

Pedro Naves Magalhães

O Ativismo Judicial e os reflexos no processo civil

Dissertação de mestrado

Orientador: Prof. Dr. Walter Piva Rodrigues

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

Pedro Naves Magalhães

O Ativismo Judicial os reflexos no processo civil

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Walter Piva Rodrigues.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

DEDICATÓRIA

*Aos meus pais, Cássio e Eliane,
pois sem eles nada disso seria
possível.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela graça da vida e por tudo que dela recebi; na exata medida do necessário para a construção de minha história, de meu caráter.

Do fundo do meu coração, agradeço à minha família, em especial: Cássio, Eliane, Ana Carolina, Marina, André, Ricardo e Eduardo, bem como a todos os tios, primos e parentes, que torceram, vibraram e se afligiram junto a mim nessa jornada. Tenho certeza que sem tais apoios, hoje não estaria aqui.

Aos meus inúmeros amigos, irmãos que a vida me deu, cujo companheirismo incondicional, nas alegrias e tristezas me fizeram mais forte durante essa trajetória.

Com imensurável reconhecimento, agradeço ao Professor Walter Piva Rodrigues. São poucos aqueles que, sem nos conhecer, acreditam em nós e nos dão oportunidades que mudam nossa vida. O Prof. Piva foi um desses. Para muito além das linhas do Direito, guiou-me nessa fase divisora de águas. Guardarei para sempre os explícitos e implícitos ensinamentos sobre humildade, perseverança, gentileza, fidelidade e sabedoria.

Da mesma forma, agradeço aos demais Professores, Servidores e Colaboradores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Todos, nas suas importantíssimas funções, foram grandiosos nessa marcha.

Por fim, agradeço aos colegas estudo e de trabalho, de Ribeirão Preto e São Paulo, bem como aos colegas da Faculdade. Sinto como se todos tivessem certo punho nessas letras.

EPÍGRAFE

Quiséramos sempre que os senhores não tomassem a lei como a única expressão fiel do direito, porque às vezes ela, a lei, contém o torto, a desigualdade, o privilégio, e, portanto, o antidireito. Às vezes a lei oprime em vez de libertar, e nesse caso ela deve ser corrigida de acordo com os valores legítimos consagrados na Constituição, e com o senso de justiça que desde Aristóteles encerra a ideia de uma igualdade efetiva, substancial, e não apenas a igualdade formal proposta pelo direito moderno.

Antônio Alberto Machado em “O discurso do patrono”

MAGALHÃES, Pedro Naves. **O Ativismo Judicial e os reflexos no processo civil.** 2014. 116 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2014.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento jurídico uma série de direitos e garantias fundamentais. Dentre eles, pode-se citar a divisão de poderes, a qual distribuiu no texto constitucional o papel de cada ente estatal, sobretudo, para o presente estudo, a função relativa ao Judiciário.

Nesse esteio, pode-se afirmar que tanto as normas promulgadas no período pós 1988, como as que foram recebidas pelo novo ordenamento, passaram a ser analisadas sob o espectro do prisma principiológico.

As normas procedimentais e processuais coordenam os trilhos da aplicação do Direito ao caso concreto e a formação do Direito para o caso abstrato. No entanto, há que se mitigar toda aplicabilidade ordinária pelo tempero dos princípios.

Essa pesquisa terá como guia a colisão entre os princípios processuais da efetividade e da instrumentalidade em face do devido processo legal. Tem-se por premissa que o percurso do devido processo deve servir como ferramenta para a busca pela decisão final de mérito e consequente pacificação social. Caso contrário, em nada serviria todo o aparato do judiciário disponibilizado para a população.

Desse modo, o presente estudo propõe uma análise sobre a atuação do Estado-Juiz no que tange ao ativismo processual. Diante do objetivo maior, qual seja a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais e sociais, o fenômeno do ativismo judicial às vezes esquecido, às vezes exacerbado, se mostra como ferramenta necessária no contexto destacado.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Divisão de Poderes. Limitação do Poder Judiciário. Instrumentalidade do Processo. Direitos fundamentais.

MAGALHÃES, Pedro Naves. **The judicial activism and the repercussion at civil procedure.** 2014. 116 p. Master Degree. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo: 2014.

ABSTRACT

The Federal Constitutional of 1988 introduces at the legal system a series of fundamental rights and guarantees. Among them, it's significant the division of powers, which distributed in the Constitution the role of each state entity, above all, for this study, the judiciary function.

Thus, it can be said that both the rules promulgated in the period after 1988 as those received by the new system, have been analyzed through the principles spectrum prism.

The procedural rules coordinate the application of law to the cases and the creation of law for abstract case. However, it is necessary to mitigate any regular applicability with the principles orientation.

This research tries are the collision between the procedural principles of effectiveness and instrumentality in the face of due process of law. As premised the route of due process should serve as a tool to the final decision and consequent social peace. Otherwise, it would be unnecessary the entire legal apparatus available to the public.

Lastly, this study proposes an analysis about the performance of the Judge-State regarding the judicial activism. Looking to a larger goal, the need for enforcement of fundamental and social rights, the judicial activism phenomenon sometimes forgotten, sometimes exacerbated, shown itself as a necessary tool in the context highlighted.

Keywords: Judicial activism. Division of powers. Judicial power bounds. The appliance of procedure. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	- 9 -
1.1. Justificativa temática, objeto e finalidades.....	- 9 -
2. O SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL	- 12 -
2.1. O ativismo judicial como resultado do neoconstitucionalismo	- 12 -
2.1.1. O constitucionalismo e sua formação	- 12 -
2.1.1.1. O constitucionalismo moderno	- 14 -
2.1.1.2. O constitucionalismo contemporâneo	- 18 -
2.1.2. O neoconstitucionalismo e sua formação.....	- 20 -
2.1.2.1. O marco histórico	- 21 -
2.1.2.2. O marco filosófico.....	- 22 -
2.1.2.3. O marco teórico	- 24 -
2.2. O surgimento do ativismo judicial	- 27 -
2.3. O ativismo como resultado das cláusulas gerais	- 27 -
3. CONCEITO E APLICABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL	- 35 -
3.1. Os princípios processuais aplicáveis ao ativismo judicial	- 35 -
3.1.1. A supremacia da Constituição.....	- 37 -
3.1.2. Presunção de constitucionalidade das leis	- 40 -
3.1.3. Interpretação conforme Constituição.....	- 41 -
3.1.4. A Unidade.....	- 43 -
3.1.5. A Razoabilidade e a Proporcionalidade	- 45 -
3.1.6. A Efetividade	- 48 -
3.2. As dimensões do ativismo	- 50 -
3.3. O conceito de ativismo judicial	- 51 -
3.4. Aplicabilidade do ativismo	- 59 -
3.4.1. Hipótese de aplicabilidade: Tutela antecipada de ofício	- 61 -
3.4.1.1. Espécies de tutela antecipada	- 63 -
3.4.1.2. Tutela antecipada de ofício: possibilidade	- 65 -
3.4.1.3. Tutela antecipada de ofício em ações coletivas	- 74 -
4. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL	- 77 -
4.1. A tripartição dos poderes	- 77 -
4.2. O juiz como criador de direitos	- 86 -
4.3. As consequências da hipertrofia e da dependência do Judiciário	- 89 -
4.3.1. A dependência do judiciário e a judicialização da política.....	- 93 -
5. CONCLUSÕES	- 97 -
6. BIBLIOGRAFIA	- 101 -

1. INTRODUÇÃO

1.1. JUSTIFICATIVA TEMÁTICA, OBJETO E FINALIDADES

A análise da função judiciária estatal, dos juízos de primeiro grau às togas do Supremo Tribunal Federal, leva, inevitavelmente, ao tema do ativismo judicial, por vezes comentado e destacado, mas, salvo pontuais exceções, sem a devida profundidade adequada.

O desígnio dessa dissertação se apoia, em primeiro lugar, nas origens desse fenômeno jurídico e social, de modo a evidenciar como se deu seu surgimento e trilhar o caminho percorrido até o momento atual.

Num passado não tão distante, em períodos mais duros, o direito constitucional e a aplicabilidade de suas normas pairavam apenas no campo das ideias, de uma abstração quase que filosófica. Hoje está sedimentada a concepção de direito constitucional positivo, normativo, dotado de plena efetividade.

Fábio Konder Comparato¹ ensina que o reconhecimento dos direitos humanos decorre dos movimentos constitucionais e sociais do século passado. Trata-se da ideologia vitoriosa do direito constitucional humanitário. Negar, portanto, vigência às normas constitucionais, principalmente àquelas que pregam os direitos e garantias fundamentais, seria como negar efetividade aos direitos humanos; um retrocesso sem precedentes.

Como bem pontua Dierle Nunes, houve, nos últimos anos no Brasil, uma mudança do perfil do magistrado na aplicação do direito. O juiz não é mais omissivo, passa a se preocupar com a aplicação efetiva do direito, de modo que foi

1 “O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.” COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 66.

provocado a mudar seu papel no curso do processo. Sendo assim, todas as perspectivas de restringir essa atuação seriam consideradas ultrapassadas.

Os últimos anos testemunharam significativa ascensão do Poder Judiciário, principalmente no que toca aos Tribunais de sobreposição. Esse crescimento serviu bem a democracia e ajuda no avanço do processo político e social, promovendo os direitos fundamentais e resguardando o jogo democrático.

Nas palavras de Paolo Comanducci², o constitucionalismo moderno (denominado neoconstitucionalismo) deixa em segundo plano o objetivo da limitação do poder estatal e passa a dar ênfase à necessidade de garantir a efetividade dos direitos encartados na carta da república, flexibilizando a rígida concepção de separação de poderes.

Bruce Ackerman em seu artigo publicado na *Harvard Law Review* *The new separation of powers*³ esclarece que o princípio da separação de poderes (cláusula pétrea na Constituição brasileira) dispõe de três ideais legitimadores. Primeiro, a separação de poderes deve servir ao projeto de autogoverno popular. Segundo, a necessidade de evitar que as leis democráticas resembram puramente simbólicas (o que inevitavelmente ocorrerá se não houver um judiciário que possa implementá-las imparcialmente). E terceiro, a proteção e aprimoramento dos direitos fundamentais. Sem esses três nortes a democracia se mostra evidentemente inútil.

Cabe esclarecer, conforme destaca Cass R. Sustein⁴, que garantir a plenitude desses direitos não significa um iludido alinhamento com os movimentos sociais. Nesse delinear, emerge a ideia do instituto jurídico do ativismo judicial, de modo a trazer à baila suas características principais, bem como eventuais classificações julgadas relevantes para o enfoque do presente trabalho.

Pois bem, traçado o mapa dissertativo, cumpre apontar certos parâmetros que justificariam a propositura do tema apresentado. O dilema

² COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trotta, 2003

³ Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Ackerman_The_New_Separation_of_Powers_HLR.pdf. Acesso em: 21 de abril de 2012.

⁴ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

apriorístico é o da plausível e salutar tensão entre o protagonismo judicial e a integridade da democracia.

Essa dialética, acima destacada, ora se apoiará na efetiva divisão dos poderes, tal qual imposta pela Constitucional de 1988, delineada nas linhas da carta da Revolução Francesa, e outrora na necessidade de efetivação, sobretudo pelo Judiciário, dos direitos e garantias também elencados nos diplomas citados.

Outro enfoque da presente dissertação consistirá na análise e crítica de eventual associação entre mutação constitucional e o ativismo judicial, sendo essa mutação, por vezes, a afirmação da integridade social, como fora lançada por Ronald Dworkin⁵.

Sendo assim, restará ao presente trabalho, da mesma forma, a análise da judicialização da política e suas consequências.

Importante destacar, igualmente, que, em que pese as origens do ativismo judicial estarem montadas no *neopositivismo*, conforme bem veremos em capítulo próprio, sua expansão se deu em virtude da busca pela eficiência processual. A ideia se sustenta em traçar um paralelo entre a chamada terceira onda renovatória, proposta por GARTH e CAPPELETTI em *Acesso à justiça*⁶.

Em verdade, o que se buscará afirmar é que a eficiência processual, qual seja um dos pilares do processo moderno, não é apenas um de seus instrumentos, mas sim um paradigma do processo civil.

Enfim, o estudo pretende analisar os reflexos do ativismo judicial no processo civil brasileiro, sua necessidade e seus limites, pois é ante essa conjectura que se pode chegar ao ponto de equilíbrio necessário ao sistema. O foco é o de resguardar a possibilidade da atuação jurisdicional ativista e gestora das lides que lhes são postas de maneira eficiente.

⁵ OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Parâmetros Hermenêuticos da Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado em Direito na PUC-Rio. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/17610/17610_1.PDF. Acesso em 11 de março de 2013.

⁶ CAPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

2. O SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1. O ATIVISMO JUDICIAL COMO RESULTADO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Tendo em vista a adoção do conceito de ativismo judicial como sendo resultado do neoconstitucionalismo nos compete apresentar, a priori, a definição do constitucionalismo, para então prosseguirmos ao neoconstitucionalismo, o qual, segundo a premissa adotada, resultou na inauguração da acepção do ativismo judicial ora versada.

