIS, 2006). O fato de os cidadãos deixarem de ser tão somente “alvos” da atuação do Estado deve refletir na concepção do processo civil de maneira a equilibrar o problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes do processo (BARBOSA MOREIRA, 1985).

Embora o juiz possa ser considerado “figura central” do processo, as partes são da mesma forma relevantes, devendo participar e demonstrar os seus argumentos, os quais devem ser levados em conta no momento da decisão. Torna-se, assim, o processo democrático e constitucional. Com efeito, as partes não devem somente provocar a jurisdição e deixar o prosseguimento a cargo do magistrado, mas também devem colaborar, participar e exigir a resposta jurisdicional adequada (MOTTA, 2012). Nesse sentido é que argumenta Hommerding:

[...] na visão contemporânea, o processo deve ser visto como um “instrumento democrático”, pois nele o cidadão deve participar para a realização de seu direito e garantia fundamental [...] Apesar disso, o processo, que é método para exercício da jurisdição, não tem sido democrático. Ainda não se constituiu em um instrumento de liberdade e democracia [...] (HOMMERDING, 2007, p. 92).

Para Bonavides, a democracia participativa requer o exercício do poder diretamente pelo povo, com o intuito de excluir a possibilidade de comportamentos excludentes, autocráticas ou unitaristas (BONAVIDES, 2005). Nesse quadro, Daniel Mitidiero ressalta que se fortalece o valor da participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes para que se constitua um democrático “ponto de encontro” de direitos fundamentais nos processos judiciais (MITIDIERO, 2009). Nas palavras de Calmon de Passos:

[...] estamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alcançou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituado. (PASSOS, 1988, p. 95).

Destarte, em um contexto democrático, o processo passa a ser, além de instrumento da jurisdição, um instrumento de concretização dos valores

constitucionais. Entre eles, a própria democracia. Nesse âmbito, é preciso destacar que, ocorrendo as referidas mudanças, não basta tão somente a limitação ou a promoção das atividades estatais: objetiva-se a transformação de um *status quo*, a fim de garantir, juridicamente, melhores condições de vida aos cidadãos (STRECK; MORAIS, 2013).

Como sugere Darci Guimarães Ribeiro, a prática democrática não se institui em meros conceitos legais constantes no texto normativo, mas na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, que ganham vida por meio de um instrumento: o processo. É por meio dele que os cidadãos possuem acesso ao Judiciário e direito ao contraditório, à publicidade e à fundamentação, ideias da verdadeira democracia (RIBEIRO, 2011).

O processo civil no Estado Democrático de Direito deve ser entendido como uma “parceria de singularidades”, isto é, uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes (LEBRE DE FREITAS, 2006). Nesse passo, cumpre destacar que, se o cidadão possuir papel apático no processo ou se a atividade jurisdicional for “viciada”, podem surgir decisões judiciais solipsistas, solitárias ou arbitrárias, o que não condiz com o Estado Democrático de Direito (STRECK, 2010).

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, não basta o cidadão influenciar tão somente no momento da promulgação do texto:

[...] como texto e norma não se confundem, a democracia no Estado Constitucional só se faz plena com a possibilidade de as partes influenciarem diretamente a outorga de sentido ao texto, de influenciarem a reconstrução do sentido normativo dos textos jurídicos e do Direito não legislado no processo (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 19).

Consoante o que refere Friedrich Muller, é por meio do processo que “[...] os cidadãos revelam ser sujeitos práticos justamente pela práxis: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade.” (MULLER, 1998, p. 127).

Em relação à participação (e até certo “protagonismo”) das partes no processo, cumpre destacar que o Código de Processo Civil de 2015 prevê, em seu artigo 190, a possibilidade da realização dos chamados *negócios jurídicos processuais* ou *acordos processuais* entre as partes, a fim de ajustar o procedimento às necessidades que a demanda apresentar e, conseqüentemente, contribuir para o provimento jurisdicional:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (BRASIL, 2015).

Nesse quadro, Fredie Didier Jr. aduz que negócio jurídico processual é um “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.” (DIDIER JR., 2015, p. 376-377).

Em análise ao que prevê o dispositivo legal supramencionado, é possível verificar que as próprias partes podem definir, de acordo com as peculiaridades da demanda, as questões acerca dos ônus, dos poderes, das faculdades e dos deveres processuais de cada um – desde que inexista nulidade, abusividade ou vulnerabilidade de um dos litigantes -, em qualquer momento, o que ressalta a importância da participação dos litigantes no processo.

A título de exemplificação dos negócios jurídicos processuais, veja-se o que menciona o Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FFPC) acerca dos *negócios processuais* admitidos no processo (em referência do art. 190 do Código de Processo Civil):

São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, subrogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba). (FPPC, 2016, p. 09).

Conforme o que referem Marinoni, Arenhardt e Mitidiero, os *negócios jurídicos processuais* permitem às partes estipular alterações no procedimento jurisdicional,

desde que não resultem em excesso às liberdades previstas constitucionalmente (MARINONI; ARENHARDT, MITIDIERO, 2016).

O art. 190 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de que sejam pactuados acordos processuais em relação aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. No entanto, não podem ter por objeto os poderes do juiz, tampouco estabelecer qualquer renúncia aos direitos fundamentais das partes. Desse modo, [...] “acordos irrevogáveis são nulos. Acordos que envolvem a integralidade do direito são nulos. E fundamentalmente: acordos que importem renúncias sem benefício correlato proporcional são nulos.” (MARINONI, ARENHARDT, MITIDIERO, 2016, p. 310).

Cabe ressaltar que os acordos processuais podem ser pactuados em juízo ou fora dele, sendo que, na segunda hipótese, o juiz deve tomar conhecimento para fins de controle de validade, nos termos do parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil². Nesse contexto:

[...] o juiz tem o dever de controlar a validade dos acordos processuais, seja quando indevidamente incidem sobre os seus poderes (porque os acordos não podem incidir sobre os seus poderes), seja quando incidem sobre os poderes das partes indevidamente (porque sua incidência não pode violar a boa-fé e a simetria das partes). [...] Quando o art. 190, parágrafo único, CPC, fala em “nulidade”, “inserção abusiva em contrato de adesão” ou “manifesta situação de vulnerabilidade”, ele está manifestamente preocupado em tutelar a boa-fé (art. 5º CPC) e a necessidade de paridade do tratamento no processo civil (art. 7º CPC) (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 310).

Ressalta-se, outrossim, que, além da possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais entre as partes (prevista no art. 190 do CPC/15), o *caput* do artigo 191 do CPC/15 prevê a possibilidade de as partes e o juiz, de comum acordo, estabelecerem um calendário para a prática dos atos processuais (BRASIL, 2015). Nesse passo, consoante o que prevê o parágrafo 1º do referido dispositivo, o calendário fixado deve vincular as partes, sendo que os prazos previstos apenas

² Art. 190. [...] Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

podem ser modificados em casos excepcionais, devidamente justificados (BRASIL, 2015)³.

A possibilidade de proceder à calendarização do procedimento, por meio do diálogo entre as partes e o juiz, é mais um demonstrativo da tentativa do legislador em democratizar o Processo Civil, além de otimizar o tempo de duração do processo, de acordo com o que preconizam os artigos 4º e 8º do Código de Processo Civil⁴.

Há que se dizer, no entanto, que as partes devem respeitar o calendário pactuado, sob pena de perda do direito processual estabelecido e do benefício que poderia ser obtido pelo agendamento dos atos, além de expor a parte à litigância de má-fé, uma vez que frustra a confiança dos demais participantes do processo. Em caso de violação do calendário por parte do juiz, não existem consequências processuais; no entanto, nada impede que resulte em efeitos administrativos, de modo a influenciar, por exemplo, em promoções na carreira (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016).

Ainda no que tange à participação das partes no processo, faz-se necessário destacar o “princípio da não surpresa” consagrado pelo CPC/15. Consoante o que aduz Nelson Nery Júnior, a proibição de surpresa na decisão judicial é decorrente do próprio princípio do contraditório, o qual estabelece ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos controvertidos na demanda, inclusive aqueles que possivelmente serão ser decididos por ele, seja por requerimento da parte ou do interessado (NERY JÚNIOR, 2016). O mencionado princípio está consagrado em diversos momentos do Código de Processo Civil de 2015, como, por exemplo, nos artigos 9º, 10, 493 e 933. Veja-se:

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

[...]

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

³ A excepcionalidade prevista no art. 191, § 1º, do CPC, pode ser entendida, por analogia ao conceito de “justa causa”, como “[...] o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário”, nos termos do art. 223, § 1º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

⁴ Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

[...]

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

[...]

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente [...] (BRASIL, 2015).

Em análise aos dispositivos legais supramencionados, é possível verificar que o Código de Processo Civil de 2015 deu ênfase à necessidade de o juiz apreciar as manifestações das partes antes de proferir qualquer decisão que possa “surpreendê-las” (no sentido de, por exemplo, ser utilizado fundamento que sequer tenha sido ventilado nos autos).

O direito ao contraditório, consagrado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República⁵, “[...] constitui a mais óbvia condição do processo justo e é inseparável de qualquer ideia de administração organizada de Justiça, funcionando como verdadeiro método de trabalho para tutela dos direitos.” (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 160). A importância é tamanha que o conceito de “processo” no Estado Democrático de Direito é construído justamente a partir da base do contraditório: o direito de ação – como direito ao processo justo – é balizado em observância ao contraditório durante todo o procedimento, conforme art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016).

Destaca-se, pois, que proporcionar aos interessados a participação na construção da solução da demanda representa o pilar do processo contemporâneo (TORRES, 2015). Às partes deve ser concedido o direito de participar ativamente do procedimento de formulação da decisão judicial, pois “[...] tal participação consiste em poder influir decisivamente nos destinos do processo” (MEDINA, 2016, p. 66). Nesse sentido é que argumenta Artur Torres:

⁵ “Art. 5º. [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório, certamente, figura como o elemento balizador do processo, representando, em boa medida, sua própria razão de ser. É a partir dele que chega (ou deveria chegar) ao juízo a notícia da existência tanto de versões conflitantes como de interesses contrapostos. O contraditório, hoje, espelha a necessidade de o magistrado ouvir aquilo que as partes têm a dizer [...], de forma a delinear, sem surpresas, o caminho que provavelmente seguirá ao decidir (TORRES, 2015, p. 29).

Segundo Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em forma de contraditório” (OLIVEIRA, 2004, p. 448). O “cerne” desse contraditório está exatamente “[...] na simétrica paridade em participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.” (OLIVEIRA, 2004, p. 450). Nesse passo:

[...] o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma comparticipação dos sujeitos processuais na formação das decisões (NUNES, 2008, p. 227).