2.1.1. O CONSTITUCIONALISMO E SUA FORMAÇÃO

Pois bem, o constitucionalismo foi, em verdade, um movimento social, político e jurídico, o qual teve como objetivo primordial a limitação do poder do Estado, por meio de uma carta de direitos assim definida como Constituição. Vejamos, pois, a definição por Dirley da Cunha Júnior⁷:

“(...) um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas.”

Pode-se afirmar que o constitucionalismo é fruto do fim do Estado absolutista. Nas palavras do tratado de TRINDADE⁸, *o quadro todo logo seria piorado dramaticamente por uma séria crise econômica e política, que lançaria as massas populares numa atividade contestatória sem precedentes e possibilitaria o florescimento dos porta-vozes revolucionários da burguesia — que, então, passaria a falar em nome de todo o terceiro estado.*

⁷ CUNHA Jr., Dirley da. Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática. Salvador: Jus Podvm, 2006. Pág. 21.

⁸ TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>. Acesso em: 10 de março de 2013.

No entanto, afirmam os autores que as premissas do sistema constitucional (constitucionalismo primitivo) surgiram com o advento das primeiras sociedades. Nessas coletividades não havia cartas legais escritas, em sua maioria eram regidas por seus usos e costumes, com o estado fortemente ligado a convicções religiosas.

A doutrina majoritária costuma citar também o povo hebreu como exemplo de precursores do constitucionalismo. Conforme se pode verificar na obra de André Ramos Tavares⁹, *as lições de Karl Loewenstein indicam que os hebreus já possuíam um “Estado” teocrático limitado pela Torah. Os Juízes (como eram chamados os governantes) tinham que seguir as disposições da Torah (Lei de Deus). É nesse sentido que o autor alemão vê, nesse caso, um introito do Constitucionalismo.*

A formação da cidadania e dos direitos dos cidadãos teve seu gérmen nas sociedades gregas. Sócrates, ao colocar o homem como a medida de todas as coisas, valorizou a necessidade de limitação do governo pela lei. Esse conflito fica evidente ao dizer que *é necessário que os homens bons sigam as leis más, para que os homens maus sigam as leis boas*¹⁰. Por outro lado, Platão e Aristóteles¹¹ afirmavam a criação de uma teoria de governo até hoje seguidas por nós, a qual contribuiu para a posterior afirmação do constitucionalismo.

Por fim, vale destacar a definição histórico-descritiva de J. J. Gomes Canotilho sobre o constitucionalismo, na qual quer se enfatizar o movimento histórico do constitucionalismo inserido no contexto filosófico da modernidade, livre de aspectos valorativos ou apropriações ideológicas, *in verbis*¹²:

“(...) fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de

⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 5.

¹⁰ VAQUERO, Humberto Lúcio Menezes de. O direito constitucional à razoável duração do processo e seus reflexos nos direitos humanos e fundamentais. Dissertação de mestrado. Universidade de Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.uol01.unifor.br/oul/conteudosite/F1066349535/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2013;

¹¹ ARISTÓTELES. Política. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. Pág. 45-46.

meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo - desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.”

2.1.1.1. O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

A doutrina cita como o mais forte precedente de constitucionalismo moderno a Magna Carta, de 1215, do Rei João Sem Terra, a qual fixou alguns direitos à população inglesa da época. Mais à frente, no século XVII, importante destacar documentos marcantes do constitucionalismo, quais sejam, o *Bill of Rights*¹³, o *Habeas Corpus Act*¹⁴ e *Petition of Rights*¹⁵. Tais documentos, os quais são utilizados como base de institutos na maioria das sociedades contemporâneas, foram de suma importância para a formação do Estado tal qual se desfruta nos dias atuais. Foram, por assim dizer, as premissas históricas dos direitos fundamentais de todas as cartas constitucionais brasileiras, bem como daqueles elencados no do artigo 5º da Constituição Federal vigente.

Esses documentos advêm do constitucionalismo inglês, o qual nasceu de pactos escritos que moldaram o poder do monarca aprimorando as ideias de liberdade dos cidadãos (tribunal do júri, liberdade religiosa, acesso à justiça e o devido processo legal). Diferentemente do ocorrido na França, a formação do constitucionalismo inglês não foi fruto de revoluções. Ao longo da história acomodaram-se diversas espécies de interesses, criando um governo equilibrado, porém controlado pela carta magna.

¹³ Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights.html

¹⁴ Disponível em: <http://www.constitution.org/eng/habcopa.htm>

¹⁵ Disponível em: <http://www.constitution.org/eng/petright.htm>

Ao falarmos das influências francesas no constitucionalismo, importante citar os ditames do abade liberal Emmanuel de Sieyès¹⁶. O autor foi um dos grandes impulsionadores do movimento constitucionalista. Pouco antes do início da revolução francesa, publicou sua obra “*Qu'est-ce que le Tiers-État*” (Quê é o Terceiro Estado?), na qual proclamou a existência de um poder intrínseco à nação ao povo.

Esse poder, que emana do povo, estaria acima do poder anteriormente constituído (monarquia), trata-se do poder constituinte. Sieyès legitima, portanto, a ascensão do terceiro Estado (o povo) ao poder político, delineando as premissas do constitucionalismo.

Na conjuntura do constitucionalismo moderno é impossível fugir da temática do positivismo. O movimento positivista, proclamado por Auguste Comte, se instala numa sociedade marcada por transformações históricas.

Trata-se da sociedade pós-revolução francesa, em evidente transição do feudalismo para o capitalismo, do absolutismo para o constitucionalismo, nos seus entremeios borbulham acirradas revoluções sociais, como a francesa e a revolução industrial inglesa.

Com efeito, foi essa transformação social que impôs uma mudança no sistema jurídico-político. As ideias de poder natural desfizeram-se na queda do

¹⁶ “O quê é o terceiro estado? Tudo. O quê tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. (...) O quê é preciso para que uma nação subsista e prospere? Trabalhos particulares e funções públicas. (...) Os trabalhos (particulares) que sustentam a sociedade (...) sobre quem recaem? Sobre o Terceiro Estado. As funções públicas (...) seria supérfluo percorrê-las detalhadamente para mostrar que o Terceiro Estado integra os dezenove vigésimos dela, com a diferença de que se ocupa de tudo o que é verdadeiramente penoso, de todos os cuidados que ordem privilegiada recusa. Somente os postos lucrativos e honoríficos são ocupados pelos membros da ordem privilegiada. (...) O Terceiro Estado abrange, pois, tudo o que pertence à nação. E tudo o que não é Terceiro Estado não pode ser olhado como da nação. (...) Não há, no total, duzentos mil privilegiados das duas primeiras ordens. Comparem este número com o de 25 a 26 milhões de almas (...). Mas é difícil convencer as pessoas que só enxergam seus próprios interesses. (...) A nobreza deixou de ser esta monstruosa realidade feudal que podia oprimir impunemente; hoje ela não passa de uma sombra que, em vão, tenta assustar toda a nação. (...) Ele comporá uma Assembleia Nacional. (...) Os representantes do Terceiro Estado terão, incontestavelmente, a procuração dos 25 ou 26 milhões de indivíduos que compõem a nação, excetuando-se cerca de 200 mil nobres ou padres. Isso já basta para que tenham o título de Assembleia Nacional. Vão deliberar, pois, sem nenhuma dificuldade, pela nação inteira (...)”. (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa: qu'est que le tiers état. Tradução de Norma Azevedo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. Pág. 63-69, 89-93, 103-104, 113 e 135.)

feudalismo e do absolutismo. Como afirma José Damião de Lima Trindade¹⁷, *O capitalismo seria a realização concreta dessas leis.*

As ideias de Comte, a partir de sua obra *Système de Politique Positive*¹⁸ (1851) se espalharam de modo a confirmar as bases teórico-filosóficas do constitucionalismo¹⁹. O positivismo idealizado por Comte buscava a construção de uma nova razão de ciência. O objetivo dessa razão era de firmar a produção de novos conhecimentos seguros e certos, sempre a partir de conceitos que pudessem determinar o objeto de investigação e a metodologia utilizada. Essa racionalidade positivista passa a influenciar o constitucionalismo, na medida da fixação ordenada e sistêmica do direito positivo.

Pois bem, outro ponto que se julga importante cuidar é o da influência do constitucionalismo na formação do Estado de Direito Constitucional. Pode se afirmar, como visto anteriormente, que esse modelo de Estado se deu em virtude da crise dos antigos regimes absolutistas.

¹⁷ TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>. Acesso em: 10 de março de 2013;

¹⁸ COMTE, Auguste. *Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie Instituant la Religion de l'Humanité* – Paris, 1851-1854 - 4 volumes.

¹⁹ Comte não apenas fundou um método universal de análise e conhecimento, ele também levanta a possibilidade de uma síntese de todos os ramos do conhecimento em uma filosofia universal: "A verdadeira filosofia tem como objetivo sistematizar, tanto quanto possível durante toda a existência indivíduo humano e, sobretudo coletiva contemplada em ambas as três ordens de fenômenos que caracterizam os pensamentos, sentimentos e ações. "Podemos ver que o ponto positivo é um momento de reflexão para o progresso do conhecimento, e também o surgimento de um estado de síntese entre os níveis relativos da existência humana. No entanto, o pensamento de Comte não é síntese dialética não é ultrapassada ou uma solução de contradições, a "negação da negação". Em vez disso, é ao mesmo tempo em que opera sobre o pensamento positivo relativo é sintético. De fato, os dois significados positivos esfregar sem ser notado uma passagem ou uma articulação: não há mudança de significado. Com efeito, por um lado, o positivo é real e relativo versus absoluto quimérica, e, por outro lado, o positivo é sintético, em oposição ao negativo. Por outro sentido, é o movimento do pensamento de Comte e ambiguidade que provar: o espírito positivo não poderia tanto banir a idéia de absoluto e dar a tarefa final a introdução da filosofia universal e definidos. Então, há uma mudança no pensamento de Comte entre os dois grandes períodos criativos. (<http://www.larousse.fr/encyclopedie/personnage/Comte/114286>)

Transcorrido o período do apogeu do sistema absolutista, a citada influência constitucionalista teve como principais traços a tentativa de minimizar o poder subjetivo do Estado e a criação de uma concepção de sistema político, efetivando suas funções e garantias²⁰. Neste sentido, LOEWENSTEIN²¹ explica que:

“(...) la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así, como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.”

Tradução:

“(...) a história do constitucionalismo não é só a busca por uma política de limitações ao poder daqueles que o detém, mas também um esforço de estabelecer uma justificativa espiritual, moral e ética da autoridade da autoridade, em contraponto à uma submissão cega em prol do governo.”

Assim como se pode inferir do elucidativo artigo de Antônio Solón Rudá²², foi com o advento das revoluções inglesa e francesa, bem como da independência dos EUA – diga-se de passagem, patrocinada pelo Estado francês – que o movimento do constitucionalismo passou a ser realidade na Europa, efetivando, portanto, a formação dos estados democráticos constitucionais modernos.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Nº 15. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 87.

²¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. Pág. 150.

²² RUDÁ, Antônio Solón. Direito Penal Constitucional: da formação dos Estados modernos à política de criminalização como forma de controle social. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17441/direito-penal-constitucional-da-formacao-dos-estados-modernos-a-politica-de-criminalizacao-como-forma-de-controle-social/2#ixzz2Ta5TkMRX> Acesso em: 17 de março de 2013

O conceito primário de estado tendia a concentrar os poderes nas mãos dos governantes, sem qualquer tipo de limitação. Houve, como afirmado anteriormente, uma ruptura. Vale citar como exemplo dessa ruptura a promulgação da Constituição dos EUA (1787). A independência das colônias da América do Norte foi um marco importante para a afirmação do constitucionalismo moderno, culminando na chamada revolução burguesa.

Essa revolução, em especial, contribuiu em diversos aspectos para a formação do constitucionalismo, do neoconstitucionalismo e, sem sombra de dúvidas, ao ativismo judicial. Insta, portanto, elencar alguns pontos de suma relevância: **i.** a afirmação do poder por meio de uma Constituição escrita e a consequente supremacia constitucional; **ii.** O nascimento do sistema de controle difuso de constitucionalidade pelo judiciário (Madison vs. Marbury); **iii.** O sistema de governo presidencialista, salvaguardando a separação dos poderes; **iv.** O sistema federalista de Estado como forma de repartição vertical de poder; **v.** o bicameralismo democrático como forma de regular o poder do parlamentarismo, no qual o povo elege os representantes; **vi.** a democracia representativa; dentre tantos outros.

2.1.1.2. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Pois bem, no decorrer do movimento constitucionalista, começa a se destacar uma de suas vertentes, qual seja o chamado Constitucionalismo Social. Nada mais é do que a previsão constitucional dos direitos sociais. Muito embora, possamos verificar o surgimento desse constitucionalismo social na Constituição do México, de 1917, e na Constituição de Weimar, de 1919, no Brasil, mereceu destaque apenas no advento da Constituição de 1934.

O destaque trazido por José Afonso da Silva²³ acerca da Constituição de Weimar:

“os direitos sociais e econômicos, dentro do regime capitalista, estão reconhecidos e garantidos ao lado dos direitos individuais, como na

²³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. pág. 267.

Constituição mexicana, que é mais avançada do que aquela. Mas, foi a de Weimar que exercera maior influência no constitucionalismo de após a Primeira Guerra Mundial, inclusive na brasileira de 1934”

Modernamente, o termo constitucionalismo é empregado para designar qualquer sistema jurídico que tenha uma carta Constitucional capaz de regular o poder do Estado e estabelece um rol de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Esse período se destaca pelo enfrentamento de questões sociais frente ao capitalismo. As crescentes ideias socialistas proclamadas por Karl Marx e Friedrich Engels, fazem constatar a exploração dos trabalhadores pelo capital.

Sendo assim, urge por parte do Estado a necessidade de intervir na sociedade para proteger os desfavorecidos, numa crescente, porém pouco latente à época, ideia de justiça social. Essa tendência se fortalecerá no decorrer do século XX. Além da Constituição do México (1917) e da Constituição Brasileira de 1934, podemos citar como outro parâmetro histórico a Constituição Alemã de 1919.

Essas cartas constitucionais passam então a prever direitos de segunda dimensão, quais sejam os sociais e econômicos. A busca pela justiça social permite, então, que o Estado intervenha na economia. Começam da mesma forma, a se desenvolver diversos instrumentos de democracia participativa, os quais serão de suma importância para os ordenamentos futuros (plebiscito, referendo, etc.).

O constitucionalismo foi, enfim, um movimento de limitação dos poderes estatais. Inicialmente, previu-se um instrumento de controle pelo povo. Posteriormente, como se observa no exemplo dos EUA, surge a forma de controle pelo instrumento constitucional (controle constitucional), esse movimento desaguará, como veremos mais adiante, na eclosão do ativismo judicial.

As contribuições do constitucionalismo, como bem destacado, são diversas, mas de relevância destacar a afirmação do poder constituinte exercido pelo povo; o direito escrito como base do ordenamento; a rigidez constitucional e

afirmação da legalidade como expressão da vontade popular; o princípio da democracia representativa e o da dignidade da pessoa humana.

2.1.2. O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA FORMAÇÃO

Observemos, então, que o neoconstitucionalismo se evidencia no período pós-segunda Guerra Mundial. Essas mudanças no constitucionalismo tradicional são, por assim dizer, fruto do pós-positivismo. Há uma nova forma de interpretação que objetivou elevar a eficácia da Constituição, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

Trata-se da evidente mudança de paradigmas. Anteriormente falava-se em não intervenção do Estado, ou absentéismo estatal; o advento do neoconstitucionalismo traz à tona a figura do Estado prestacionista, sendo também esse responsável pela aplicação e efetividade dos direitos.

O neoconstitucionalismo visa à superação do positivismo puro, característica marcante do constitucionalismo. Fala-se, à partir de então, de pós-positivismo. Ao passo que se observou que o positivismo puro era um meio adequado de legalização de abomináveis injustiças (vide o AI-5 no Brasil e a Constituição Alemã e Italiana durante o nazismo e o fascismo), faz-se necessário um direito positivado, porém à luz dos princípios.

A Constituição passou a ser colocada no centro do sistema jurídico, de modo que possa irradiar seus princípios e efeitos para todo o sistema. Essa carta passa a ter força normativa e carga valorativa.

Vale destacar a questão da soberania popular muito bem colocada no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Vejamos que o poder é do povo e é exercido por meio dos representantes eleitos ou diretamente (referendo, plebiscito e iniciativa popular de leis), conforme dispõe a CF. Importante observar a questão que surge relativa à

representatividade ou sua ausência, na medida em que os juízes aplicam o direito na inércia dos outros poderes (questão será devidamente abordada mais adiante).

Sendo assim, o neoconstitucionalismo se desenvolve, nas ideias de Luís Roberto Barroso²⁴, a partir de três marcos: o marco histórico (pós-guerra), o marco filosófico (aproximação do direito com a ética) e o marco teórico (força normativa das normas constitucionais).

2.1.2.1. O MARCO HISTÓRICO

O marco histórico desse novo direito constitucional foi o chamado constitucionalismo pós-guerra, evidente na Alemanha e na Itália. No Brasil, tem-se o marco histórico intrinsecamente ligado à promulgação da Constituição de 1988.

Luís Roberto Barroso²⁵ afirma que a Constituição de 1988 foi a que propiciou o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. Exemplos como o *impeachment* de um presidente da República, afastamento de senadores, a eleição de um presidente de oposição e o julgamento de casos emblemáticos pelo Supremo Tribunal Federal corroboram o argumento de que a força do constitucionalismo no Brasil se posta em terras firmes.

Com o fim da segunda grande guerra mundial, a designação dos Estados como sendo democráticos de direito, constitucionais de direito, constitucionais democráticos, passou a ser difundida, tendo esses conceitos como valor inviolável o da dignidade da pessoa humana.

Conforme ensina Gabriel Marques²⁶ esse valor foi inicialmente exposto na nova Constituição Alemã (1949), ficando conhecido como “Lei

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm. Acesso em: 27 de janeiro de 2013.

²⁵ BARROSO. (Neoconstitucionalismo). pág. 3.

²⁶ MARQUES, Gabriel. Curso de Direito Constitucional I. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/97172325/CURSO-DE-CONSTITUCIONAL-I-PROF-GABRIEL-MARQUES-2012-1>. Acesso em: 22 de março de 2013. Pág. 9.

Fundamental do Bonn”, formando uma das fontes mais importantes no que tange aos direitos fundamentais.

No Brasil, o renascimento do direito constitucional se dera no ambiente de reconstitucionalização do país, na conjuntura da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. A Carta Cidadã promoveu a passagem de um regime autoritário e intolerante para um Estado democrático de direito²⁷.

Os instrumentos de controle de constitucionalidade e a ampla previsão dos sistemas de freios e contrapesos dão ao sistema jurídico brasileiro uma possibilidade de efetividade plena do novo constitucionalismo.

2.1.2.2. O MARCO FILOSÓFICO

No que diz respeito ao marco filosófico, a corrente que recebe destaque é, como dito em linhas introdutórias, o pós-positivismo. Luís Roberto Barroso²⁸ cuida citar que os autores pioneiros nesse debate foram John Rawls (*A theory of justice*, 1980), Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*, 1977), Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*, 1993). A formação do pós-positivismo deflui-se do choque entre paradigmas opostos: o jusnaturalismo e o positivismo.

O pós-positivismo jurídico, fruto então desses conceitos filosóficos, aproveita do pós-naturalismo o debate jurídico sobre a realização da justiça em

²⁷ O país era regido pela Constituição de 1937, conhecida como “Constituição Polaca”, pois tinha inspirações na Polônia com caráter fascista, porém lutava contra países nazistas. Uma nova Constituição surge em 1946, momento onde o país passava por uma relativa instabilidade política que dura de 1946 até 1963. O mundo estava no auge da Guerra Fria, onde as grandes forças mundiais temiam que o país inclinasse para o Socialismo. Isso fez com que surgisse a ideia de parlamentarismo em 1961, observa-se um Parlamentarismo adotado que vigorou de 1961 a 1963 quando houve votação para república e o dia 01/04/1964, o golpe militar. Em 05 de outubro de 1988 é promulgada a nova constituição, com garantias individuais. Arco: Art.5º, LVXIII incisos. Nessa Constituição a dignidade da pessoa humana aparece no Art. 1º, inciso III. Fundamentos da Constituição. Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. (MARQUES, Gabriel. Curso de Direito Constitucional I. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/97172325/CURSO-DE-CONSTITUCIONAL-I-PROF-GABRIEL-MARQUES-2012-1>. Acesso em: 22 de março de 2013. Pág. 10).

²⁸ MARQUES,2012. pág. 18.

sua dimensão correta e seus princípios. Por sua vez, aproveita do positivismo a preocupação em viabilizar a aplicação de normas.

O neoconstitucionalismo é a expressão de tal pensamento filosófico no cerne da Constituição. O pós-positivismo buscou, então, ultrapassar a legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto.

Nesse conjunto de novas ideias, pode-se atribuir como resultado o surgimento da força normativa dos princípios; o surgimento de uma hermenêutica constitucional e a reforma da teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Em resumo, esse novo conceito é exemplificada nas palavras de Pietro Sanchís²⁹:

Seguramente, a exigência de renovação é mais profunda, de maneira que o constitucionalismo está impulsionando uma nova teoria do direito, cujas características mais salientes caberia resumir nos seguintes cinco epígrafes, expressivos de outras tantas orientações ou linhas de evolução:

Mais princípios que regras;

Mais ponderação que subsunção;

Onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentaria;

Onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário;

E, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológico em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.

²⁹SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, em "Neoconstitucionalismo(s)", org. Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003.

Conforme enuncia Luís Roberto Barroso³⁰, *o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional se apresenta como sendo um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional.*

2.1.2.3. O MARCO TEÓRICO

Por fim, a análise clássica do plano teórico da formação do neoconstitucionalismo envolve três grandes transformações, as quais alteraram substancialmente o conhecimento acerca do tema. Mais uma vez, Luís Roberto Barroso nos ensina que (i) o reconhecimento de força normativa à Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional são as mudanças que envolveram a nova estrutura constitucional.

A nova interpretação das normas constitucionais como possuidoras de força normativa plena e eficaz representou vigorosas mudanças no sistema constitucional positivo. O novo modelo superou o antigo no qual a norma constitucional era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos.

No passado recente, de regimes antidemocráticos, totalitários e ditatoriais, o direito constitucional e a aplicação de suas normas restavam apenas ao campo das ideias, quase que no campo da filosofia. Tal estamento não tem mais lugar no ordenamento atual. Hoje, resta devidamente implementada a concepção de direito constitucional positivo, normativo, dotado de plena efetividade.

No que tange à expansão da jurisdição constitucional pode-se dizer que a necessidade de efetivar os constitucionalizados direitos fundamentais, imunizados em relação ao processo político majoritário, reclamou proteção ao Judiciário. Surgem, então, em diversos ordenamentos pelo mundo, meios de controle de constitucionalidade, associados à criação de tribunais constitucionais.

Esse processo de difusão da constitucionalidade por meio da jurisdição constitucional se espalhou de forma geral. Poucos Estados, tais quais o

³⁰ FERREIRA, Eduardo O. O novo constitucionalismo. Visão Jurídica. Ed. Escala. São Paulo-SP, 2010, nº 48. pág. 96-98.

Reino Unido, Holanda e Luxemburgo, mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de controle constitucional.

No Brasil, o controle de constitucionalidade difuso ou incidental vige no sistema desde a Constituição de 1891. Por sua vez, o controle direto ou abstrato, foi introduzido na Constituição de 1965, por meio de uma emenda constitucional.

Foi, todavia, na Carta de 88 que essa jurisdição constitucional expandiu-se verdadeiramente. Ampliou-se, de forma significativa o direito de propositura, bem como a criação de novos mecanismos como: a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e a intervenção federal.

A corte constitucional tanto por meio das ações de controle direto, como pelo julgamento de recursos extraordinários, estabelece nessa linha temporal, uma nova interpretação constitucional. Trata-se de uma forma de interpretação jurídica.

A necessidade de se conceder respostas constitucionalmente adequadas fez com que os intérpretes da norma máxima se tornassem participantes, através da interpretação, do processo de criação do direito, firmando ou suprimindo o trabalho do legislador.

Apesar dessa classificação (marco teórico, histórico e filosófico) amplamente aceita, alguns doutrinadores, como é o caso de Dimitri Dimoulis, em sua “Crítica ao neoconstitucionalismo”³¹, coloca que *nenhum desses elementos permitiria definir de maneira satisfatória o neoconstitucionalismo*.

³¹ Entre os estudos brasileiros sobre o neoconstitucionalismo apresenta particular relevância o trabalho “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito” do Professor Luís Roberto Barroso, inicialmente publicado em 2005. Isso se dá em razão de sua ampla divulgação editorial e do fato de ter se tornado referência básica para o debate nacional, sendo citado em praticamente todos os posteriores trabalhos sobre o tema. Partiremos da reconstrução dos elementos de definição indicados nesse texto. Segundo Barroso, o neoconstitucionalismo apresenta três características básicas:

– Reconhecimento da força normativa da Constituição. Até a Segunda Guerra Mundial, a Constituição era entendida, na Europa, como “documento essencialmente político”, sem força jurídica e sem atribuição de um papel ativo ao Judiciário como guardião da Constituição. Nas últimas décadas, ao contrário, foi plenamente reconhecida a força normativa da Constituição, ocorrendo a constitucionalização ou o “triumfo tardio” do direito constitucional.

– Expansão da jurisdição constitucional. A partir da Segunda Guerra Mundial foram criadas Cortes Constitucionais em vários países europeus, propiciando uma tutela mais adequada dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo fez com que as constituições deixassem de ser vislumbradas como meras cartas políticas, não podendo se constituir de simples recomendações, sendo imperiosa sua análise como um conjunto de normas fundamentais de ampla eficácia jurídica, fundamental para os cidadãos.

Essa nova forma de interpretação e sistemática constitucional requer a consideração da Constituição não somente em seu sentido formal, mas também no sentido substancial ou material, esses são os paradigmas do neoconstitucionalismo.

As consequências do neoconstitucionalismo para a sociedade se evidenciam como de suma importância no contexto social. Pode-se destacar o a elevação da relevância dos princípios constitucionais – como ocorrera na decisão acerca das uniões homoafetivas, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda, o significativo aumento da jurisdição constitucional, em que a corte constitucional passa a ter papel essencial na implementação e decisão acerca de direitos fundamentais, dando a estes uma eficácia nunca antes vista no ordenamento.