Acerca do contraditório, Humberto Theodoro Júnior, em consonância com as prerrogativas do Estado Democrático de Direito, aduz que o princípio prevê a efetiva participação e do direito de influências das partes sobre a formação da decisão judicial:

Entende-se, na moderna concepção do processo assegurado pelo Estado Democrático de Direito, que o contraditório é mais do que audiência bilateral das partes, é a garantia da participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 54).

Veja-se, pois, que o direito fundamental do contraditório, atualmente, deve ser compreendido muito além da simples informação e da possibilidade de reação: deve ser visto de forma ampla, de modo que as partes participem tanto no desenvolvimento do processo como do seu resultado final, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais (OLIVEIRA, 2013).

Essa ampliação no conceito do contraditório decorre de duas vertentes fundamentais: uma sustenta que apenas existe processo quando na formação do ato houver um contraditório; outra, por sua vez, defende a intensificação do diálogo das partes entre si e das partes com o órgão jurisdicional (OLIVEIRA, 2013). Com o diálogo, de maneira cooperativa, há que se destacar a necessidade de todos os

envolvidos no processo procederem com lealdade e boa-fé, conforme o que prevê, por exemplo, o art. 5º do Código de Processo Civil⁶ (BRASIL, 2015).

Assim, dada a devida importância ao princípio do contraditório no processo, Marinoni, Arenhardt e Mitidiero destacam que “[...] somado ao dever de fundamentação e à publicidade, o contraditório constitui clara projeção do direito à participação que está na raiz de toda e qualquer administração democrática na Justiça Civil” (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 160).

Foi nesse quadro que, em março de 2016, entrou em vigência um novo Código de Processo Civil Brasileiro, que instaurou mudanças significativas no que tange às decisões proferidas pelos magistrados brasileiros, fato que será analisado no tópico a seguir.

1.3 AS DECISÕES JUDICIAIS NO CPC/2015

O Brasil possuía, até o ano de 2015, apenas dois Códigos de Processo Civil em sua história: um instituído pelo Decreto-Lei nº 1.608/1939 (BRASIL, 1939) e o outro instituído pela Lei nº 5.869/1973 (BRASIL, 1973), sendo que o último permaneceu vigente até 16 de março de 2016, quando entrou em vigência a Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015).

Segundo Luiz Rodrigues Wambier e Luiz Manoel Gomes Júnior, tanto o CPC de 1939 como o CPC de 1973 surgiram em períodos de exceção, isto é, com reduzida discussão no seio da sociedade. O CPC de 2015, portanto, seria o primeiro a passar pela avaliação do debate democrático intenso (WAMBIER; GOMES JÚNIOR, 2012).

Uma das grandes novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 diz respeito justamente à fundamentação das decisões judiciais. Muito embora a necessidade de fundamentar a decisão já constasse na própria Constituição da República (como será debatido a seguir), o CPC/15 inovou ao trazer expressamente aquilo que considera *decisão não fundamentada* a fim de evitar a discricionariedade judicial.

Consoante o que refere Streck, uma das crenças mais alimentadas na prática jurídica, tanto no Brasil como em outros países do mundo, consistia na ideia de que

⁶ Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

os juízes “são” o Direito, isto é, o Direito se resume àquilo que eles dizem que é (STRECK, 2010). Essa ideia, todavia, resta equivocada, uma vez que o Direito não pode ser definido tão somente em observância ao que diz o Judiciário, e “[...] tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras.” (STRECK, 2010, p. 07).

Não se pode, portanto, admitir que o Direito seja reduzido àquilo que é proferido pelos juízes ou pelos Tribunais: a justiça (e o Judiciário como um todo) não pode ficar dependente de opiniões pessoais acerca das leis e dos fenômenos sociais, pois o sentido das leis ou dos fenômenos não é produto de indivíduos isolados (como juízes, desembargadores ou promotores), mas da intersubjetividade (HOMMERDING; MOTTA, 2016).

Na mesma linha de Streck, Hommerding e Motta destacam:

[...] se o juiz não pode ser considerado o “dono” do “sentido da justiça”, é possível afirmar, então, que algo parece não estar dando certo no que diz com a aplicação do direito em nosso país, dada a sua falta de integridade e coerência. A crença de que o Direito é o que os juízes querem que seja, porém, parece querer começar a dar sinais de enfraquecimento, mormente diante das inovações legislativas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, em especial no que diz com o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais (HOMMERDING; MOTTA, 2016, p. 02).

Conforme referido alhures, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu art. 93, inciso IX, que todas as decisões jurisdicionais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 1988):

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 1988).

Segundo Nélson Nery Júnior, a fundamentação das decisões judiciais – considerada como um direito fundamental – implica no dever dos julgadores de

explicitar as razões de fato e de direito que levaram a decidir de determinada maneira, e não de outra (NERY JÚNIOR, 2013).

Há que se dizer que, muito embora a fundamentação das decisões não esteja prevista no rol do art. 5º da Constituição da República, a referida exigência é, como referido acima, um direito fundamental, uma vez que, consoante o que dispõe o parágrafo 2º do mencionado dispositivo legal, “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, cabe ressaltar que a fundamentação não deve estabelecer o que determinados juízes, desembargadores ou ministros “pensam” sobre o direito – o que pode ser definido como motivação, fator que não é relevante para o direito democrático. O objetivo da fundamentação é que seja proferida a decisão juridicamente correta; assim, deve-se recusar posições pessoais de quem julga (OLIVEIRA; PEDRON, 2010).

O Código de Processo Civil de 1973 previa, em seu artigo 458, a fundamentação (questões de fato e de direito) como requisito essencial da sentença (BRASIL, 1973). Consoante o que menciona José Emílio Medauar Ommati, criou-se uma discussão na doutrina e na jurisprudência acerca do verdadeiro alcance dos “fundamentos”: deveria o magistrado apreciar todas as questões argumentadas pelas partes no processo ou apenas aquelas que fossem pertinentes à formação do entendimento? (OMMATI, 2014).

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, em 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os órgãos jurisdicionais devem responder a todos os argumentos levantados pelas partes. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, sustentou que a Constituição da República, ao estabelecer os direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, “constitucionalizou” uma pretensão à tutela jurídica que envolve, além do direito de manifestação e do direito de informação sobre o processo, o direito de ter os argumentos enfrentados pelo órgão julgador (BRASÍLIA, 2008).

Em contrapartida, em junho de 2010, nos autos da Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE, o próprio Ministro Gilmar Mendes sustentou entendimento totalmente diverso daquele defendido no RE nº 434.059/DF. Em seu voto, o Ministro afirmou que o art. 93, inciso IX, da

Constituição da República, apenas exige que a decisão seja fundamentada, mesmo que sucintamente, sem determinar, no entanto, o enfrentamento de cada um dos fatos ou das provas (BRASÍLIA, 2010).

Nesse quadro, a recusa dos juízes e tribunais em enfrentar todos os argumentos aventados pelas partes pode ser considerada como uma “pena” aos litigantes, com a necessidade de interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, os quais não podem rediscutir questões fáticas⁷ (MEDINA, 2012). Destarte, ressalta Ommati:

[...] se o Tribunal se nega a responder a todos os argumentos das partes, na linha de decisão do Ministro Gilmar Mendes, é bem possível que o recurso especial ou extraordinário seja manejado para declarar a nulidade do acórdão, retornando os autos à origem para o pronunciamento do Tribunal sobre a questão fática faltante e, caso resolvida essa questão, caberá mais um recurso especial ou extraordinário, agora contra a interpretação jurídica dada pelo Tribunal inferior (OMMATI, 2014, p. 119).

Dito de outro modo: se não forem respondidos todos os argumentos fáticos e jurídicos aduzidos pelas partes, há a possibilidade de ser declarada nula a decisão, devendo retornar os autos ao juízo *a quo*, resultando, pois, em morosidade à resposta jurisdicional pretendida pelas partes. Como argumenta José Miguel Garcia Medina, é mais lógico, econômico e realizador da Constituição os julgadores responderem a todos os argumentos levantados, com a observância dos direitos à fundamentação, ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal (MEDINA, 2012).

A questão referida acima é uma das mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, que, em seu artigo 11 (baseado no art. 93, inciso IX, da Constituição da República), já prevê expressamente que “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” (BRASIL, 2015).

Consoante o que refere José Miguel Garcia Medina, “fundamentar é apresentar, racionalmente, as bases fáticas e jurídicas da decisão.” (MEDINA, 2016, p. 771). Conforme aduz Artur Torres:

⁷ Súmula 7 do STJ. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Súmula 282 do STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

[...] fundamentar, na perspectiva do atual modelo de processo, representa ir além da mera enunciação formal dos ditames que devem regular o caso concreto. Trata-se, pois, da exigência que obriga o julgador a esmiuçar (atento ao princípio da concretude) *como, quando, e porque* optou por emanar esta ou aquela decisão. A partir de um jogo de palavras, não raro compreendido por todos, afigura-se plenamente possível afirmar que, atualmente, exige-se mais do que mera *motivação*, exige-se a *motivação da motivação*. Decisório insuficientemente ou não motivado representa ato jurídico nulo (TORRES, 2015, p. 32).

Segundo Medina, a exigência de fundamentação das decisões – sejam estas terminativas ou definitivas – decorre, além da obediência ao dever previsto no art. 93, IX, da Constituição da República (e no art. 11 do Código de Processo Civil), da observância ao próprio princípio do contraditório. Isso porque, no momento em que é proferida determinada decisão sobre a causa, espera-se que tenha chegado ao fim um ciclo com necessário diálogo ao longo do processo (MEDINA, 2016). Nesse sentido, destaca:

[...] Um verdadeiro diálogo só existe se entre seus interlocutores há compreensão, no sentido de que aqueles que dizem e aqueles que ouvem (ou aquele que escreve e aquele que lê) tenham a ideia clara de como o outro pensa. Ao observar o quanto se dispõe no art. 489 do CPC/2015, o juiz dará uma resposta conclusiva ao diálogo que sucedeu. Assim, uma decisão incompleta (que não julgue todos os pedidos, p. ex., deixando de observar o inc. III do art. 489 do CPC/2015) ou que contenha uma motivação fictícia (não observando o previsto no inc. III do § 1º do art. 489 do CPC/2015, p. ex.) viola não apenas o dever constitucional de fundamentação, como também o princípio constitucional do contraditório (MEDINA, 2016, p. 772-773).