Por fim, vale destacar a legitimação do ativismo judicial como característica fundamental para esse trabalho. Vale destacar que foi com o advento do neoconstitucionalismo que o Poder Judiciário passa a ser chamado para efetivar os direitos fundamentais e para delinear de fato o regime democrático. De todo modo, esse assunto será bem analisado no item a seguir.

– Nova interpretação constitucional. A interpretação constitucional que corresponde ao neoconstitucionalismo utiliza elementos normativos caracterizados pela abstração, tais como os princípios e as cláusulas gerais e emprega as técnicas da ponderação entre direitos e interesses. Em casos de colisão entre princípios abstratos, “a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto”. Rejeita-se, dessa forma, a tese, positivista e/ou legalista, segundo a qual o sistema jurídico é composto de regras (concretas), cabendo ao aplicador tão somente subsumir os casos concretos sob essas regras.

Em nossa opinião, nenhum desses elementos permite definir de maneira satisfatória o neoconstitucionalismo. Isso é devido às seguintes razões. (Revista 2011.1 – 22 – Professor Adhemar Raymundo da Silva. Crítica ao neoconstitucionalismo. Pág. 179-203)

2.2. O SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

Pois bem, a presente dissertação usou por premissa o ativismo como resultado do neoconstitucionalismo. Trata-se de decorrência do sistema de controle criado pelo ordenamento. Vale destacar o trecho de Sérgio Fernando Moro:

“Neste momento, os tribunais e juízes dão um passo além da histórica e tradicional independência em relação aos demais poderes, para assumirem-se como uma verdadeira “liderança judicial” da sociedade, com a disposição de fixar uma agenda e fazer valer efetivamente os direitos fundamentais”³².

O constitucionalismo, bem como seu sucessor, o neoconstitucionalismo, cuidaram de ampliar as possibilidades de controle constitucional da interpretação e aplicação do direito, em suas mais variadas vertentes, com substrato na norma constitucional.

Como fruto desse sistema de conformação e adequação das normas e sua aplicabilidade que surge uma nova faceta da atividade jurisdicional, denominada ativismo judicial.

Com segurança pode-se dizer que o ativismo judicial se relaciona com temas tais quais o da judicialização da política e a implementação de políticas públicas pelo judiciário, mas com eles não se confunde. O ativismo como instituto precisa ser definido e conceituado de maneira própria, tal qual será feito no capítulo seguinte.

2.3. O ATIVISMO COMO RESULTADO DAS CLÁUSULAS GERAIS

A sistemática jurídica implementada pelos códigos modernos afastou os sistemas rígidos e fechados, os quais deram lugar aos sistemas abertos e

³² MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pág. 103.

flexíveis³³. A mobilidade do ordenamento passou a acompanhar as transformações culturais, sociais, econômicas e jurídicas.

Tratou-se de uma mudança da antiga técnica legislativa casuística, na qual o legislador, a partir dos casos concretos, criava as normas e listava os possíveis casos a serem solucionados. No entanto, com a evolução das sociedades notou-se que o texto normativo casuístico não exauria todas as temáticas necessárias.

Sendo assim, implementou-se a nova a técnica legislativa, muito embora a anterior ter sido mantida. Essa nova técnica tem por característica marcante a utilização de “cláusulas gerais”. São cláusulas que se constituem de um texto normativo aberto, sem definição rígida na hipótese que e no consequente normativo.

Desde então, coube ao operador do direito aduzir em quais hipóteses a cláusula irá incidir, bem como quais as consequências resultantes, trazendo maior mobilidade e, em primeira análise, certa insegurança.

Pode-se citar como exemplos de cláusulas gerais, no Código de Processo Civil, o artigo 14, II (cláusula da boa-fé processual); o artigo 461, §5º (cláusula de efetivação das decisões); e o artigo 1109 (cláusula de adequação do procedimento de jurisdição voluntária).

As cláusulas gerais são textos normativos, dos quais se é possível extrair as normas necessárias para o caso concreto. Nessa operação, o operador interpreta o texto, para dele extrair as normas, que podem ser regras ou princípios.

O exercício e a aplicação da interpretação dessas cláusulas garante a sobrevivência das letras dos ordenamentos diante do decurso do tempo.

Essa maior mobilidade do sistema abranda a rigidez da norma casuística. Desse modo, o sistema fica vivo e atualizado³⁴, de modo a prolongar a viabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-se às necessidades sociais, evitando o engessamento da norma.

³³ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011. apud WIACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte, Textstufen klassischer Juristen, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht*, 1996. § 25, III, 3, pp. 476/477.

³⁴ SANTOS, Orlando Gomes. A caminho dos microssistemas. in *Novos temas de direito civil*. RJ: Forense, 1983, p. 42

Por outro lado, a flexibilização total não se posta como solução para todos os males. Há necessidade de um equilíbrio sistêmico³⁵. Um sistema fundado em cláusulas rígidas e casuísticas e com cláusulas gerais que permitam sua amplitude devida evidencia um caminho para o deslinde desse embate.

O sistema atual é caracterizado pela técnica legislativa mista. Há tanto normas casuísticas como cláusulas gerais e conceitos indeterminados, os quais não se confundem.

Os conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de vago conteúdo, tais quais: “boa-fé”, “má-fé”, “urgente”, “imprevisto”, “justa causa”, “excessiva onerosidade”, dentre outras.

A presença dessas palavras na lei confere ao aplicador da norma certa margem discricionária para verificar, no caso concreto, se aplica ou não o comando legal incidente.

Nas normas que contém conceitos indeterminados, ao revés do que ocorre nas cláusulas gerais, a norma traz a solução ao caso concreto, com a hipótese e a consequência jurídica. Trata-se apenas da utilização de um termo vago no corpo do texto legal.

Como bem exposto anteriormente, as cláusulas gerais são normas jurídicas orientadoras, cujo conteúdo elenca diretrizes indeterminadas, cabendo ao juiz criar a solução adequada ao caso concreto. Vejamos, a título de exemplo, a cláusula geral de boa-fé e de função social. Sobre as cláusulas gerais, vale citar José Carlos Barbosa Moreira³⁶:

Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.

³⁵ Para Ronald Dworkin, a atitude do direito é construtiva, sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o espírito acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. (DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 492).

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: Temas de Direito Processual. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. Pág. 62.

Com intensa produção sobre o tema, Judith Martins Costa³⁷ classifica as cláusulas gerais basicamente em três tipos:

a) disposições do tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; c) e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos.

Pois bem, traçadas as premissas explicativas acerca das cláusulas gerais, é de rigor o seu aprofundamento, com destaque para a intersecção com o tema do ativismo.

Essa correlação indica que a nova técnica legislativa que se implementa hodiernamente, impulsiona o movimento ativista. As cláusulas gerais apresentam características de generalidade e abstração, sendo assim, permitem ao intérprete maior flexibilidade da construção da decisão, muitas vezes lastreada nos princípios norteadores do tema.

Além disso, essa maior amplitude de movimento dada ao magistrado, lhe confere mais possibilidades de interferir na economia, na sociedade, nas relações negociais, na sociedade etc. Ao passo que a lei não prevê as hipóteses normativas e suas consequências jurídicas, mas apenas elenca os parâmetros regradores do sistema, fica aberta a edificação da

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção"- As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. São Paulo: RT, 1998. Nº 753.

subsunção, ampliando a margem de interpretação. Vejamos a opinião de Luís Roberto Barroso³⁸ nesse sentido:

“a integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana –, deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtiva, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa”.

Ao contrário do que ocorre com o texto normativo tradicional, as cláusulas gerais permitem ao julgador, no afã de solucionar o caso, identificar fatos ou comportamentos para confrontá-los com parâmetros escolhidos. Nesse esteio, o Direito passa a permitir uma ampla valoração. Nesse sentido, os ensinamentos de Alberto Gosson Jorge Junior³⁹:

Transitando entre a generalidade, a vagueza e os valores, inseridas numa roupagem de proposição prescritiva escrita, as cláusulas gerais afirmam o objetivo de dotar o sistema de normas com características de mobilidade, que propiciem abertura ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica. Seria, ademais, o alto teor valorativo nas cláusulas gerais o elemento

³⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 287

³⁹ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas gerais no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004. pág. 10

caracteristicamente diferenciador destas normas perante o ordenamento jurídico, o nódulo essencial que faria com que as cláusulas gerais fossem aquilo que são.

Vide, por exemplo, a enorme amplitude que se conferiu ao campo contratual com o advento das cláusulas gerais de boa-fé e função social do contrato, no Código Civil de 2002.

Com vistas ao mandamento constitucional, esses institutos permitem ao julgador conformar e reconfigurar as relações contratuais⁴⁰. O conteúdo da cláusula geral é aberto e dinâmico, permitindo a cada magistrado o seu preenchimento, tal qual afirma Judith Martins-Costa⁴¹:

“Do ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.”

O ativismo tem por fundamento a mesma premissa utilizada na aplicação das cláusulas gerais. No ativismo busca-se galgar a efetividade não inserida no texto legal e o fundamento principiológico e sistêmico na ausência de norma reguladora, afasta-se a norma que conduz ao injusto no caso concreto.

Assim, é factível observar que a flexibilidade conferida pelas cláusulas gerais orienta no mesmo sentido do ativismo. O primor pela segurança jurídica deve focar, em primeiro lugar, na segurança quanto ao julgador e sua

⁴⁰ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, pág. 23

deontologia⁴². Tendo em vista que o texto normativo jamais atingirá toda a amplitude de demandas, não alcança aos que não tem representação legislativa e aos que não tem acesso às vias judiciais, há necessidade de se conferir validade ao ativismo, orientado, sobremaneira, pelas cláusulas gerais.

Estatizar o texto normativo seria impor ao malfadado legislativo que reduzisse a letra de lei todas as situações do cotidiano, num emaranhado de milhares/milhões de normas que perdem sua aplicabilidade e eficácia, tendo por consequência a tão combatida insegurança jurídica.

Esse é o pensamento encartado na obra de Alberto Gosson Jorge Júnior⁴³, ao citar Judith Martins-Costa:

“As cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo”

Por fim, vale pequena inserção acerca da Teoria do Mínimo Ético⁴⁴. Essa teoria, apresentada pelo filósofo inglês Jeremias Bentham, e, posteriormente, desenvolvida pelo jurista alemão Georg Jellinek, afirma que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver.

⁴² A deontologia jurídica há de compreender e sistematizar, inspirada em uma ética profissional, o status dos distintos profissionais e seus deveres específicos que dimanam das disposições legais e das regulações deontológicas, aplicadas à luz dos critérios e valores previamente decantados pela ética profissional. Por isso, há que distinguir os princípios deontológicos de caráter universal (probidade, desinteresse, decoro) e os que resultam vinculados a cada profissão jurídica em particular: a independência e imparcialidade do juiz, a liberdade no exercício profissional da advocacia, a promoção da justiça e a legalidade cujo desenvolvimento corresponde ao Ministério Público, etc. (NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2006. 256/257).

⁴³ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. pág. 40.

⁴⁴ REALLE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

A teoria também se apresenta na forma gráfica, reproduzida pela imagem de dois círculos concêntricos. O maior, representando a Moral e o menor, inserido no primeiro, que seria o Direito.

Trata-se da ideia de que é possível a realização do máximo de utilidade com o mínimo de restrições pessoais, numa perspectiva que reduz o direito a uma simples moral do útil coletivo.

Nesse sentido, podemos concluir que o excesso legislativo, notadamente na edição de textos normativos determinados e expressos à situações certas, de grupos certos, representa um diminuto em relação à elevação da moral social. As cláusulas gerais, aplicadas pelo instrumento ativista, representam, noutra via, uma elevação da moral e da confiança social, as quais devem ser sobressaltadas.

3. CONCEITO E APLICABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL

3.1. OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS APLICÁVEIS AO ATIVISMO JUDICIAL

O sistema processual moderno, desde suas origens, como alinhavado anteriormente, impulsiona o movimento do ativismo. Seja de maneira implícita ou explícita, os pilares desse movimento podem ser destacados nos princípios processuais como forma de justificativa para essa nova atuação jurisdicional, bem como para seu eventual controle.

Em primeira mão, portanto, passar-se-á a analisar a temática principiológica dessa abordagem. Os princípios, ao contrário das normas em concreto, não enquadram determinados bens ou fatos, mas sim valores ou objetivos públicos, morais e éticos, os quais balizam todo o ordenamento. São, sob outra óptica, vigas basilares do sistema; normas-valores de aplicabilidade e eficácia plena e imediata, os quais devem sempre serem observados.

Em que pese sua aplicabilidade e eficácia imediata, os princípios trazem em seu bojo indicações amplas e de cunho aberto, deixando para os interpretes a devida valoração e subsunção ao caso concreto. A definição do conteúdo de cláusulas como ‘dignidade da pessoa humana’, ‘razoabilidade’, ‘solidariedade’ e ‘eficiência’ transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade.