Na legislação brasileira, tornou-se corriqueiro o emprego, pelo legislador, de determinados termos vagos, como, por exemplo, “função social” (art. 421 CC), “boa-fé” (art. 5º CPC), “dignidade” (art. 1º, III, CRFB), entre tantos outros. Considerando que, por vezes, as referidas expressões não possuem conceito exato na lei, cabe ao julgador, na fundamentação da decisão, buscar dar nitidez ao significado, demonstrando o porquê da utilização daquele termo e o que dele se pode extrair. Nesse contexto é que argumentam Marinoni, Arenhardt e Mitidiero:

[...] toda vez que se invocar em juízo um termo vago, é preciso mostrar com qual significado ele é empregado, por que razão serve para disciplina do caso concreto e quais os efeitos jurídicos que dele são extraídos. Fora daí, não se considera fundamentada qualquer decisão (arts. 9º, 10, 11 e 489, § 1º, CPC) (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 577).

Diante disso, afirmando que uma fundamentação inexistente ou ineficaz contraria a democracia – e, por conseguinte, nega ao jurisdicionado o direito uma resposta satisfatória do Judiciário -, Calmon de Passos tece pesadas críticas em relação às expressões vagas utilizadas pelos magistrados nas decisões judiciais:

[...] magistrados levianos, que fundamentam seus julgados com expressões criminosas como estas: atendendo a quanto nos autos está fartamente provado... há robusta prova dos autos... ao que disseram as testemunhas... e outras leviandades dessa natureza que, se fôssemos apurar devidamente, seriam, antes de leviandades, prevaricações, crimes, irresponsabilidade e arbítrio, desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, cusparada na cara dos falsos cidadãos que somos quase todos nós. Nós, advogados, que representamos os cidadãos em juízo, devemos nos mobilizar aguerridamente contra as sentenças desfundamentadas ou inadequadamente fundamentadas, quando se cuida de antecipação de tutela, arma de extrema gravidade em mãos de juízes inescrupulosos ou fáceis, num sistema em que não se consegue, jamais, responsabilizá-los. E isso para se preservar, inclusive, os muitos dignos e sacrificados magistrados, com os quais convivemos quotidianamente e cujo calvário acompanhamos, solidários. Vítimas da organização inadequada do nosso Judiciário e vítimas da concorrência malsã dos marginais da magistratura, privilegiados com o atual estado de coisas (PASSOS, 1995, p. 15-16).

No que se refere aos elementos essenciais da sentença, enquanto a legislação anterior possuía apenas três incisos no artigo correspondente (art. 458 do CPC/73 – relatório, fundamentos e sentença), o CPC/15, traz, em seu art. 489, além dos mesmos incisos do art. 458 do CPC/73, três parágrafos que dispõem acerca da fundamentação, da colisão de normas e da interpretação da decisão judicial:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015).

Cumprido destacar que os elementos da sentença são essenciais para a resposta adequada da demanda judicial, sendo que a interpretação da decisão não pode ser feita considerando isoladamente os elementos (relatório, fundamentação e dispositivo), nos termos do parágrafo 3º do dispositivo supramencionado.

Quanto aos critérios estabelecidos nos incisos do parágrafo 1º do art. 489 do CPC ora em vigência, Ommati destaca que deve ser sepultada, de vez, a ideia de “livre convencimento motivado” e de que o órgão julgador não deve responder a todos os argumentos levantados pelas partes, uma vez que tais posturas podem levar à nulidade da decisão por falta de fundamentação, sendo observado, pois, o cumprimento do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República (OMMATI, 2014).

Outrossim, o referido dispositivo também salienta que seguir precedentes (ou deixar de segui-los) não deve ser algo mecânico e não se resolve com meras citações de casos. Tanto as partes como o magistrado devem demonstrar a razão pela qual o precedente é aplicável ou não ao caso discutido (MARINONI, 2011).

Em relação ao parágrafo 2º do art. 499 do NCPC, Juliana Cordeiro de Faria aduz que a exigência de fundamentação quando houver colisão de normas resulta da própria técnica da ponderação, sendo que, para não ocorrer subjetivismo ou autoritarismo do julgador, as decisões devem demonstrar o objeto da colisão e as razões pelas quais uma norma preponderou sobre a outra (FARIA, 2015).

A inclusão dos mencionados dispositivos no art. 489 do Código de Processo Civil gerou críticas por parte de alguns magistrados brasileiros. Em documento assinado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), enviado à Presidente da República Dilma Rousseff, é postulado o veto dos referidos dispositivos legais, sob o argumento de que “[...] terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juizes e na própria produção

de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos.” (VASCONCELLOS; ROVER, 2015).

Tal requerimento, no entanto, não foi bem visto por alguns juristas. Isso porque, para muitos, a exigência de fundamentação das decisões trazida é um dos avanços do Código de Processo Civil de 2015. Para Alexandre Freitas Câmara, “[...] não se pode conviver com falsas fundamentações (do tipo ‘ausentes os requisitos, indefiro’) que nada dizem e são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.” (CÂMARA, 2015, p. 01 apud VASCONCELLOS; ROVER, 2015, p. 01). Ainda, segundo Fredie Didier Jr., “[...] a decisão que considera todos os elementos — relatório, fundamentação e dispositivo — nada mais é do que a aplicação do método da interpretação sistemática à interpretação da decisão judicial.” (DIDIER, 2015, p. 01 apud VASCONCELLOS; ROVER, 2015, p. 01).

Em suma, segundo Ommati, o Código de Processo Civil deve sepultar as ideias de decisões conforme a compreensão dos magistrados, a desnecessidade de enfrentar todos os argumentos mencionados pelas partes e a “confusão” feita entre motivação e fundamentação, fazendo com que o órgão jurisdicional profira decisões em observância ao Estado Democrático de Direito (OMMATI, 2014). Nesse sentido:

A motivação das decisões judiciais, além de servir para proporcionar o controle do raciocínio adotado pelo legislador, permite à parte desenvolver a sua atuação recursal, num sistema de dialeticidade, levando a atividade intelectual desenvolvida pelo julgador e expressa na fundamentação para análise da instância superior. A ausência da fundamentação, portanto, fere o princípio do contraditório. (XAVIER, 2015, p. 376).

Desse modo, o Código de Processo Civil de 2015 enfatiza a responsabilidade política dos juízes, isto é, a responsabilidade de decidir corretamente, que deve ser própria de um Estado Democrático de Direito, o que “[...] resguarda o cidadão de decisões judiciais arbitrárias, não coerentes e não íntegras e, portanto, não democráticas.” (HOMMERDING; MOTTA, 2016, p. 05).

Destaca-se, por fim, que é nesse contexto - de decisões judiciais frente ao Estado Democrático de Direito - que está inserido o tema a ser desenvolvido no segundo capítulo do presente trabalho, qual seja, o ativismo judicial.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

Neste segundo capítulo do presente trabalho de conclusão de curso, busca-se, busca-se abordar o ativismo judicial propriamente dito. Em um primeiro momento, realizar-se-á uma abordagem histórica e uma contextualização do tema, questão recorrente em um cenário de destacada atuação do Poder Judiciário.

Em um segundo momento, mostra-se oportuno realizar uma breve diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização da política. Embora possuam como característica a intensa atuação do judiciário, não se tratam do mesmo fenômeno, consoante o que será demonstrado.

No terceiro tópico deste capítulo, é feita uma análise acerca das decisões judiciais em que o termo “ativismo judicial” e seus correlatos surgem na ementa ou no corpo da sentença/acórdão. Busca-se, assim, identificar em que situações o tema é invocado.

Por fim, é feita uma análise entre a caracterização do fenômeno e as suas consequências jurídicas para a sociedade. Há que destacar a construção de decisões judiciais baseadas em convicções íntimas dos magistrados, agentes não eleitos democraticamente pelo povo.

2.1 ORIGEM E CONTEXTUALIZAÇÃO

A atuação do Poder Judiciário é atualmente um dos temas de maior destaque no cenário jurídico mundial. Algumas questões que, em outros tempos, eram levantadas tão somente em relação ao Judiciário norte-americano e inglês (mais especificamente dos países que adotaram o sistema *common law*), nos dias atuais são discutidas a fim de concretizar direitos nos mais diversos países, inclusive, aqueles que possuem o sistema *civil law*.

Veja-se que a destacada atuação do Poder Judiciário nos mais diferentes países fez com que a jurisdição passasse a ser vinculada com expressões como “*global expansion of Judicial Power*” (Neal C. Tate e Torbjörn Vallinder), “*juristocracy*” (Ran Hirschl), “*judge-made law*” (Christopher Wolfe), “*governing with judges*” (Alec Stone Sweet) e “*judicial activism*”. Assim, passou a existir um protagonismo judicial até mesmo em países que possuíam a atividade jurisdicional baseada no direito legislado.

Consoante o que menciona Tassinari, as primeiras discussões sobre a postura mais ativista do Judiciário passaram a ocorrer a partir do ano de 1803, nos Estados Unidos da América, momento em que foi proferida uma decisão judicial admitindo o controle de constitucionalidade americano (revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso), sendo que a Constituição da época não conferia expressamente este poder aos magistrados (TASSINARI, 2013).

Do mesmo modo, Barroso argumenta que a ideia de “ativismo judicial” surgiu da jurisprudência norte-americana, sendo que, em um primeiro momento, foi de natureza mais conservadora (BARROSO, 2008). Nesse sentido:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973) (BARROSO, 2008, p. 07).

Há quem sustente a informação de que o termo “ativismo judicial” foi utilizado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, onde, em uma reportagem relacionada à Suprema Corte, ressaltou o dever do julgador de interpretar a Constituição de modo a garantir direitos (CORDEIRO, 2010).

Conforme o que refere Streck, o ativismo judicial, discutido há mais de 200 anos nos Estados Unidos, foi realizado “às avessas” em um primeiro momento (considerando que nem sempre seja algo positivo). O caso que exemplifica isso é a postura da Suprema Corte americana em relação ao *new deal*, que barrava por inconstitucionalidade as medidas de intervenção propostas pelo governo Roosevelt⁸. (STRECK, 2011).

No Brasil, desde a promulgação da Constituição da República, no ano de 1988, o número de demandas judiciais aumentou significativamente, em razão do extenso rol de direitos (principalmente de cunho social) garantidos aos cidadãos, o

⁸ Ver: CHRISTOPHER, Wolfe. **The Rise Of Modern Juicial Review**. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law. Nova York: Rowman & Litlefield, 1994.

que resultou em um cenário de intensa “judicialização”. Nesse contexto, conseqüentemente, o Poder Judiciário - principalmente no Supremo Tribunal Federal - assumiu um papel de destaque, haja vista as diversas questões de interesse público levadas até os julgadores.

Considerando as mudanças ocorridas na atividade jurisdicional no Brasil, ativismo judicial passou a ser expressão recorrente nas discussões acerca das decisões proferidas. O tema passou a ser tratado diante de diversas perspectivas, razão pela qual não há, na doutrina ou na jurisprudência, uma definição exata acerca da caracterização do fenômeno. No entanto, em diversas abordagens sobre o tema, são apontados como características o protagonismo do Poder Judiciário e a postura ativa dos julgadores, conforme será demonstrado a seguir.

Conforme argumenta Tassinari, embora exista dificuldade em definir exatamente o que é o ativismo judicial, há vários entendimentos acerca do tema, de modo que podem ser sistematizados e gerar as seguintes abordagens:

[...] a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade do ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras (TASSINARI, 2013, p. 33).

De maneira mais sucinta, Streck afirma que “[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados).” (STRECK, 2011, p. 589).

Veja-se, pois, que os magistrados, na condição de protagonistas assumida nos últimos tempos, passaram a proferir decisões fundamentadas em valores morais, políticos ou econômicos. Tal fato caracteriza o ativismo judicial propriamente dito. Cabe referir, no entanto, que o ativismo não possui o mesmo significado de judicialização da política - ainda que ambos possuam origem na destacada atuação do Poder Judiciário -, conforme o que será demonstrado posteriormente na presente pesquisa.

Segundo Barroso, o ativismo judicial diz respeito a uma posição de destaque do Judiciário na concretização dos direitos assegurados constitucionalmente:

[...] 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008, p. 06).

Há que se referir, no entanto, que essa postura ativa do Judiciário a fim de assegurar determinados direitos, embora aparente ser necessária em determinadas situações, pode não ser eficaz e tampouco ser democrática na ideia atual de Estado – fato que será aprofundado posteriormente na presente pesquisa.

Para Streck, o ativismo judicial no Brasil tem ares “dramáticos”. Nesse fio, ele recorda que a expressão consta como um *princípio* no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (conforme art. 2º, i), sendo que, embora ainda não tenha sido analisado pelo Congresso, “[...] a simples menção ao *ativismo judicial* como um ‘princípio norteador’ do processo coletivo brasileiro já dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina.” (STRECK, 2011, p. 50).

De acordo com Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial é decorrente de, no mínimo, três questões: o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito (RAMOS, 2010). Esses fatores fazem com que, na obrigação de fornecer uma resposta à sociedade, os juízes procedam ao julgamento de demandas baseados em valores íntimos, políticos ou morais (o que, segundo Streck, define o ativismo).

Nesse contexto, Tassinari afirma que, de fato, ativismo judicial e controle de constitucionalidade são temas conectados, de modo que, ao ser identificado o ativismo, também é colocado à prova o exercício da jurisdição. No entanto, ao contrário da polêmica gerada nos Estados Unidos, destaca-se que no Brasil não há como discutir o papel exercido pelo Judiciário no controle de constitucionalidade, haja vista que esse poder foi conferido aos julgadores pela Constituição de 1988 (TASSINARI, 2013). Desse modo:

[...] o controle de constitucionalidade brasileiro justamente deriva do pacto democrático firmado pela Constituição de 1988. Em face disso, só importa discutir o controle de constitucionalidade se debatido em que termos ele

ocorre. Nesse sentido, pode-se dizer que alcança sua legitimidade se concretiza a Constituição, atribuindo às demandas respostas constitucionalmente adequadas; em contrapartida, um controle que se faz a partir da vontade ou consciência do intérprete não representa uma concretização do texto constitucional, mas, sim, o seu desvirtuamento.” (TASSINARI, 2013, p. 34).

Nas palavras de Streck, no momento em que estamos diante de uma postura ativista, existe uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, o que resulta no fenômeno que Hesse denomina de *rompimento constitucional*: o texto permanece o mesmo, mas a prática é alterada (STRECK, 2011).

Segundo Marcus Paulo Veríssimo, no atual cenário jurídico está presente um chamado “ativismo judicial à brasileira”, isto é, o perfil ativista do Judiciário, que demonstra peculiaridades em relação às outras tradições jurídicas, está caracterizado em um ambiente de duas grandes transformações do Supremo Tribunal Federal: o acréscimo do seu poder político e a grande carga do volume de trabalho (VERÍSSIMO, 2008).

Em relação ao problema do volume de trabalho (resultante do maior acesso ao Judiciário), Veríssimo afirma que:

[...] no Direito Constitucional Brasileiro, há uma ausência de mecanismos formais de unificação vinculante de jurisprudência e de escolha (fundamentada, mas com alguma dose de discricionariedade no julgamento) das hipóteses de exercício formal da competência recursal em sede de controle difuso, o que gera “uma certa sensação de descontrole” (VERÍSSIMO, 2008, p. 422)

Nesse quadro, pode-se afirmar que no Brasil o ativismo judicial passou a ser enfrentado como uma questão *numérica*, isto é, do processo de judicialização decorre um Judiciário denominado ativista, que “[...] não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas” (VERÍSSIMO, 2008, p. 422). Cabe mencionar que a referida “sobrecarga de volume de trabalho” apontada por Veríssimo como causa para o ativismo é a questão que compõe a definição da judicialização da política, fenômeno social que não decorre de uma postura ativa do julgador, conforme será exposto durante o capítulo.

Ao contrário da judicialização da política, o ativismo judicial pode ser considerado uma conduta/postura adotada por juízes e tribunais no exercício das atribuições, revelando-se como um problema “criado pelo Direito” – embora com

consequências em todos os Poderes -, principalmente relacionado à teoria da interpretação (TASSINARI, 2013).

Além do ato de vontade do magistrado, Luiz Flávio Gomes considera que o ativismo judicial configura uma espécie de “intromissão” indevida do Poder Judiciário na função do legislador, isto é, o magistrado cria uma norma não constante na legislação, nos tratados ou na Constituição. Nesse sentido, argumenta que:

[...] é preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, mas sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa. (GOMES, 2009, p. 01).

Em relação à temática, Thamy Pogrebinschi diz que é ativista o magistrado que “[...] a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”. (POGREBINSCHI, 2000, p. 02), Ressalta, todavia, que:

[...] não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. (POGREBINSCHI, 2000, p. 02).

Pode-se dizer que, aproveitando-se da possibilidade de fundamentação principiológica, os magistrados trazem à tona um decisionismo judicial, uma vez que, na atribuição de “peso” a cada princípio, a decisão depende do subjetivismo e da vontade de quem interpreta (SARMENTO, 2007). Assevera Daniel Souza Sarmiento:

[...] a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser” (SARMENTO, 2007, p. 14).

Considerando a controvérsia acerca do tema, ativismo judicial pode ter tanto uma conotação positiva como uma conotação negativa, dependendo de quem avalia as decisões. Por exemplo: para quem adere à linha do literalismo e do originalismo, toda decisão que não se baseia no interpretativismo é ativista, contrapondo a democracia, o Estado de Direito, a segurança jurídica, etc; em contrapartida, aqueles que defendem o não interpretativismo, não enxergam o ativismo da mesma forma, uma vez que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade às instituições que constituem a democracia (CASTRO, 2015).

No que tange à interpretação entendida como ato de vontade do magistrado, há que se fazer menção a Hans Kelsen, que elenca a vontade como elemento característico da aplicação do direito, de modo que “[...] através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica” (KELSEN, 1999, p. 249).

Muito embora a interpretação jurídica sempre tenha sido, de alguma forma, uma medida criativa do direito, a intensificação da criatividade resultou em um fenômeno típico no século atual. Isso porque, nas escolas tradicionais de interpretação, o formalismo tendia a aumentar uma lógica mecânica no processo, de modo que era ignorada – ou ao menos diminuída – a questão da discricionariedade na decisão. Com o passar do tempo, notou-se que o juiz também se tornou moral e politicamente responsável pelas suas decisões (CAPPELLETTI, 1999).

Em sentido contrário ao ativismo judicial, alguns autores utilizam a expressão “autocontenção judicial” (*judicial self restraint*), entendida como uma conduta do Judiciário que restringe a sua interferência nas competências dos demais poderes, de modo a utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis, por exemplo (CASTRO, 2015). Os magistrados adotam, assim, uma visão mais conservadora do constitucionalismo, rotulada como “textualista” e “preservacionista”. Nesse sentido:

[...] Partindo da premissa de que deve haver um respeito absoluto ao texto constitucional e, em particular, à vontade do constituinte histórico, os defensores desta postura sustentam que a Constituição deve ser compreendida apenas com “ingredientes *constitucionais*”, sendo o papel dos juízes limitado à aplicação de seu texto, sem modificá-lo (NOVELINO, 2010, p. 170)

Há que se destacar que a autocontenção judicial não se resume a defender a mera aplicação da lei, de forma mecânica, pelos magistrados, e tampouco a recriminação da interpretação do Direito pelos magistrados. Pode-se dizer que a aplicação “criativa” da legislação deve estar nos limites do aceitável e do razoável, isto é, não pode resultar em um abuso de poder por parte dos julgadores, tampouco em uma invasão de funções e competências de outros poderes (URBANO, 2010).

No que tange à referida interferência do Poder Judiciário na competência dos demais poderes, mostra-se oportuno discorrer acerca do fenômeno da judicialização da política – que, por muitas vezes, é confundido com o ativismo judicial em si -, conforme tópico a seguir.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Em um cenário de modificação na forma do exercício da jurisdição no Brasil, a expressão “ativismo judicial” está, por vezes, vinculada ao termo “judicialização da política”. Embora ambos possuam como características o protagonismo judicial e o acentuado grau de judicialização dos direitos, há que se dizer que não se tratam do mesmo fenômeno, consoante o que será demonstrado a seguir.

Considerando a separação de poderes consagrada por Montesquieu, no século XVIII, as funções estatais devem ser divididas em legislação, execução e jurisdição. O Estado Brasileiro é composto por esses três poderes, exatamente na forma do art. 2º da própria Constituição da República de 1988. Cada um dos poderes é uma estrutura interna destinada à execução de determinadas funções do Estado.

Em relação à independência dos poderes consagrados pela Constituição da República, Silva menciona:

[...] a independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção

e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96, e 99). (SILVA, 2005, p. 110).

Ocorre que, na nova relação entre os Poderes do Estado, em que o Judiciário assume um papel de grande importância para a concretização de direitos, há um deslocamento de tensão dos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais. Mostra-se inevitável, assim, que se faça um questionamento acerca da relação entre o Direito e a Política. Argumenta Barroso:

[...] 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. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2008, p. 03).

Destarte, a judicialização da política pode ser definida como o fenômeno pelo qual o Poder Judiciário “recebe poderes” e atua de modo a resolver questões relevantes que não puderam ser satisfeitas pelas instâncias tradicionais, quais sejam, o Legislativo e o Executivo.