Expoente em matéria principiológica, Robert Alexy em “Teoria dos Direitos Fundamentais⁴⁵”, traduzida por Virgílio Afonso da Silva leciona sobre a força normativa dos princípios. Para Alexy, principio também é norma; pois quando há conteúdo no principio, e também deve ser observado, há força normativa para obrigar e garantir. O autor considera ainda que deverá haver ponderação de princípios, no caso de conflito entre estes.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

Sustentando a força normativa dos princípios, Bobbio⁴⁶ os insere no conceito amplo de normas:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?

Para ressaltar a importância do reconhecimento da normatividade dos princípios, é que se transcreve a seguir importante conclusão de Bonavides⁴⁷:

Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica se resumem no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. UnB, Brasília, 1996, pág. 159.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 255.

da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.

Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

As cartas constitucionais modernas são instrumentos de dialética, as quais consagram bens jurídicos diversos e que muitas vezes se contrapõe. Dessa forma, diante do conflito abstrato entre normas de mesma hierarquia, somente a atuação do intérprete poderá determinar o Direito aplicável ao caso concreto.

Tais colisões de normas requisitam medidas de ponderação e razoabilidade. A clássica subsunção não servirá à solução da lide. Sendo assim, o interprete, com base em razões principiológicas deverá destacar o direito que deve prevalecer concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.

Partindo do pressuposto de que não mais restam dúvidas acerca da eficácia normativa dos princípios, cuida analisar quais os princípios relativos à temática em destaque, devendo ser observados na atuação ativista.

3.1.1. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Desde a ascensão do movimento constitucionalista, à sua nova modulação, denominada neoconstitucionalismo, cada vez mais se atribuiu força ao documento jurídico que inaugura a fundação do estado democrático, qual seja a Constituição.

Se no passado as cartas constitucionais não passavam de normas meramente programáticas, de cunho verdadeiramente filosófico e doutrinário, com

pouquíssima aplicabilidade prática, atualmente não há vigor jurídico mais amplo que o da carta constitucional.

A supremacia da Constituição pode ser vista sob dois aspectos: o interno e o externo. O primeiro exige que suas normas não conflitam entre si; preponderam as normas originárias sobre as derivadas. O segundo exige respeito hierárquico das normas infraconstitucionais para com as normas constitucionais.

Adotando-se a classificação de Alexandre de Moraes⁴⁸, a qual destaca que a Constituição Federal de 1988 é considerada “super-rígida”, podemos observar a força cogente máxima dessa carta. Para alterá-la, há um processo legislativo diferenciado, e em, alguns casos, não pode haver alteração. Sendo assim, se existe subordinação no âmbito da própria carta, haverá, com ainda mais força, diante das outras normas.

Vale destacar que essa relação de subordinação não se apresenta nas Constituições flexíveis (como ocorre, por exemplo, no Reino Unido). Importante pontuar, da mesma forma, que somente as constituições rígidas admitem o chamado controle de constitucionalidade, o qual pode representar importante reflexo no âmbito do ativismo judicial.

Esse princípio ensina, então, que nenhum ato jurídico pode subsistir validamente em contraste com a Constituição. Assim declarou o juiz da Suprema Corte norte americana, John Marshall⁴⁹, *toda lei contrastante com a Constituição é nula*.

Com efeito, as normas anteriores ao texto constitucional, sejam material ou formalmente, podem ser recepcionadas ou revogadas por não recepção. No caso das normas posteriores ao texto constitucional, podem ser declaradas inconstitucionais (observadas as regras de controle de constitucionalidade, que no Brasil ocorre por meio difuso e concentrado).

⁴⁸ “(...) uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF. art. 60, §4º-cláusulas pétreas)”. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. Pág. 5

⁴⁹ *Gibbons v. Ogden (1824): The nullity of an act, inconsistent with the Constitution, is produced by the declaration, that the Constitution is the supreme law. The appropriate application of that part of the clause which confers the same supremacy on laws and treaties, is to such acts of the State legislatures as do not transcend their powers, but though enacted in the execution of acknowledged State powers, interfere with, or are contrary to the laws of Congress, made in pursuance of the Constitution, or some treaty made under the authority of the United States. In every such case, the act of Congress, or the treaty, is supreme; and the law of the State, though enacted in the exercise of powers not controverted, must yield to it.*

Nas palavras de Nelson Nery Júnior⁵⁰, esse princípio vincula, ainda, a interpretação de todo o ordenamento jurídico com base na Constituição:

“O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema”.

Essa baliza principiológica foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 107869/SP, no voto do Ministro Celso de Mello:

“O princípio da supremacia da ordem constitucional – consectário da rigidez normativa que ostentam os preceitos de nossa Constituição – impõe ao Poder Judiciário, qualquer que seja a sede processual, que se recuse a aplicar leis ou atos estatais reputados em conflito com a Carta Federal.”

O referido princípio da supremacia da Constituição ensina, ainda, que legislador ordinário não pode desnaturar, burlar ou prejudicar o sentido e o alcance da norma constitucional. O constituinte resguardou para a seara infraconstitucional a complementação de algumas normas constitucionais, seja por expressa referência, seja pela utilização de termos, expressões e conceitos inexatos ou abertos. Essa complementação, contudo, estará sempre limitada pela supremacia constitucional.

De rigor, por fim, salientar o reflexo desse princípio na inatividade legislativa ou executiva. Conforme visto, diante da inatividade dos outros poderes, o judiciário estaria legitimado a implementar o chamado ativismo. Sendo assim, no momento em que a norma constitucional determina que seja elaborada norma infraconstitucional, complementadora, regulamentadora, etc., a inercia dos poderes responsáveis desrespeita a Constituição e sua supremacia.

⁵⁰ NERY Jr. Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 41.

Nesse condão, o juiz, na qualidade de intérprete da Constituição, no exercício da função jurisdicional, não deve ficar adstrito à inercia do legislador ou administrador, cabendo-lhe o poder-dever de aplicar os princípios constitucionais diretamente, por meio de uma hermenêutica construtiva, de um ativismo judicial construtivo.

3.1.2. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, nos posiciona ao encontro de um judiciário deferente diante de interpretação de leis. A ideia passa pela presunção de validade e eficácia de todo o ato normativo, desde que tenham sido observadas rigorosamente as formalidades para seu advento.

Dessa forma, no caso de haver diferentes possibilidades de interpretações de um dispositivo legal, deverá prevalecer aquele que guardar mais harmonia com o texto constitucional. A adoção dessa linha interpretativa, em detrimento de outras possíveis, conduz cabalmente à legitimidade do texto constitucional, de sua afirmação e sua sedimentação prática no âmbito jurídico-social.

Esse princípio declara que todo ato normativo que esteja em vigor e não tenha sido declarado inconstitucional por meio do controle concentrado, é constitucional. Somente poderá ser retirada a eficácia dos atos mediante a declaração judicial no controle concentrado de constitucionalidade, ou se no controle difuso em última instância, por força de Resolução do Senado Federal (artigo 52, X, CF).

Veamos a aplicação deste princípio pelo Supremo Tribunal Federal⁵¹:

“INQUÉRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARLAMENTAR FEDERAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO

⁵¹ STF, Inq 1864/PI, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, v.u., j. 02/04/2007, DJ 03/08/2007.

FEDERAL COMPETENTE, PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO EM RELAÇÃO AOS CO-RÉUS.

1. O art. 9º da Lei nº 10.684/03 goza de presunção de constitucionalidade, não obstante esteja em tramitação nesta Corte ação direta de inconstitucionalidade, sem pedido de liminar.
2. Comprovado nos autos, através de ofício da Procuradoria Federal Especializada, o pagamento integral do débito imputado ao parlamentar federal indiciado, é imperativo o reconhecimento da extinção da pretensão punitiva estatal.
3. Denúncia não recebida em relação ao parlamentar, por estar extinta a punibilidade dos fatos a ele imputados, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03.
4. Os autos devem ser remetidos ao juízo federal competente da Seção Judiciária do Piauí, para regular prosseguimento em relação aos co-réus”

Segundo Luís Roberto Barroso⁵², o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos é uma decorrência do princípio geral da separação dos poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais, somente deve interferir nos atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável.

Esse princípio, portanto, deduz uma evidente limitação ao Poder Judiciário tanto nas hipóteses de controle de constitucionalidade como nas hipóteses de ativismo judicial. É, em outras palavras, um prestígio ao corolário da independência e harmonia dos poderes.

3.1.3. INTERPRETAÇÃO CONFORME CONSTITUIÇÃO

Esse princípio é decorrente da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade. Dessa forma, observa-se que judiciário poderá reconhecer a inconstitucionalidade de uma interpretação possível, mas mantendo-a no sistema, de modo a declarar a constitucionalidade de outras interpretações.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193.

Importante destacar, em primeiro lugar, a dúplice característica da natureza interpretativa do princípio em voga. Uma é a de princípio de interpretação e outra é a de técnica empregada no controle de constitucionalidade⁵³. No que tange ao controle de constitucionalidade, a técnica é denominada de ‘declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto’.

No seu viés de método de interpretação o princípio indica que, diante de possíveis interpretações de normas infraconstitucionais o intérprete deverá optar pela que esteja em conformidade com a Constituição, ainda que essa escolha não seja a que decorra mais obviamente do texto, bem como aduz Luís Roberto Barroso⁵⁴.

Nesse diapasão, Inocêncio Mártires Coelho⁵⁵ bem destaca que o princípio alhures concretiza uma regra de prudência política, ou sejam uma política constitucional, sob o seguinte alerta:

“Essa prudência, por outro lado, não pode ser excessiva, a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição, nem tampouco contrariar o sentido inequívoco da lei, para constitucionalizá-la de qualquer maneira. No primeiro caso porque isso implicaria interpretar a Constituição conforme a lei, e, assim, subverter a hierarquia das normas; no segundo, porque toda a conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador, na exata medida em que a lei resultante dessa interpretação conformadora, em sua letra como no seu espírito, seria substancialmente distinta daquela resultante do trabalho legislativo.

⁵³ Nesse sentido foi a manifestação do plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Representação 1417/DF, da relatoria do Ministro Moreira Alves, v. u., j. 09/12/1987, DJ 15/04/1988.

⁵⁴ BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, pág. 5

⁵⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 23, jan. 2003, pág. 6.

Afinal de contas, em sede de controle de constitucionalidade, como todos sabem, **os tribunais devem comportar-se como legisladores negativos, anulando as leis contrárias à Constituição, quando for o caso, e jamais como produtores de normas, ainda que por via interpretativa” (grifo nosso)**

Esse princípio deve ser encarado, de última banda, como um norte a ser observado por todo o ordenamento, em sua forma, matéria, interpretação, política, enfim, o pilar interpretativo basilar reflexo a todo o sistema.

3.1.4. A UNIDADE

O princípio da unidade constitucional nos traz mais uma vez à tela da hierarquia das normas. Sua leitura ensina que não há hierarquia entre normas constitucionais em abstrato; diante da aplicabilidade das normas constitucionais em concreto poderá haver certa ponderação como se verá no caso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sua importância se dá ao passo que a Constituição deve ser interpretada de maneira sistemática e não de forma isolada. A carta magna deve ser o pilar que implica sistematicidade a todo ordenamento jurídico, calçando de parâmetro a qualquer processo interpretativo.

Sua orientação determina, ainda, que a lei fundamental precisa ser compreendida em sua unidade, ou seja, o intérprete não deve obter o significado de um enunciado contido na Constituição de forma isolada, mas contextualizado dentro do ordenamento constitucional.

Ao se dedicar ao estudo desse princípio, Luís Roberto Barroso⁵⁶ tece o seguinte comentário:

“A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. Aliás, o princípio da unidade da Constituição assume magnitude precisamente pelas

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 202.

dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. É que a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. Embora expresse um consenso fundamental quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga ‘o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador’.

É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas (...)

Vale lembrar que a interpretação constitucional está dentro da interpretação ‘geral’ do Direito, possuindo características em comum ou em desacordo com ela, devido ao princípio da unidade do ordenamento jurídico.

Consoante o princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser analisadas de forma integrada e não isoladamente, de forma a evitar as contradições aparentemente existentes. Nesta visão, a Constituição deve ser interpretada e compreendida como unidade, otimizando o texto constitucional e permitindo aos intérpretes e aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica. A respeito do tema, é interessante citar Canotilho⁵⁷:

“O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional **deve ser interpretado de forma a evitar**

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. pág. 162.

contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ **o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade** e procurar harmonizar os espaços de tensão (...) existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”.

3.1.5. A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são balizas que tem o condão de orientar o controle da discricionariedade administrativa e atuação do legislador. Deve-se observar se os atos do executivo e do legislativo guardam doses mínimas de compromisso de realização da justiça no caso concreto.

Tais instrumentos foram consagrados nas palavras de Virgílio Afonso da Silva⁵⁸:

“A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e

⁵⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, n. 798, pág. 23-50, abr. 2002.

que conferem à regra ad proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade.”

Ada Pellegrini Grinover⁵⁹ assevera, a título de exemplo, que embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, em casos extremamente graves, em que estivesse em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita. À primeira vista, a Constituição brasileira parece impedir essa solução, quando não abre nenhuma exceção expressa ao princípio da proporcionalidade. Mas, diante de uma análise sistemática, o interprete julgador pode firmar a flexibilização de algum direito, até mesmo daqueles constitucionalmente garantidos, em prol de um direito com maior pesar diante do caso concreto.

Vejamos, mais uma vez, as lúcidas palavras de Vírgilio Afonso da Silva⁶⁰ sobre o pensamento de Robert Alexy:

“o grau de restrição de um direito fundamental e o grau de importância da realização do direito que justifica a medida restritiva em *alto*, *médio* e *pequeno*. Assim, se o grau de restrição a um direito é médio - portanto longe de implicar a sua não-realização -, mas o grau de importância da realização do direito colidente é pequeno, então a medida é desproporcional. Como se vê, o conceito de não-realização de um direito não é fundamental na análise da proporcionalidade em sentido estrito.”

Muito em voga a utilização do termo ‘princípio dos princípios’, ao se definir a proporcionalidade. Ou ainda ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais um dos princípios em colisão, para que se desrespeite ao mínimo o outro, sem, contudo, atingir o núcleo essencial.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pág. 151 e 166.

⁶⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, n. 798, pág. 23-50, abr. 2002. Pág. 20.

No caso da razoabilidade, pode-se afirmar que está ligada à razão. Seria uma justa adequação entre motivos, razões e circunstâncias, sempre de acordo com os valores fundamentais consagrados na Constituição.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos assim descrevem esse princípio⁶¹:

“Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto”.

Como já afirmado, os princípios em questão não estão direcionados apenas à interpretação das normas constitucionais. Em verdade, podem ser tidos como princípios gerais do direito, precedendo e adequando a positivação jurídica.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, pág. 5

3.1.6. A EFETIVIDADE

O princípio da efetividade ensina que o Estado-juiz deve procurar realizar a aplicação da norma em sua maior extensão possível. Observa-se que, como regra geral, as normas constitucionais são (ou deveriam ser) auto aplicáveis. Sendo assim, deve o aplicador buscar a aplicação maior do texto normativo, sem permitir que a norma seja letra fria sem qualquer efetividade prática.

O princípio da efetividade atribui a uma norma constitucional, em razão da posição por ela ocupada no ordenamento jurídico, o significado que maior eficácia lhe ofereça. Nesse sentido, encontramos as considerações de J. J. Gomes Canotilho⁶²:

“Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: **a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.** É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma) é hoje **sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais** (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”

Essa realização se dará na interpretação dos institutos. Nesse diapasão, importante concernir que havendo duas soluções razoáveis, deve o intérprete optar pela de maior eficácia ao caso concreto, notadamente quando se tratar de direito ou garantia fundamental.

⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. pág. 162.

Este princípio se relaciona intrinsecamente à força normativa da Constituição, estabelecendo que deve ser atribuído ao enunciado constitucional a interpretação que lhe conceda maior efetividade, bem como anuncia Paulo Bonavides:

“(...) Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador”⁶³

Da mesma forma, Celso Ribeiro Bastos⁶⁴ define esse cânone interpretativo da seguinte forma:

“O postulado é válido na medida em que por meio dele se entenda que não se pode empobrecer a Constituição. O que efetivamente significa esse axioma é o banimento da idéia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo. Na verdade, neste ponto, acaba por ser um reforço do postulado da unidade da Constituição. Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isto representaria uma forma de violação da Constituição”

⁶³ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, pág. 6

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002, pág. 176-177.

Assim, evidente que a necessidade pontuar esse princípio está na obrigação do intérprete em harmonizar os dispositivos constitucionais, de modo a fixar todo sistema.

3.2. AS DIMENSÕES DO ATIVISMO

As dimensões do ativismo foram destacadas numa das possíveis classificações que resultou do encontro de juízes e doutrinadores (os juízes Robert Jackson, John Marshall Harlan, Learned Hand, J. Skelly Wrigth e os doutrinadores Alexander Bickel, Philip Kurland e Hebert Wechsler)⁶⁵, nos EUA, em 1972. Desse encontro saiu o livro⁶⁶ o qual cuidou fixar critérios para identificar a ocorrência do ativismo judicial.

A obra fixou seis dimensões a fim de identificar o ativismo. São elas, o majoritarismo, a estabilidade interpretativa, a fidelidade interpretativa, a distinção do processo democrático substantivo, a regra específica e a criação de políticas públicas.

Essas dimensões, no entanto, se mostraram não condizentes com o contexto jurisdicional brasileiro, servindo muito mais para descaracterizar o ativismo do que para identifica-lo.

Em virtude disso, buscou-se a teoria de William P. Marshall, que em seu artigo *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*⁶⁷ destacou quatro dimensões do ativismo judicial e suas características.

Em primeiro lugar, o autor enumera o chamado ativismo contra majoritário. Trata-se, então, de uma aversão dos tribunais em acatar as decisões dos poderes democraticamente eleitos de modo a fortalecer jurisdição constitucional e o Poder Judiciário como legislador negativo.

⁶⁵ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/87/disserta%E7%E3o_Saul%20Tourinho%20Leal.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 de dezembro de 2012. Pág. 22.

⁶⁶ FORTE, David F. *The Supreme Court in American Politics: Judicial Activism vs. Judicial Restraint*. Lexington, Mass: D.C. Heath, 1972.

⁶⁷ MARSHALL, William P. *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*. University of North Carolina (UNC) at Chapel Hill - School of Law. September 2002. University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002.

Fica claro que tal oposição ao processo legislativo e executivo democrático só se justifica na medida em que forem desatendidas ou esquecidas as proposições de direitos fundamentais constitucionalmente eleitas.

Passo seguinte, o autor define a dimensão do ativismo jurisdicional, o qual nada mais é do que uma ampliação dos limites jurisdicionais do Poder Judiciário, de sua correição, modificação ou complementação face às leis e os atos administrativos.

Nessa ordem, mereceu destaque o ativismo criativo, qual seja, a utilização da interpretação como forma de criação e implementação de novos direitos, tendo como base a afirmação jurídica de direitos morais, fundamentando-se no pós-positivismo e no neoconstitucionalismo.

Por fim, o autor proclama a dimensão do chamado ativismo remedial, o qual se afirma pela imposição pelo judiciário de obrigações positivas aos poderes eleitos, seja pela alteração, implementação, ou determinação de políticas públicas, interferência em órgãos estatais e regulamentações legais, dentre outros.

3.3. O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

O processo moderno exige uma postura diferenciada do magistrado. Em tempos de neoconstitucionalismo, em que os princípios, dotados de valor normativo, irradiam-se ao direito como um todo, não há mais espaço para o juiz 'boca da lei', verdadeiramente inerte e resguardado do texto legal.

Nessa perspectiva, o magistrado do sistema atual deve se apresentar como verdadeiro "*gerente del interés público*⁶⁸", quedado a assegurar a garantia e a realização dos direitos fundamentais protegidos na Constituição Federal. Em primeiras linhas é esse o conceito de juiz ativista.

O magistrado, na figura de Estado-Juiz tem o dever de ampliar a legitimidade das decisões judiciais. Trata-se, então, de garantir a força normativa à Constituição como sendo norma jurídica aplicável diretamente pelo judiciário, superando o modelo de Constituição como documento político. Seja pela

⁶⁸ PIZÓN, Gabriel de Vega. *La discrecionalidad administrativa. In: Temas de derecho administrativo contemporáneo. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005, pág. 173.*

interpretação gramatical, sistemática, teleológica ou histórica, cabe ao julgador aplicar as normas e princípios constitucionais ao caso concreto.

A expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos, no artigo *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947, escrito pelo historiador Arthur M. Schlesinger Jr.⁶⁹.

Em que pese a doutrina majoritária considerar o nascimento do termo com o artigo de Schlesinger, Carlos Eduardo de Carvalho⁷⁰ afirma que o vocábulo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1916 pela imprensa belga.

No entanto, o termo foi consagrado nos EUA, em face da força com que a Suprema Corte aplicou o instituto. Corroborando, Dierle José Coelho Nunes⁷¹, afirma que a expressão era utilizada e defendida desde o final do século XIX:

“Esta percepção sociológico-econômica e protagonista do Juiz já era defendida por vários estruturadores da socialização processual, desde o final do século XIX, com destaque para Franz Klein em palestra em 1901.”

Todavia, adotar-se-á a tese proposta no artigo de Schlesinger visto que foi a que mais se expandiu e sedimentou a matéria. Pois bem, nesse artigo, além de trazer à tona o tema do ativismo, Schlesinger afirmou que a partir de do momento em que a corte suprema se torna de vital importância para a sociedade,

⁶⁹ Em verdade, Schlesinger não teria criado o termo, mas sim sendo o primeiro a propaga-lo com difusão e amplitude. Thomas Reed Powell, colega de Schlesinger em Harvard, teria sido o criador da expressão tão em voga nos dias atuais (GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. *Emory Law Journal* Vol. 58 (5), 2009, p. 1203, n. 19.)

⁷⁰ CARVALHO, Carlos Eduardo de. *Ativismo judicial em crise*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12781/ativismo-judicial-em-crise/print>. Acesso em 15 de dezembro de 2012.

⁷¹ KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.p. 25. Apud NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Ativismo e protagonismo judicial em xeque. Argumentos pragmáticos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <http://http://jus.com.br/revista/texto/12587> . Acesso em: 23 de abril de 2013.

maiores são os reflexos de sua atuação, devendo, por isso, seus membros sujeitarem-se ao crivo da sociedade⁷².

Schlesinger afirmou, ainda, que saber as questões que dividem os juízes da Suprema Corte é de suma importância visto que “suas decisões ajudam a moldar a nação por anos”.⁷³

O artigo sugere um contraponto entre a ideia de *judicial activism* (ativismo judicial) em face da ideia de *self restraint* (auto comedimento). Essas expressões foram usadas para classificar os juízes da Suprema Corte dos EUA da época, conforme as posições que assumiam diante de temas controvertidos e de conotação política⁷⁴.

Na definição de Arthur, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela sua própria, pois no intuito de atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos menos favorecidos e dos indefesos. Por sua vez, os juízes comedidos acreditavam que a Suprema Corte não deveria intervir na política agindo com “deferência à vontade do legislador”⁷⁵.

O autor acreditava que a oposição entre os juízes ativistas e os defensores do auto comedimento judicial resultava num “conflito fundamental sobre a própria função do judiciário em uma democracia”.

Essas divergências ideológicas e funcionais, tais quais as apresentadas hodiernamente, demonstravam um embate sobre qual o papel da Corte Constitucional no sistema de governo.

A rigor, o conflito estava na possibilidade ou não, ou mesmo na extensão, na qual a Corte Constitucional poderia intervir no campo político da sociedade democrática, como bem resumido pelo próprio Schlesinger:

⁷² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, ano 2 (2013), nº 6. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em 11 de maio de 2013;

⁷³ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. Fortune Vol. 35 (1), 1947, p. 73.

⁷⁴ O jornalista, ainda, dividiu a Corte em duas correntes. Os componentes da primeira – Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge – chamou *judicial activists* (ativistas judiciais), haja vista tais magistrados exercerem papel afirmativo no exercício do bem-estar social. Por seu turno, os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson, integrantes da segunda corrente, foram chamados *champions of self-restraint* (campeões do auto comedimento), visto que, para eles, o Judiciário tinha um papel limitado dentro do sistema estadunidense. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext. Acesso em: 03 de março de 2013.)

⁷⁵ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. Fortune Vol. 35 (1), 1947, pp. 75/77.

“O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter Jackson advoga uma política de autorrestrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor de sua própria concepção de bem social; o outro com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como um instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes de governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com suas próprias pré-concepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano.”⁷⁶

Ao que tudo indica a corte era bem dividida, sendo parte ativista e parte comedida. Todavia, Esse equilíbrio teve fim com as mortes de Wiley Rutledge e Frank Murphy, que foram substituídos, respectivamente, por John Marshall e Earl Warren.

Earl Warren, que se tornaria o *Chief Justice* (Presidente da Suprema Corte) lideraria a chamada “Corte Warren” que ficaria famosa pelo seu evidente posicionamento ativista.

Conforme afirma Luís Roberto Barroso⁷⁷, a expressão foi, então, amplamente difundida, para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren (1953-1969), como se pode verificar abaixo:

⁷⁶ SCHLESINGER, 1947. pág. 201.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo Contemporâneo. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf. Acesso em 21 de abril de 2013;

“O exemplo histórico mais claro desta atitude e disposição foi a Corte Warren nos Estados Unidos da América, especialmente no julgamento do caso *Brown vs Board of Education*, que produziu uma imensa mudança numa política pública que o Poder Legislativo daquele país se recusava a fazer”⁷⁸.

No início, o ativismo da Suprema Corte norte-americana foi conservador. Com o passar dos tempos, o Tribunal passou a produzir uma série de julgados progressistas no concernente a direitos fundamentais, em especial em questões envolvendo negros⁷⁹.

No decorrer da aplicação desses novos posicionamentos, houve, por assim dizer, uma revolução profunda e silenciosa no que concerne às políticas públicas nos EUA, sendo evidentemente progressista em matéria de direitos fundamentais.

De fundamental relevância, cumpre destacar o brilhante trabalho de Saul Tourinho⁸⁰, no qual se destaca na formação do ativismo, o caso clássico caso de exercício do controle difuso de constitucionalidade, de 1803, o *judicial review*, denominado *Marbury v. Madison*⁸¹.