Segundo Tassinari, “[...] a resposta para a pergunta do que seja a judicialização da política passa, de início, pela percepção que se está a tratar da interação de, pelo menos, três elementos: Direito, Política e Judiciário.” (TASSINARI, 2013, p. 28). A própria noção de *constitucionalismo* traz a ligação entre o Direito e a Política: segundo Friedrich Müller, “[...] direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o ‘decisionismo’” (MÜLLER, 2003, p. 16).

A partir do posicionamento de Müller, é possível verificar um ponto crucial para a compreensão da importância de diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização da política. Isso porque, com essa afirmação, não apenas é reforçada a ideia de que existe vínculo entre Direito (constitucional) e Política, mas também é

ressaltado que este vínculo não tem relação com o decisionismo (no caso, com o ativismo judicial propriamente dito).

Mostra-se importante referir como a problemática em questão é tratada por Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, que afirma existir uma “dualidade” na relação Direito-Política, isto é, uma *autonomia relativa*: ao mesmo tempo, o Direito pode “ser” e “não ser” Política. Nesse quadro, afirma que o Direito não é Política no momento em que não se pode se submeter à noção do que é justo – ou não - pela vontade daqueles que detêm o poder (BARROSO, 2011). Aduz, no entanto, que Direito é Política, na medida em que:

[...] (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula (BARROSO, p. 285).

A judicialização da política, embora aparentemente confundida com o próprio ativismo, pode ser considerada como um fenômeno que não depende da atuação do Juiz, sendo derivada da ineficiência do Estado em implementar determinados direitos. Consoante o que refere Streck, “[...] a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...]” (STRECK, 2011). Assim, tal deslocamento acaba por resultar em decisões ativistas dos julgadores por “necessidade”, ou seja, ao magistrado é incumbido reparar eventual inércia dos outros poderes.

O assunto também é tratado por Luiz Werneck Vianna, que afirma que a judicialização está situada em um âmbito de *publicização* da esfera privada⁹. As mudanças ocorridas no Estado e a consolidação de novos direitos criaram uma nova relação entre os Poderes, de modo em que o Judiciário não é mais inerte. Nesse sentido:

⁹ “[...] o que se constata é que a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do *direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da vida privada*”. VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15.

[...] a democratização social [...] e a nova institucionalidade da democracia política, [...] trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. (VIANNA; CARVALHO; MELO; BARGOS, 1999, p. 22).

No que diz respeito à diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização da política, leciona Barroso:

[...] A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2008, fl. 06).

Desse modo, pode-se mencionar que, enquanto a judicialização é um fenômeno que independe da vontade direta do magistrado – pois apenas decide o que chega até ele -, o ativismo é uma postura/escolha que expande o alcance e o sentido da Constituição.

Segundo Barroso, a judicialização da política tem inúmeras causas. Vejamos, uma a uma, as três principais, conforme menciona o atual Ministro do STF:

[...] A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, 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 juízes 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, 2008, p. 03).

Em análise à primeira causa, pode-se afirmar que a Constituição da República de 1988, como marco da *redemocratização*, teve papel fundamental na transformação do Judiciário para um “poder político”. O ambiente democrático forneceu maior informação aos cidadãos acerca dos seus direitos, razão pela qual a população passou a buscar na jurisdição a concretização das questões constitucionalmente asseguradas.

Como segunda grande causa da judicialização, Barroso menciona:

[...] foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: 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 (BARROSO, 2008, p. 03-04).

Nesse quadro, é possível verificar que, questões que em um momento anterior eram afirmadas tão somente pelo Executivo e pelo Legislativo, passaram a ser enfrentadas pelo Judiciário. Isso porque, ao ser disciplinada como norma constitucional, uma questão se transforma em uma eventual pretensão jurídica, a qual será postulada por meio de demanda judicial. Ou seja, embora não se retire dos demais poderes o dever de implementar políticas públicas, os direitos assegurados constitucionalmente são passíveis de pedidos judiciais.

Por fim, como terceira grande causa à judicialização, Barroso argumenta:

[...] é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2008, p. 04).

Verifica-se, pois, que o dito “sistema brasileiro de constitucionalidade” admite que inúmeras questões políticas ou moralmente relevantes cheguem até o Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, inclusive, podem ser tomados como exemplo: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (conforme ADIn nº 3.150); b) o pedido de declaração de constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que proibiu o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (conforme ADC nº 12); e c) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa que eram incompatíveis com a Constituição da República (conforme ADPF nº 130) (BARROSO, 2008).

Ainda que existam diversas posições/teses quanto à judicialização da política no mundo jurídico, é possível que a questão seja discutida sob duas linhas: o *procedimentalismo* e o *substancialismo*. Embora ambas reconheçam a função do Judiciário no pós-guerra, as correntes apresentam consideráveis divergências (STRECK, 2003), conforme será demonstrado abaixo, de maneira sucinta.

A teoria substancialista defende, em suma, uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, principalmente em razão da inefetividade da Constituição e da omissão do Executivo e do Legislativo na realização de políticas públicas, fato que demanda que sejam utilizados instrumentos a fim de concretizar os direitos previstos constitucionalmente (STRECK, 2011). Em síntese:

[...] a corrente substancialista – que, insisto, não pode ser confundida com qualquer filiação à filosofia da consciência ou a ativismos judiciais – entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente o dos tetos constitucionais. (STRECK, 2011, p. 87).

Por outro lado, a linha procedimentalista, sustentada, dentre outros juristas, por Jürgen Habermas, critica a invasão da política e da sociedade pelo direito. De acordo com André Ramos Tavares, “[...] a Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico [...] sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes”. (TAVARES, 2007, p. 338-339).

Há que se destacar, no entanto, que, apesar das divergências entre as teorias, nenhuma pode servir de apoio para que sejam negados direitos fundamentais ou sejam incentivadas arbitrariedades por parte dos magistrados (STRECK, 2011).

Na ausência de uma resposta satisfatória no que tange aos limites da atuação do Judiciário em questões políticas, os tribunais avaliam, caso a caso, se há necessidade – ou não – de intervenção, utilizando artifícios como diferenciar questões *procedimentais* e *substanciais*. Nesse quadro, quando possuem postura de intervenção são acusados de ativismo, e quando assumem postura mais cautelosa são criticados pela autocontenção (SOUZA JÚNIOR, 2004).

Há que ser mencionado o fato de que a tendência da judicialização é crescente, sendo observada há vários anos. Além das questões já referidas anteriormente, o Supremo Tribunal Federal também já se posicionou acerca de políticas governamentais, relações entre os Poderes, papel do Ministério Público, direitos fundamentais, etc. (BARROSO, 2008).

Cabe ressaltar que em todas as decisões supramencionadas o STF foi provocado a se manifestar, o fazendo dentro dos limites. O Tribunal não possuía a opção de não se pronunciar, uma vez que estavam preenchidos todos os requisitos de cabimento. Desse modo, não é razoável afirmar que os Ministros possuíram uma “postura” de protagonismo – o que ocorre no ativismo judicial propriamente dito -, uma vez que a judicialização das questões resultou na obrigação da resposta jurisdicional (BARROSO, 2008).

Desse modo, conforme argumenta Tassinari, a judicialização é:

[...] muito mais do que uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações institucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido. (TASSINARI, 2013, p. 32).

Em suma, pode-se averbar que a judicialização deve ser vista como uma *questão social*. Ao contrário do ativismo judicial propriamente dito, o fenômeno não depende tão somente do ato de vontade do julgador, mas deriva de uma gama de fatores que, originalmente, são alheios à jurisdição, possuindo como ponto de

partida o reconhecimento dos mais diversos direitos, passando pela ineficiência do Estado em implementá-los e resultando no aumento da litigiosidade (TASSINARI, 2013).

Feita a necessária diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização da política no cenário jurídico brasileiro, serão analisadas, no próximo tópico do estudo, algumas decisões em que o Judiciário teve uma postura considerada ativista (ou em que o julgador mencionou um desses fenômenos no *decisum*).

2.3 DECISÕES NAS QUAIS O ATIVISMO JUDICIAL É IDENTIFICADO

Como já referido anteriormente, o crescimento da atuação do Poder Judiciário no Brasil ocorreu a partir da promulgação da Constituição da República, em 1988.

Apenas a título de exemplificação, um dos grandes exemplos da maior atuação do Judiciário é o instituto da Reclamação Constitucional (4.335/AC) sobre a possibilidade de ampliar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo de lei que veda a progressão de regime penal para os indivíduos que cometeram crimes hediondos, proferida no julgamento do HC 82.959/SP.

O controle de constitucionalidade brasileiro tem como regra atribuir o efeito *inter partes* para a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa, sendo que, consoante o que prevê o art. 52, inc. X, da Constituição Republicana, o Senado Federal possui competência para atribuir efeito *erga omnes* nos casos.

No entanto, no caso mencionado, dois ministros votaram no liame de atribuir efeito *erga omnes* à decisão proferida e, ferindo o que prevê o texto constitucional, mencionaram que ao Senado cabe tão somente dar publicidade à decisão. Descortina-se, pois, o ativismo. Nas palavras de Streck:

[...] Os votos proferidos na Reclamação 4.335/AC adentraram, assim, na discussão acerca do papel do direito e dos limites da “função corretiva” da jurisdição (em especial, da jurisdição constitucional). A interpretação da Constituição pode levar a que o STF produza (novos) textos, isto é, interpretações que, levadas ao limite, façam soçobrar os limites semânticos do texto no modo pelo qual ele vinha sendo entendido na (e pela) tradição (no sentido hermenêutico da palavra)? Minha resposta, à luz da hermenêutica, é não. (STRECK, 2011, p. 63).