Pode-se dizer que o caso *Marbury v. Madison* teria sido ativista em duas dimensões⁸². Em primeiro lugar considera-se tal decisão ativista visto que a Corte não foi deferente para como Congresso ao declarar a inconstitucionalidade da lei que permitia à Corte a concessão de mandados de segurança em instância

⁷⁸ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York; London: New York University Press, 1995. Pág 40.

⁷⁹ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais*. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. Pág. 132.

⁸⁰ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/87/disserta%E7%E3o_Saul%20Tourinho%20Leal.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 de dezembro de 2012.

⁸¹ Godoy esclarece: “O mentor de tal concepção foi o Juiz Marshall, que o fez, no entanto, no quadro de problemático jogo político, no qual leituras ingênuas, puras e analíticas do direito não tinham o menor espaço”. (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 52)

⁸² Em sentido contrário, cf. MENDELSON, Wallace. *Was Chief Justice Marshall an Activist?*

originária, pois contrariava a Constituição, abrindo as portas para o *judicial review* (revisão judicial) pelo judiciário dos atos praticados pelo Congresso, nada mais do que o controle de constitucionalidade.

Por outro lado, podemos afirmar que a corte foi também ativista, visto que afirmou/criou um poder espetacular para si própria sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele⁸³. Esse poder judicial de revisão e controle afirmado na clássica argumentação do juiz John Marshall, teria sido o resultado dos princípios e propósitos da Constituição.⁸⁴

Saul Tourinho destaca em seu trabalho que desses fatos em diante o termo em tela passou a ser usado com bastante frequência, vejamos o destaque:

“A expressão ativismo judicial foi empregada quando do julgamento do caso, pela Suprema Corte norte-americana, *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983). No caso, David Long foi condenado por posse de maconha encontrada pela polícia em Michigan no bagageiro do seu carro, que fora revistado sem a devida autorização. A Suprema Corte definiu ter competência para cuidar do tema e, apreciando-o, validou a busca e manteve a condenação de Long. O juiz da Suprema Corte, John Paul Stevens, emendou durante o seu voto que a sua convicção era de que ao implementar uma política de autocontenção judicial faria com que o Tribunal contribuísse mais para o sistema federal de governo.”

A literatura norte-americana sobre o tema do ativismo é muito rica. A expansão do tema foi bem ampla e difundida em diversas obras⁸⁵, as quais deram do assunto evidente popularidade.

⁸³ HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1958, p. 4.

⁸⁴ BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 170/171.

⁸⁵ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. 2nd ed. New Haven, CT: Yale University Press, 1986;

BORK, Robert. *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*. Washington, DC: AEI Press, 2003; CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. *Judicial Policies: Implementation and Impact*. 2nd ed. Washington, DC: Congressional Quarterly Books, 1998;

Outro termo, relacionado com o ativismo, que surge dos julgados norte-americanos é o *strict scrutiny*. Podendo ser traduzido como escrutínio rigoroso ou procedimento de análise rigoroso, trata-se de um padrão mais rigoroso de análise nas revisões judiciais que implementado pela Suprema Corte dos EUA.

Sendo assim, afastava-se a anteriormente usada presunção de constitucionalidade das leis considerando-as quase que presumidamente inconstitucionais quando estas visassem a redução ou abolição de qualquer direito fundamental.

Evidentemente, tais casos são excepcionais. Via de regra, os atos normativos, desde que tenham cumprido os requisitos formais para sua elaboração devem ser considerados presumidamente constitucionais. Os padrões de análise menos rigorosos foram chamados de 'revisão racional' (presunção de constitucionalidade) e escrutínio intermediário (presunção relativa).

Tais noções de níveis de análise foram introduzidas pela famosa nota de rodapé nº 4 introduzida no julgamento pela suprema corte do caso United

CARRESE, Paul O. *The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988;

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977;

GRAGLIA, Lino A. *Disaster by Decree*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1976;

HART, Hebert. L. A. *The Concept of Law* Oxford: Oxford University Press, 1961;

HARWOOD, Sterling. *Judicial Activism: A Restrained Defense*. London: Austin & Winfield Publishers, 1996;

HOLLAND, Kenneth M. *Judicial Activism in Comparative: Perspective*. Hampshire, England: Palgrave Macmillan, 1991;

KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998;

KILGORE, Carrol D. *Judicial Tyranny: An Inquiry into the Integrity of the Federal Judiciary*. Nashville: Thomas Nelson, 1977;

MILLER, Arthur Selwyn. *Toward Increased Judicial Activism*. Westport, UK: Greenwood Press, 1982;

MORGAN, David Gwynn. *A Judgment Too Far? Judicial Activism and the Constitution*. Dublin, Ireland: Cork University Press, 2001;

POWERS, Stephen P.; ROTHMAN, Stanley Rothman. *The Least Dangerous Branch? Consequences of Judicial Activism*. Westport: Praeger Paperbacks, 2002;

REBELL, Michael; BLOCK, Arthur R. *Educational Policy Making and the Courts: An Empirical Study of Judicial Activism*. Chicago: University of Chicago Press, 1982;

SCHWARTZ, Herman. *The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right*. New York: Hill and Wang, 2002;

WOLFE, Christopher Wolfe. *Judicial Activism*. 2nd ed. Totowa, NJ: Rowman & Littlefield Publishers, 1997;

*States v. Carolene Products Co.*⁸⁶ (1938), em que se discutia a constitucionalidade do programa de reestruturação de Roosevelt, o *New Deal*.

Outro notável caso em que a Suprema Corte aplicou tais padrões da análise foi o *Korematsu v. United States*⁸⁷ (1944), no qual o analisou a constitucionalidade de discriminação nipo-americanos.

A suprema corte sem nenhuma emenda constitucional ou lei, produziu uma revolução por meio da jurisprudência. Essa revolução começou com a abolição da segregação racial nas escolas públicas⁸⁸, obrigando os estados a possibilitar que negros e brancos pudessem frequentar as mesmas escolas.

Ainda, sem nenhuma modificação legislativa, a suprema corte, por meio da jurisprudência, implementou novas regras acerca dos direitos dos acusados penalmente, como o de serem representados por advogados e de lhe serem declarados seus direitos no momento da prisão (frase determinada pela suprema corte⁸⁹, cuidando, então de grupos deveras vulnerável.

A Corte Warren ainda estabeleceu o direito de privacidade, em 1965, afirmando ser inconstitucional o estado proibir o uso de pílulas anticoncepcionais,

⁸⁶ _____. 304 U.S. 144. *United States v. Carolene Products Co.* (No. 640). Argued: April 6, 1938. Decided: April 25, 1938. 7 F.Supp. 500, reversed. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/304/144>. Acesso em 06 de janeiro de 2014;

⁸⁷ _____. 323 U.S. 214. *Korematsu v. United States* (No. 22). Argued: October 11, 12, 1944. Decided: December 18, 1944. 140 F.2d 289, affirmed. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/214>. Acesso em 06 de janeiro de 2014;

⁸⁸ *Brown v. Board Education* (1954): esse julgamento, a Corte Warren julgou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas com base no princípio da igualdade, que estaria presente desde a décima quarta emenda constitucional (1868). Esse julgamento mudou o entendimento da corte suprema americana, que, em 1896 diante do caso *Plessy v. Ferguson*, diante do qual a suprema corte decidira pela constitucionalidade da segregação dos transportes ferroviários. Importante destacar que a Corte Warren não só decidiu pela inconstitucionalidade da segregação bem como determinou a dessegregação imediata em todo o país. Essa decisão abriu as portas para todo o processo de fim da segregação racial nos EUA.

⁸⁹ Essa obrigatoriedade surgiu do julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Miranda vs. Arizona State*, passando, desde então a ser conhecida como *Miranda warning* ou *Miranda rights*. Como usualmente visto nos filmes, o agente policial tem o dever, via de regra, de alertar aquele que está sofrendo a restrição de seus direitos, assim dizendo: “*You have the right to remain silent. If you do say anything, what you say can be used against you in a court of law. You have the right to consult with a lawyer and have that lawyer present during any questioning. If you cannot afford a lawyer, one will be appointed for you if you so desire. If you choose to talk to the police officer, you have the right to stop the interview at any time.*” Tradução: Você tem o direito de permanecer em silêncio. Se disser alguma coisa poderá ser usado contra você no tribunal. Você tem o direito de ser assistido por um advogado e tê-lo presente durante seu interrogatório. Se você não puder pagar um advogado, lhe será indicado um se assim o quiser. Se você quiser falar durante seu interrogatório, poderá deixar de fazê-lo a qualquer momento.

visto que o estado não tem o direito de invadir um quarto de casal para definir como seriam suas relações sexuais. Constam, ainda, precedentes sobre a liberdade de expressão.

Importante destacar, nesse período histórico, a atuação do Tribunal Constitucional Alemão⁹⁰ conhecido como *Bundesverfassungsgericht*, ou *BVerfG*. Na Alemanha, o Tribunal que não está sujeito a recursos ordinários, estando afeto apenas às questões constitucionais, estabelecido no segundo pós-guerra, no qual os membros, sem nenhum contágio com o nazismo, ajudaram a fazer uma transição democrática que serviram de exemplo para o mundo todo.

O Tribunal germânico julgou, em 1958, um de seus casos mais importantes, o chamado 'caso Lüth'⁹¹. Diante desse caso, o Tribunal entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral estabelecida no Código Civil que protegia a ordem pública, estabelecendo a chamada teoria horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, esses direitos se sobrepõe a todos os outros direitos postos, a qual se espalhou por diversos países.

3.4. APLICABILIDADE DO ATIVISMO

A aplicabilidade, como podemos observar, estará vinculada aos casos de expressão do ativismo (utilização dos princípios; declaração de inconstitucionalidade; implementação de políticas públicas).

Pois bem, dia-a-dia, diversos casos com essas matérias de divergência são postas a julgamento. Muitos deles, no entanto, são aqueles em que basta ao julgador a subsunção do fato à norma. São casos de pouca ou

⁹⁰ “Como vimos, por meio da análise do percurso histórico tomado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, pode-se perceber que, a partir do momento em que tal Corte começa a apresentar uma forte tendência ao ativismo judicial, emerge a controvérsia quanto à legitimidade de suas decisões, o que enseja, na doutrina, uma busca intensa por uma racionalidade metodológica apta a justificar tal prática. Na Corte, os direitos deixam de ser concebidos como subjetivos, e passam a ser entendidos como princípios de uma ordem jurídica objetiva e total, passíveis de otimização e ponderação” (CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Sobre os Limites da Argumentação Jurídica: a desconstrução do ativismo judicial fundado na ponderação de princípios e a reinvenção da legitimidade jurídica nos pensamentos da Jürgen Habermas e Chantal Mouffe. Revista do Direito Público, Londrina, v.8, n.1, p.9-52)

⁹¹ VALE, André Rufino do. 50 anos do caso Lüth. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/view/724/505>. Acesso em: 06 de janeiro de 2014.

nenhuma complexidade. Basta a literal e sistemática do ordenamento, da doutrina e jurisprudência, e o Estado-juiz estará apto a vincular aquele fato da vida à norma que lhe convergir.

Todavia, nos interessa nesse ponto do estudo, os casos de certa complexidade. Tais casos são assim classificados, visto que não há para eles solução pré-pronta no ordenamento.

Pode ser (i) que haja profunda divergência sobre as interpretações possíveis; ou (ii) que a linguagem da norma seja de proposital amplitude tornando-a, conforme o posicionamento adotado, aberta ou ambígua (vide, por exemplo, termos muito frequentes como ‘calamidade pública’, ‘interesse social’, ‘relevância’, ‘urgência’, ‘moralidade’, ‘eficiência’, ‘solidariedade’, dentre tantos outros). Ainda, é possível, (iii) que haja desacordos morais razoáveis entre os intérpretes do ordenamento. São pessoas pensando de maneira diferente sobre o mesmo assunto, de modo a gerar incisivo embate acerca do tema abordado.

Tais episódios, ditos complexos, autorizariam o avanço da interpretação pelo julgador. Assim, o magistrado se torna coparticipante do processo de criação do direito. A rigor, caberá ao magistrado criar a norma a vigorar no concreto.

A norma jurídica não é só enunciado normativo abstrato. Ela é composta pelos fatos relevantes. É a normatividade e a facticidade. Não há normatividade antes da interação da norma com os fatos. Sem que a norma interaja com os fatos, de nada vale a sua existência.

Nessa atividade criativa do magistrado, caber-lhe-á recorrer à filosofia, à moral, aos valores sociais, à ideologia social vigente nessa matéria. Enfim, o juiz não deverá transpor sentimentos pessoais, mas sim declarar o sentimento social, a vontade pública.

Vale colacionar as palavras de Luiz Fux, proferidas em na posse de Joaquim Barbosa como presidente do Supremo Tribunal Federal:

“As discussões que se desenrolam no congresso entre os vários representantes do povo são a expressão das forças sociais que lutam na penumbra para obter o princípio mais favorável aos seus

interesses. Pouca ou nenhuma importância alcançam aqueles que jamais saíram das sombras e correm o risco de ser esquecidos. Diversamente, quando fazem valer o seu dia na corte essas pessoas vêm seus direitos garantidos, em uma arena em que não sai vencedor a forçados poderosos, mas sim a força dos argumentos.”