Além do caso acima mencionado, utilizando-se dos termos de busca “ativismo judicial”, “ativismo” e “ativista”, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial nos sítios

do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) – instância de segundo grau do Estado no qual é realizado o presente trabalho -, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). A partir da busca, serão analisadas, uma a uma, as decisões proferidas:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA E CANCELAMENTO DE REGISTRO EM BANCO DE DADOS. PROJETO SOLUÇÃO DIRETA-CONSUMIDOR. NÃO OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. NÃO CONFIGURADA. ATIVISMO JUDICIAL. ABUSO NO EXERCÍCIO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. EXTINÇÃO DO FEITO POR INDEFERIMENTO DA INICIAL. MANUTENÇÃO. Projeto Solução Direta-Consumidor. Trata-se de uma parceria realizada entre o Poder Judiciário Gaúcho e a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, objetivando a solução alternativa de conflitos de consumo, no intuito de, com isso, evitar o ajuizamento de um processo judicial. Iniciativa elogiável deste Tribunal de Justiça. Ativismo Judicial. Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Trata-se de uma prática extremamente importante para efetivação dos direitos fundamentais, entre eles o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pela simples razão de ser positiva, ou seja, amplia e consolida direitos. Direito à ação. O direito fundamental à ação é a faculdade garantida constitucionalmente de deduzir uma pretensão em juízo e, em virtude dessa pretensão, receber uma resposta satisfatória (sentença de mérito) e justa, respeitando os princípios constitucionais do processo como o contraditório, a ampla defesa, a motivação dos atos decisórios, o juiz natural. Abuso de direito. Todo e qualquer abuso de direito e, em especial, o abuso do direito de demandar, não é, senão, espécie de ilicitude. Caso. Ajuizamento, de forma abusiva, de inúmeras ações individuais para cada uma das inscrições supostamente indevidas. Parte que se negou a buscar solução junto ao Projeto Solução Direta Consumidor ofertado TJ/RS. Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70070014345, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giovanni Conti, Julgado em 25/08/2016) (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Na ementa em questão, oriunda da decisão proferida pela Décima Sétima Câmara Cível do TJRS, embora reconheça o ativismo como uma postura que excede os limites da atuação do Judiciário, o Relator Desembargador Giovanni Conti afirma que se trata de uma prática de extrema relevância à concretização dos direitos fundamentais (na mesma linha, por exemplo, de Barroso), em especial o direito decorrente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que cabe ao Judiciário apresentar uma resposta à demanda ajuizada pelo jurisdicionado.

No *inteiro teor* da decisão, o relator aduz que, buscando a interpretação mais adequada e justa ao caso concreto, o Judiciário intervém ativamente a ponto de

acabar “legislando”, muito em decorrência da própria omissão do Poder Legislativo. Tal fato caracterizaria o ativismo judicial¹⁰.

Veja-se outro julgado com o termo “ativismo judicial” em sua ementa:

AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho", que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004) (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

É possível verificar, no caso, que os julgadores mencionam a conduta ativista como uma peculiaridade conferida ao magistrado em determinados casos – como, por exemplo, envolvendo o Direito de Família – a fim de que a interpretação dos princípios previstos na Constituição seja estendida e se sobreponha à formalidade do processo.

Em outra demanda:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. "LIXÃO DE LIMA". ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES NO LOCAL. RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. DEVER DE INDENIZAR. DESCABIMENTO. É certo que o meio ambiente

¹⁰ No caso em questão, todavia, pode-se dizer que o ativismo não foi decorrente da vontade do magistrado em julgar conforme a sua consciência, mas da própria judicialização da política, haja vista a omissão do Poder Legislativo.

ecologicamente equilibrado é direito garantido pela Constituição Federal, constituindo séria questão a ser considerada. Há, todavia, inúmeros outros direitos constitucionalmente assegurados, não implementados, incumbindo exclusivamente à atividade administrativa resolver a questão objeto da lide, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento e decisões prolatadas em ações civis públicas, comprometendo a independência entre os Poderes. Precedentes do TJRS, STJ e STF. Apelação provida liminarmente. Relatora vencida. (Apelação Cível Nº 70057902389, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 27/02/2014). (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

No caso em questão, é possível verificar que os julgadores incumbiram à atividade administrativa a resolução do objeto da lide, uma vez que, em havendo a interferência do Judiciário, poderia restar comprometida a independência entre os Poderes.

Ainda como exemplo de ativismo judicial, é oportuno apontar, resumidamente, a ementa do julgamento da ADIN nº 3510, em que se discutiu, no Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de pesquisa médica com células tronco embrionárias:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

[...]

(STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01). (BRASIL, 2010).

Há que se ressaltar que, na ampla fundamentação elaborada a fim de decidir o caso supramencionado, os ministros se utilizaram de diversos argumentos que, embora revestidos de “jurídicos”, podem ser considerados morais ou políticos.

Em um contexto de decisão conforme a própria consciência, também se mostra oportuno mencionar parte acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889/AL, em que o Ministro Humberto Gomes de Barros argumenta:

[...] Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. [...] Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele [...] (BRASIL, 2001).

É possível verificar, no julgamento acima transcrito, que o Ministro destaca expressamente que profere a decisão “conforme sua consciência”, fato que, conforme estudado anteriormente, caracteriza o ativismo judicial.

Muito embora o foco da presente pesquisa seja o protagonismo judicial no âmbito do Processo Civil, também merece destaque a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292, julgado em 17/02/2016, que possibilitou a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – mesmo que ainda exista a possibilidade de interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016) (BRASÍLIA, 2016).

Nesse quadro, cabe referir que o art. 283, do Código de Processo Penal¹¹ é claro ao dispor que a prisão não pode ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (salvo nos casos de prisão temporária e prisão preventiva). Além do mais, o art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República, prevê que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988).

¹¹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Verifica-se, portanto, que ao decidir pela possibilidade de prisão sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o Supremo Tribunal Federal simplesmente dá “nova interpretação” ao artigo 283 do CPP (e, inclusive, ao próprio artigo 5º, LVII, da Constituição). O que ocorreu no caso foi o dito *rompimento constitucional* argumentado por Hesse, uma vez que não houve alteração do texto, mas a prática foi modificada (STRECK, 2011).

Em análise às decisões judiciais supramencionadas, percebe-se: a) a expressão “ativismo judicial” e seus correlatos aparecem raramente nas decisões dos tribunais; b) o ativismo judicial é considerado, por vezes, como uma postura necessária à concretização de direitos fundamentais; c) a atuação dos julgadores de modo a dar interpretação extensiva à Constituição é considerada, por vezes, legítima e adequada.

Ressalta-se que os julgados que contêm fundamentação ativista raramente se intitulam de tal maneira. Cabe referir, no entanto, que não são poucas as decisões proferidas por força do fenômeno - ainda que subentendido no texto do acórdão, por exemplo -, visto o crescente número de casos em que a legislação se mostrou ineficiente ou em que o magistrado simplesmente optou por julgar de acordo com suas convicções.

2.4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ATIVISMO

Considerando que o próprio conceito de ativismo judicial é controverso no meio jurídico, não poderia ser diferente em relação às críticas: enquanto parte dos juristas defende a necessidade e a importância da postura ativista do Judiciário para a concretização de direitos, o que, inclusive, fortalece a democracia, outra linha sustenta, em suma, que o ativismo fere as prerrogativas de um Estado Democrático de Direito.

Quanto aos argumentos favoráveis à postura ativista, Urbano elenca, dentre outros, os seguintes:

- [...] 1) A passividade e a letargia dos outros poderes, em especial do legislador, que comprometem o governo. Não se pode invocar uma usurpação de funções por parte do poder judicial, haja em vista que este se limita a corrigir o fracasso do legislador em disciplinar determinadas matérias ou questões.
- 2) A necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais, em particular aos direitos sociais. Com isto, os juízes contribuem para a realização dos

objetivos e valores constitucionais (como seja o da justiça social). O poder judicial encontra-se num ponto de igualdade com os outros poderes quando se trata de concretizar a constituição.

3) A assunção de um papel mais ativo por parte dos juízes constitucionais não tem como finalidade impor os seus próprios desejos e pontos de vista, antes visa dar eficácia à constituição e garantir a sua supremacia.

4) Os juízes, designadamente os juízes constitucionais, apenas procuram fazer aquilo que é certo.

5) A maior flexibilidade - e, por conseguinte, a melhor adequação à realidade - da legislação judicial por comparação com a legislação parlamentar.

6) A falta de legitimidade democrática dos juízes é compensada por outros valores e considerações, como seja a sua autonomia profissional. Esta última - fomentadora da independência judicial - pode ser privilegiada em detrimento da *accountability* dos membros do poder judicial.

7) O fortalecimento do poder judicial deve ser visto como uma tentativa de libertar o governo das vicissitudes do processo democrático, mais especificamente das vontades do governo em funções ou do favoritismo dos grupos de interesse. (URBANO, 2010, apud CASTRO, 2015, p. 2104-2105).

Embora o ativismo judicial seja reconhecido, por vezes, como postura importante para garantir aos cidadãos determinados direitos previstos constitucionalmente, cabe referir que, na ideia de Estado Democrático de Direito, as decisões proferidas com essa postura dos julgadores não devem ser corriqueiras. Nesse sentido:

[...] Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país delocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei (BARROSO, 2008, p. 05).

Consoante o que refere Barroso, existem três grandes objeções ao crescente protagonismo judicial na sociedade brasileira: I) risco para a legitimidade democrática; II) risco de politização da Justiça; e III) observância aos limites da capacidade institucional do Judiciário (BARROSO, 2008).

Veja-se, portanto, que muito se questiona acerca do caráter, em tese, antidemocrático das decisões ativistas, uma vez que, em havendo julgados proferidos de acordo com a consciência de magistrados - que assumem o posto por meio de concurso público -, inexistente a participação popular. Ou seja, ocorre uma atuação do Poder Judiciário além de suas atribuições, tendo em vista que as decisões judiciais deveriam ser proferidas em observância à legislação elaborada

pelos agentes do Poder Legislativo (estes, sim, representantes eleitos democraticamente pela população).

Em relação à legitimidade democrática, faz-se necessário ressaltar que os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são eleitos pelo povo, como acima mencionado. Considerando a crítica de que os juízes e tribunais não teriam legitimidade para interferir nos atos legitimamente realizados pelos poderes eleitos, surge o *contramajoritarismo*, que pode ser definido como a atuação do Judiciário “[...] ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor.” (TASSINARI, 2013, p. 86-87).

Pode-se dizer, todavia, que embora os magistrados não sejam eleitos pelo povo, realizam um poder político, uma vez que lhes é possibilitado, por exemplo, invalidar atos dos outros dois Poderes. Isto é, um órgão como o Supremo Tribunal Federal pode se sobrepor a uma decisão do Presidente da República (eleito com dezenas de milhões de votos) ou do Congresso (que possui 513 membros escolhidos pela população). A legitimidade para tanto estaria em duas justificativas: uma, de natureza normativa; outra, de natureza filosófica (BARROSO, 2008).

A justificativa normativa decorre, basicamente, do fato de que a própria Constituição da República prevê determinados poderes ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal. Uma grande parte dos Estados Democráticos possui uma fração de *poder político* a ser exercida por agentes que não são eleitos pelo povo, que possuem, em tese, atuação de natureza técnica e imparcial (BARROSO, 2008).

Destaca-se que os magistrados não possuem vontade política própria: ao fundamentar uma decisão em observância à Constituição e às leis, os julgadores garantem uma resposta aos jurisdicionados de acordo com a elaboração feita pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. No entanto, conforme o que refere Eros Roberto Grau, deve-se atentar para o fato de que os julgadores não possuem uma atividade meramente mecânica; assim, ao atribuir sentido a determinadas expressões previstas na lei e estender o alcance de alguns conceitos jurídicos, acabam por se tornar co-participantes da própria criação do Direito (GRAU, 2002).

Quanto à justificativa filosófica, Barroso aduz que o Estado Constitucional Democrático é resultante de ideias que se acoplaram, mas que não se confundem: enquanto *constitucionalismo* significa poder limitado e observância aos direitos fundamentais, *democracia* significa soberania popular. Entre eles, podem surgir conflitos (BARROSO, 2008). Desse modo:

[...] Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos (BARROSO, 2008, p. 11-12).

No entanto, nas palavras de Streck, não se pode confundir a necessária intervenção do Judiciário em determinados casos com a abertura de possibilidades de “decisionismos” por parte dos julgadores – o que seria antidemocrático (STRECK, 2006). Desse modo:

[...] defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição. Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto da interpretação de texto’, ou de que o ‘intérprete sempre atribui sentido ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – pode ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma) (STRECK, 2006, p. 117).

Nesse passo, considerando o Supremo Tribunal Federal como intérprete final da Constituição, o papel deste é “[...] velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios¹² – não de política – e de razão pública¹³ – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas” (BARROSO, 2008, p. 12).

Com efeito, a jurisdição constitucional bem exercida pode ser considerada uma garantia de democracia, e não necessariamente um risco. Entretanto, conforme o que refere Daniel Sarmento, embora a Constituição sempre deva estar presente

¹² Nesse sentido, ver: DWORKIN, Ronald. **The forum of principle**. In: A matter of principle, 1985.

¹³ Nesse sentido, ver: RAWLS, John. **O liberalismo político**. Teotonio Vilela, 2000, p. 261.

no sistema jurídico, não deve ser invocada simplesmente para reprimir a atuação do legislador (SARMENTO, 2006). Nesse sentido leciona Barroso:

[...] Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2008, p. 12)

Segundo Streck, a questão do “enfraquecimento da democracia” no Brasil é mais complexa, até em razão dos direitos sociais que o texto constitucional prevê. O problema não estaria na mera concessão de liminares em demandas relativas à saúde e à educação (como, por exemplo, concessão de medicamentos ou vagas em creches), mas na confusão entre judicialização e ativismo, tendo os julgadores optado pelo segundo (STRECK, 2011). Dessa forma, o Estado “[...] deixou de elaborar políticas públicas para atender – por vezes “comodamente” – às determinações judiciais, o que enfraquece a cidadania.” (STRECK, 2011, p. 195).

Nesse contexto, Kelsen afirma que a ciência jurídica está "em perigo" toda vez que não se distingue o que é Direito e o que é moral. Isso por que, segundo o jurista, a moral está em um campo relativo e incerto, uma vez que não existe unanimidade sobre o que é bom ou justo na sociedade. (KELSEN, 1999). Cumpre destacar que o senso de justiça presente no íntimo de cada magistrado não é o suficiente a fim de solucionar as demandas judiciais. É necessário que as decisões ocorram em observância à ciência jurídica.

No que tange à atuação dos Poderes e à democracia, destaca Tassinari:

[...] é possível afirmar que as razões para a ascensão do Judiciário estão fundadas, além de tudo o que já foi referido, em dois principais pilares: na configuração de um ambiente de tensão com os demais Poderes do Estado e, por consequência, em uma crise da democracia [...]. Ocorre que este distanciamento da sociedade dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) inevitavelmente acabou criando um afastamento entre a democracia – compreendida como participação política dos cidadãos na tomada de decisões – e a construção do Direito – que de certo modo passou a estar tributário das definições judiciais não pautadas por critérios jurídicos (TASSINARI, 2013, p. 52).

Denota-se que as referidas “definições judiciais não pautadas por critérios jurídicos”, afastadas, portanto, da democracia, refletem no ativismo judicial praticado pelos julgadores.

De acordo com o que argumenta Néviton Guedes, desembargador do TRF-1, a diferenciação funcional do Direito, destacando este em relação à moral, à economia e à política, é uma das grandes conquistas dos Estados Democráticos Ocidentais, uma vez que possibilitou aos cidadãos saber o que poderiam exigir do Estado (GUEDES, 2012).

Nesse contexto, Niklas Luhmann afirma que o direito tem a importante função de estabilizar as expectativas humanas, o que pode ser alcançado apenas por meio de uma *seleção normativa das expectativas* (LUHMANN, 1993).

Entretanto, quando os órgãos judiciários passam a atender expectativas não selecionadas normativamente pelo Direito – como, por exemplo, questões essencialmente políticas, econômicas ou morais -, se desfazem da diferenciação funcional do direito, que:

[...] permitiu às democracias ocidentais uma de suas mais importantes conquistas: a previsibilidade na ação do Estado e da própria sociedade. A previsibilidade de suas decisões, além de virtude que legitima o afazer judiciário, é um de seus principais escopos. Se bem observarmos, toda a estrutura e a conformação do agir judiciário (vinculação substancial e formal do juiz à lei e à jurisprudência, a eficácia preclusiva da coisa julgada e o dever de fundamentação) voltam-se precipuamente à garantia de previsibilidade de suas decisões. (GUEDES, 2012, p. 01).

Conforme José Francisco Siqueira Neto, o ativismo judicial é alvo de diversas críticas por ser um meio de obrigar os Poderes Legislativo e Executivo, criando “por liminar” algumas políticas públicas sem legitimidade política e institucional, o que, por si só, pode ser considerado um risco à democracia. Um exemplo disso é a decisão que determina algum tratamento médico de grande custo no exterior a apenas um cidadão que recorre ao Judiciário, retirando eventual verba de outros setores (NETO, 2012).

Entre as críticas dirigidas ao ativismo judicial, Maria Benedite Urbano aduz que a função dos juízes é interpretar e aplicar as normas existentes, devendo ser incumbido ao executivo e ao legislativo – democraticamente eleitos - as funções de fiscalização e criação de leis. Desse modo, ocorre uma violação ao princípio da separação dos poderes (URBANO, 2012).

Além do mais, deve ser ressaltado o fato de que a “acumulação” das funções (legislativa, executiva e judicial) pode resultar em arbítrio e imparcialidade nas decisões judiciais (URBANO, 2012). Dentre outros, Urbano cita os referentes pontos em relação à “face negativa” do ativismo judicial:

[...] 5. Os juízes não podem promover e impor as suas agendas política ou expressar as suas opiniões, crenças ou concepções de justiça (necessariamente pessoais e parciais).

6. Quando atuam como legisladores positivos, os juízes constitucionais forçam uma transferência de poder, dos parlamentos eleitos para os juízes não eleitos, que é claramente inconstitucional. Deste modo, trata-se de uma criação de direito não democrática.

7. Os juízes constitucionais não têm que prestar contas aos eleitores num ato eleitoral (como sucede com os representantes eleitos) e as normas por eles criadas não passam por um controle predeterminado.

8. Os juízes constitucionais, com o seu ativismo, geram incerteza no direito; ao criarem normas para o caso concreto tornam imprevisível o direito a aplicar. Pela mesma razão não podem criar normas gerais que abrangem todas as situações que se venham a apresentar perante os tribunais.

9. As normas criadas pelos juízes constitucionais são normalmente retroativas, sendo elaboradas para resolver disputas jurídicas que ocorreram no passado. Deste modo, ao legislarem eles estão a desrespeitar o princípio do Estado de Direito.

10. Nem sempre é fácil aos juízes ter um juízo de valor exato as condições políticas, económicas e sociais de um país. Em consequência disso, também não estão em condições de avaliar o impacto social e económico das suas decisões. (URBANO, 2010, apud. CASTRO, 2015, p. 2101-2102).

É nesse contexto que se destaca o dever da Constituição de proteger valores e direitos fundamentais, sendo o Supremo Tribunal Federal o intérprete final, que possui como papel seguir o “jogo democrático” como um *fórum de princípios* e de razão pública, e não de política ou de ideologias (BARROSO, 2008).

Dessa forma, pode-se dizer que a jurisdição constitucional exercida de maneira correta é uma garantia para a democracia, e não um risco. No entanto, a Constituição e o Judiciário como seu intérprete final não podem suprimir o governo da maioria e o papel do legislativo (CASTRO, 2015).

Cabe ressaltar que o controle das decisões judiciais não se trata de proibir os magistrados de interpretar, mas de uma proteção à própria democracia. Destarte, os juízes devem interpretar as leis e as provas para decidir a demanda; o problema, todavia, surge quando há discricionariedade da interpretação, o que acaba transformando juízes em legisladores, uma vez que, diante de um “livre convencimento”, criam novos caminhos para “fundamentar” determinada decisão judicial (STRECK, 2014).

Nesse passo, Hommerding aduz que o magistrado, ao aplicar a lei, não deve levar em conta suas pré-compreensões e pré-conceitos, a fim de que não seja aplicada ao caso concreto uma decisão com arbitrariedade. Muito embora estes “pré-julgamentos” façam parte da consciência do magistrado, que foi moldada ao longo do tempo, para decidir uma lide o julgador deve se desprender dessas questões, a fim de que seja proferida uma decisão constitucional e democrática (HOMMERDING, 2007).

Desse modo, não é possível admitir que, em um Estado Democrático de Direito, o magistrado decida da maneira que melhor lhe convier (de acordo com suas íntimas convicções), uma vez que, assim sendo, se está abrindo mão de várias conquistas jurídicas e sociais que a população brasileira conquistou ao longo do tempo (LUIZ, 2013). Destarte:

[...] Em plena democracia, não se pode depender da consciência de uma pessoa, a despeito das regras de convivência legitimamente estabelecidas, para a resolução de qualquer problema intersubjetivo. Trata-se, antes de tudo, de uma questão democrática. Se o povo tem o direito de se autogovernar, por meio dos meios institucionalmente estabelecidos, não pode um magistrado não eleito, por um ato de vontade, alterar os destinos fixados no exercício deste autogoverno, principalmente em relação ao pacto social fundante (Constituição), para, com isso, obedecer a sua consciência [...] (LUIZ, 2013, p. 40).

Para que esse quadro mude, mostra-se necessário que os julgadores compreendam para interpretar, agindo “hermeneuticamente” a fim de que a jurisdição no Estado Democrático de Direito seja plena. Com efeito, é reforçada a ideia de que os magistrados precisam se desprender das pré-compreensões existentes em suas convicções pessoais, para que as decisões sejam democráticas e não discricionárias (HOMMERDING, 2007).

Em relação às decisões discricionárias e baseadas em valores íntimos, Sarmiento assevera:

[...] Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico (SARMENTO, 2007, p. 14).

Por fim, com o advento do Estado Democrático de Direito, não há mais espaço para que as decisões sejam de acordo com a consciência dos magistrados, pois é incompatível com os complexos casos presentes no mundo globalizado. Assim, a Constituição, norma máxima do Estado Democrático, necessita de uma boa dose de hermenêutica¹⁴, no sentido de que os juristas devem se desprender de suas pré-compreensões para aplicar o Direito (e a Constituição) da maneira adequada (HOMMERDING, 2007).

Desse modo, as decisões judiciais devem ser construídas a partir da participação das partes e em observância à legislação e aos princípios constitucionais, não sendo cabível que, em um cenário de democracia, ainda existam discricionariedades e arbitrariedades por parte dos magistrados.

¹⁴ Segundo Streck, é por meio da hermenêutica jurídica que se visualiza o que está obscuro e (re) descobrir interpretações e compreensões jurídicas que antes pareciam consolidadas (STRECK, 2014).

CONCLUSÃO

A pesquisa girou em torno do protagonismo judicial surgido nos últimos anos, em especial no que se refere às decisões judiciais proferidas de acordo com a consciência dos magistrados, em confronto com as prerrogativas do Estado Democrático de Direito.

No primeiro capítulo, foram tecidas considerações acerca da atuação do Poder Judiciário diante das transformações ocorridas no Estado de Direito, com destaque para a promulgação da Constituição de 1988 no Brasil. Posteriormente, houve uma análise acerca do papel da democracia no processo civil brasileiro, haja vista a importância da participação do povo na construção do provimento jurisdicional. Ao final do capítulo em questão, foram feitas considerações no que tange às decisões judiciais no Brasil de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe diversas alterações no sentido de reforçar a democracia do Estado.

No segundo e último capítulo, foi demonstrada a origem e a contextualização do ativismo judicial, sendo feita a necessária diferenciação com a judicialização da política. Em seguida, buscou-se exemplificar algumas decisões judiciais em que são identificados o termo “ativismo” e seus correlatos, de modo a compreender as situações nas quais os tribunais brasileiros vêm agindo de maneira ativista. Ao final, no último tópico do segundo capítulo, pretendeu-se apontar as consequências jurídicas do ativismo judicial para a sociedade em um quadro de Estado Democrático.

Diante do contexto apresentado, pode-se dizer que as hipóteses apresentadas no projeto da pesquisa se confirmam, isto é, as decisões proferidas por força do ativismo ferem a democracia do Estado, uma vez que, em um cenário de decisões judiciais conforme a consciência dos magistrados – com suas convicções morais e políticas -, há um enfraquecimento institucional do Estado Democrático, de modo que a ausência de uma produção legislativa eficaz e a

inexistência de participação das partes na construção do provimento jurisdicional podem causar decisões discricionárias (e, por conseguinte, antidemocráticas).

A pesquisa sobre o tema deve prosseguir, tendo em vista que, em um cenário de protagonismo do Poder Judiciário, faz-se necessário um maior questionamento acerca da legitimidade das decisões. Espera-se que o presente trabalho possa auxiliar em futuras investigações, de modo a contribuir para a compreensão do tema em questão. Além do mais, cabe referir que as discussões sobre o tema se intensificaram recentemente, o que proporciona um largo campo para futuras pesquisas, podendo, sem restringir outros, sugerirem-se os seguintes assuntos: precedentes, colisão entre princípios, fundamentação das decisões, métodos de interpretação e teoria da legislação.

Conclui-se do presente estudo que, em um cenário de *redemocratização* do Estado, com o advento da Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário no Brasil passou a ter papel fundamental na concretização de direitos fundamentais dos cidadãos. Em um cenário de destaque dos magistrados, “ativismo judicial” passou a ser tema recorrente nas discussões acerca das decisões.

Pode-se afirmar que o ativismo judicial, por vezes, faz com que o Poder Judiciário atenda as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, o que, em tese, pode aparentar justiça. No entanto, considerando tal prática como um “ato de vontade” e discricionariedade excessiva do magistrado – que acaba utilizando como fundamento questões morais ou até políticas, sem observância aos textos legislativos elaborados pelos representantes do povo -, pode haver um prejuízo à sociedade com decisões que não representam a ideia do Estado Democrático de Direito.

A crítica ao ativismo não busca sustentar que os juízes sejam meros reprodutores de textos legislativos (“letra fria da lei”) ou de jurisprudências firmadas pelos Tribunais Superiores, mas sim, que os magistrados procedam a uma interpretação coerente daquilo que está positivado, sem, entretanto, que ocorra um desvio da esfera jurídica para decidir da maneira que lhes convém moralmente. Sabe-se que é dever dos juízes e das partes argumentar principiologicamente, via procedimento, assegurando a reconstrução da moralidade política e jurídica, portanto, institucional, a partir de padrões como ciência e integridade, o que possibilitará combater o ativismo judicial e a judicialização da política.

Para finalizar: evidentemente que, como referido alhures, o problema do fenômeno em questão envolve os três poderes do Estado. Além da necessidade de o legislador orientar-se por níveis mínimos de racionalidade na elaboração da lei e de o Executivo promover as políticas públicas que assegurem os direitos aos cidadãos, há necessidade de os juízes se tornarem conscientes de que os argumentos das partes pela via do procedimento é que devem orientar a construção do provimento jurisdicional, e não suas íntimas convicções ou construções baseadas em valores morais, políticos e econômicos, o que, conseqüentemente, excede a função dos julgadores e, por conseguinte, ofende o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Problema da 'Divisão do Trabalho' entre Juiz e Partes: Aspectos Terminológicos.** In: Revista de Processo n. 41, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 22 dez. 2008. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr 2016.

_____, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 22 dez. 2008. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 nov 2015.

_____, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 275-290.

_____, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** ed. 30. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social,** 73 ed., 2-tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

_____, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** ed. 16. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 abr 2016

_____. **Decreto-Lei 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm>. Acesso em: 10 abr 2016.

_____. **Lei 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 abr 2016.

_____. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 abr 2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 434.059-3 DF**. Julgado em 07/05/2008. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547287>>. Acesso em: 30 abr 2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 791.292 PE**. Julgado em 23/06/2010. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496>>. Acesso em: 30 abr 2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510**. Julgada em 20/05/2008. Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 30 abr 2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292**. Julgado em 17/02/2016. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____, José Joaquim Gomes. **A Principialização da Jurisprudência através da Constituição**. In: Revista de Processo nº 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo Para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Vitória Izabel S.S. **As Sentenças Aditivas Como Particular (e Controversa) Expressão de Ativismo Judicial**. In: Revista Jurídica Luso Brasileira. 2015, ano 01, nº 02. Disponível em:

http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_2067_2116.pdf. Acesso em: 10.11.16.

CHRISTOPHER, Wolfe. *The Rise Of Modern Juicial Review. From Constitucional Interpretation to Judge-Made Law*. Nova York: Rowman & Littefield, 1994.

CORDEIRO, Flávia Gonçalves. **Ativismo Judicial e Democracia**. In: Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Montes Claros. Dir. Resp. Danilo Pereira Borges. V. 32, n. 1, jan/jun 2010. Montes Claros: 2010.

DÍAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad dem ocrática**, Madrid, Editorial Cuademos para el Diálogo, 1973.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. ed. 17. Salvador: Jus Podvim, 2015.

FARIA, Juliana Cordeiro de. Sentença. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). **Primeiras Lições Sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro** (de acordo com o Novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. **Teoria del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trota, 2007.

FPPC: **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. 20 de março de 2016. Disponível em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em 10/11/2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GUEDES, 2012. **O Juiz Entre o Ativismo Judicial e a Autocontenção**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em: 31/10/16.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. **O Novo Código de Processo Civil e a Responsabilidade Política dos Juizes: A Fundamentação das Decisões Judiciais Como Problema Democrático.** 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais.** 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft.** Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1993, 1995.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do Processo e Discurso Normativo: digressões democráticas. In: DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial.** Salvador: Jus Podivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 2.ed. São Paulo: RT, 2011.

_____, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto de CPC: críticas e propostas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e Repercussão Geral.** 6.ed. São Paulo: RT, 2012.

_____, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73.** ed. 4. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. In: MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Org.). **Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial.** 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teorias da constituição**: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. ed. 12. São Paulo: RT, 2016.

NETO, José Francisco Siqueira, **Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial**: Desafios à Democracia Brasileira, Direito Constitucional Contemporâneo, homenagem ao professor Michel Temer, Quatier latin: São Paulo, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. ed. 4. rev e ampl. São Paulo: Método, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Princípios do contraditório e da ampla defesa. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____, Marcelo Andrade Cattoni de; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Que é Uma Decisão Fundamentada?** Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Reforma do Processo Civil**: Perspectivas Constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: A Hermenêutica e a (In)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. A Fundamentação das Decisões Jurisdicionais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre. et al. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p. 119-125.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentário ao Código de Processo Civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito**: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **O Papel do Processo na Construção da Democracia**. Revista Temas Atuais de Processo Civil v.1 n.1, 2011.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70070014345**. Julgada em 25/08/2016. Relator Des. Giovani Conti. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10.11.16.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70008795775**. Julgada em 23.06.2004. Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10.11.16.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70057902389**. Julgada em 27.02.2014. Relatora Des. Marilene Bonzanini. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10.11.16.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda, Revista de Direito do Estado 2:83, 2006.

_____, Daniel Souza. I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. ed. 25. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de, **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**. Síntese: Porto alegre, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo (Neo)Constitucionalismo**. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. ed. 5. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2002.

_____, Lênio Luiz. **O que é isso** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. ed. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? In: Revista brasileira de direito constitucional. n. 09 – jan./jun. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol I, 54ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TORRES, Artur. Anotações aos artigos 1º a 12. In **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: OAB/RS, 2015.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controle de Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2010.

VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. **Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões**. 04 mar 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em: 26 abr 2016.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La Lucha por El Estado de Derecho**. Bolonia: Real Colegio de España, 1975.

VERÍSSIMO, Marcus Paulo. **A Constiuição de 1988, Vinte Anos Depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira**. Revista Direito GV, São Paulo, p. 407-440, jul/dez 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Jurisdicionalização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15.

XAVIER, José Tadeu Neves. Anotações aos artigos 489 a 495. In **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: OAB/RS, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Um Código de Processo Civil com DNA Democrático**. 02 out 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-02/codigo-processo-civil-possui-dna-democratico>>. Acesso em: 10 abr. 2016.