Alguns elementos poderão compor essa ausência de modo a auxiliar a ‘edição’ da norma para o caso concreto, tais como: **a.** os valores e ideologia do próprio juiz; **b.** a interação com outros atores políticos (legislativo, executivo, judiciário, MP); **c.** a perspectiva do cumprimento efetivo da decisão; **d.** as circunstâncias internas dos órgãos colegiados (jurisprudência dominante); **e.** a opinião pública, compondo a chamada sociedade aberta dos interpretes⁹².

Por outro lado o Poder Judiciário não pode ameaçar um espaço legítimo da política majoritária. É importante que o judiciário assuma um papel de defensor das garantias fundamentais na sociedade, mas também é importante um papel central para a política parlamentar. Não podemos aceitar o ativismo como a panaceia para os problemas brasileiros.

No contexto dessa aplicabilidade, de rigor selecionar alguns institutos que afloram o ativismo diante de prementes necessidades, tais quais a tutela antecipada de ofício, a tutela antecipada de ofício em ações coletivas e o bloqueio e sequestro de verbas públicas para o cumprimento de obrigações de fazer.

3.4.1. HIPÓTESE DE APLICABILIDADE: TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO

A tutela antecipada foi introduzida no sistema jurídico pela reforma advinda com a Lei 8.952/94. Seu ingresso alterou o curso da história processual civil, outrora limitado aos procedimentos cautelares e mandados de segurança⁹³. A morosidade e a ausência de efetividade na prestação jurisdicional foram, sem sombra de dúvidas, mitigadas com o advento desse permissivo.

⁹² Expressão cunhada por Peter Häberle *in* HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997; ⁹³ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. pág. 46.

Vejamos a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁹⁴ a respeito do tema:

“A tutela antecipada foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim ‘a antecipação da tutela’, e essa ‘antecipação’ – segundo a jurisprudência – não podia ser obtida por meio da ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de ‘fundado receio de dano’ e do ‘abuso de direito de defesa’, nele inserindo o art. 273”.

O deferimento da tutela antecipatória, seja de modo liminar ou no provimento final, traduz ao jurisdicionado uma segurança, a despeito de seu caráter provisório, em relação às incertezas do procedimento.

Nas mais diversas opiniões que se verificam ao trata-se da morosidade da justiça, comum é a de que, em determinados casos, aguardar o trâmite regular do processo, pode não só prejudicar as partes como também esvaziar a razão da demanda, face à demora em se obter efetivamente o objeto da ação.

A medida antecipatória é de suma importância ao operador do direito, na medida em que este pode e deve usufruir de sua celeridade a fim de defender com maior efetividade os interesses propostos em juízo.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.pág. 198.

3.4.1.1. ESPÉCIES DE TUTELA ANTECIPADA

Pois bem, podemos destacar três requisitos genéricos, os quais permitem a antecipação da tutela nas suas diferentes espécies, na forma delineada no *caput* do artigo 273, do Código de Processo Civil: (i) requerimento da parte; (ii) prova inequívoca e (iii) verossimilhança.

O mesmo artigo elenca três espécies de tutela antecipada. Vejamos cada uma delas, a fim de analisar, ao final, a justificativa do permissivo ou não da sua concessão de ofício.

Em primeiro a tutela antecipada de urgência, quando há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, CPC). Tutela-se, aqui, uma situação de urgência, frente ao perigo de dano. Teori Albino Zavascki⁹⁵ explica:

“À hipótese de concessão da tutela em casos em que ‘haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’ (art.273, I) pode-se denominar antecipação assecuratória: antecipa por segurança. Adianta-se provisoriamente a tutela pretendida pelo autor como meio de evitar que, no curso do processo, ocorra o perecimento ou a danificação do direito firmado. Em outras palavras, antecipa-se em caráter provisório para preservar a possibilidade de concessão definitiva, se for o caso.”

Por outro lado, temos a tutela antecipada punitiva, quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, CPC). Nesse caso, não há a presença do elemento urgência. Defende-se a probidade e a boa conduta processual, certificando que as partes não sofram as consequências decorrentes do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório provocado pela outra.

Por fim, destaca-se a tutela antecipada de evidência, quando um ou mais pedidos, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (art. 273, § 6º, CPC). A Lei 10.444/02 introduziu no sistema processual essa nova hipótese de tutela

95 ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 77

antecipada. Trata-se do caso em que o direito perquirido em juízo, ou parte dele, é incontroverso.

Teori Albino Zavascki⁹⁶ comenta a respeito:

“O cenário suposto é constituído, portanto, de demanda que tem por objeto um pedido ou um conjunto de pedidos cuja satisfação pode ser juridicamente dividida e materialmente efetivada por partes, em tempos diferentes. Supõe-se, também, que uma das partes ou das porções é ‘controversa’ e a outra, ‘incontroversa’. Em tal ocorrendo, fica permitida a antecipação dos efeitos da tutela decorrente (a) do pedido incontroverso, ou (b) da parte incontroversa de um pedido. Resulta clara a intenção do legislador: não retardar a prestação jurisdicional de um direito manifestamente evidente que, por circunstâncias meramente processuais, está atrelado a outro direito, controvertido.”

Destacadas as espécies de tutela antecipada, de rigor pontuar que o § 3º do artigo 273 determina que o juiz observe, na efetivação da tutela antecipada concedida, a cláusula geral de efetivação da decisão, prevista no artigo 461 notadamente no que toca à imposição de multa diária de ofício (§ 4º) e no poder geral de cautela (§ 5º).

Nesse esteio, vale dizer que a reforma de 2002 inseriu no artigo 273 o § 7º, permitindo a fungibilidade das medidas acauteladoras e antecipatórias. Essa previsão transformou o processo civil. Para hoje e para o futuro, com vistas ao projeto do novo CPC, essa previsão legal concebeu fusão das citadas tutelas. Hoje, sua distinção resta para a natureza jurídica e para os requisitos de concessão, não havendo mais motivo para a distinção processual e procedimental.

⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 108

3.4.1.2. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO: POSSIBILIDADE

Traçado o panorama geral da tutela antecipada, cuida esse tópico de justificar a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício.

Em primeiro lugar, de rigor analisar a prescindibilidade do requisito de “requerimento da parte”. Aqui reside um dos conectivos da possibilidade de concessão de tutela antecipada de ofício e a temática do ativismo judicial, ao passo que o posicionamento ativista conduz a uma maior permissividade para o deferimento da tutela antecipatória sem requerimento das partes.

Pois bem, como destacado anteriormente, a literalidade do *caput* do artigo 273 do impõe a necessidade de requerimento da parte para a concessão da tutela antecipada.

No entanto, parte da doutrina e da jurisprudência, como se demonstrará, tem por certo que a concessão da antecipação de tutela de ofício, nada mais é do que a atuação justa e equitativa por parte do magistrado, sem ferir qualquer dos princípios acima discutidos. Seria, na verdade a oportunidade do magistrado de não manter-se inerte, adaptando a prestação jurisdicional à evolução social do direito, dando à lei uma interpretação finalística.

Roberto Eurico Schmidt Junior⁹⁷ analisa a vertente da seguinte forma:

“[...] a técnica processual é uma arma de defesa da Justiça e nunca poderá ser volvida contra ela. A lei não pode desejar a injustiça confessada pelo julgador; se a isso for conduzida pela interpretação do fato ou do Direito, não há outra alternativa senão reconhecer que a interpretação é inaceitável. Procure-se, com a técnica, a vontade da lei dirigida ao bem-estar social e à garantia do indivíduo, que se encontrará a fórmula de conciliação. O legislador prevê os casos gerais, e esse é o destino da norma. Se o caso é especialíssimo, não previsto, deve ser afastado da regra, cabendo a palavra ao aplicador, que tem consigo a tarefa da vivificação do texto.”

⁹⁷ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. Tutela antecipada de ofício. Curitiba: Juruá, 2008. pág. 143.

Cândido Rangel Dinamarco⁹⁸ analisa ainda o juízo de mal maior, como sendo um dos deveres do juiz na concessão da tutela de urgência, vejamos:

“É dever do juiz, nas situações mais angustiosas para se decidir por conceder ou negar uma tutela de urgência, fazer mentalmente um juízo do mal maior, ponderando os males que o autor suportará em caso de negativa e também o que recairão sobre o réu, se a medida for dada. Essa é a linha de equilíbrio capaz de legitimar as tutelas urgentes e conciliá-las com o desiderato de justiça nas decisões.”

A Lei de Introdução as Normas do Direito, determina em seu 5º artigo que *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, pois é nesse caminho que a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício anda.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Luiz Fux⁹⁹, que defende em seus textos que manter a letra da lei, sem conceder ao magistrado a chance de verificar os demais requisitos e, assim, convencer-se da necessidade e conceder a tutela de ofício, é manter-se no passado da lei, não ultrapassando o anacronismo dos sistemas de direito.

Tratando-se de norma que engloba todo o sistema, já que aplicável a todos os ramos do direito e, busca a aproximação das leis ao fim social a que se destina a prestação jurisdicional.

Maria Helena Diniz¹⁰⁰ explana acerca do fim social do direito:

“Na falta de definição legal do termo ‘fim social’ o intérprete aplicador em cada caso sub judice deverá averiguar se a norma a aplicar atende à finalidade social, que é variável no tempo e no

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 323

⁹⁹ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1995. pág. 338.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada. São Paulo: Saraiva, 1994. pág. 161

espaço, aplicando critério teleológico na interpretação da lei, sem desprezar os demais pontos interpretativos. **Procederá com técnica teleológica, mostrando a utilidade em vincular o ato interpretativo do magistrado à sua decisão, tendo em vista um dado momento.** O fim social é o objetivo de uma sociedade encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses etc. **O intérprete aplicador poderá: a) concluir que um caso que se enquadra na lei não deverá ser por ela regido porque não está dentro de sua razão, não atendendo à finalidade social; b) aplicar a norma a hipóteses fáticas não contempladas pela letra da lei, mas nela incluídas, por atender a seus fins.** Consequentemente, fácil será perceber que um comando legal não deverá ser interpretado fora do meio social presente; imprescindível será adaptá-lo às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação. Essa diversa apreciação e projeção no meio social, em razão da ação do tempo, não está a adulterar a lei, que continua a mesma.”

Dessa forma, para os autores citados, na busca pela efetivação dos direitos e garantias do cidadão que procura a tutela jurisdicional, a entrega dessa tutela, por meio da antecipação de ofício, se orienta em conformidade com a interpretação sistemática e analítica do procedimento.

Vale dizer, que a instrumentalidade, necessária para a convergência final justa do procedimento, já constava da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, vejamos:

“O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. **Atua, como já observara Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das**

partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade. (grifos nossos).”

Nesse sentido, também é a lição de Rui Portanova¹⁰¹:

“Nestes tempos de preocupação publicística e social do Direito em geral e do processo em particular, o princípio da ação está a desafiar o processualista moderno. Não se pode esquecer que o pobre, por exemplo, desconhece os seus direitos. Quando os intui, muitas vezes têm dificuldade de expressá-los. Assim, conseguir ter acesso ao Judiciário cível já é, para o pobre, uma grande conquista. **Contudo, infelizmente acabam representados por advogados pouco preparados ou ainda em preparação. Assim, seja por defeito de forma ou por desconhecimento do fundo, muitas vezes o verdadeiro direito do pobre só vai aparecer ao longo do processo.** E é claro, não raro estará fora do pedido inicial. Nesses casos, o jurista está desafiado a informalizar de tal modo o processo e amenizar o princípio a ponto de, iniciada a demanda, seja viabilizado chegar-se com sucesso ao atendimento do real bem da vida pretendido pelas partes, independentemente dos limites do pedido.”

¹⁰¹ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pág. 118

Mais uma vez, trazendo à baila as lições do ministro Fux¹⁰²:

“Imagine-se, por exemplo, que, num determinado ofício remetido por uma autoridade, o juiz verifique a possibilidade de lesão ao direito de determinado interessado que não se inclua na órbita de julgamento da causa donde originou-se o referido ofício. Diante da situação de periculum não se poderia negar ao juiz a possibilidade imediata de adoção de medida de segurança, instrumentalizando-a em procedimento à parte. É, em resumo, uma publicização da jurisdição, através da qual se concedem ao magistrado poderes instrumentais e necessários ao exercício de seus deveres.”

E continua, citando o próprio artigo 5º, da Constituição Federal, em seu inciso XXXV:

“A própria CF/88 veda a inércia jurisdicional¹⁰³.

(...)

hodiernamente, não se supera a perplexidade da constatação de que as demais funções do Estado são engendradas ex officio e a jurisdição demanda a provocação. O Estado moderno não mais se concilia com essa postura, tanto mais que isenção e imparcialidade não representam irresponsabilidade. Ademais, é possível manter essas características da equidistância desde a instauração até a decisão da causa, até porque a eleição pelo juízo para empreender a incoação estatal dar-se-á como consectário de sua responsabilidade judicial e não como escolha de uma certa causa que se pretenda julgar por objetivos outros¹⁰⁴.

(...)

¹⁰² FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1995. pág 76

¹⁰³ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1995. pág . 41

¹⁰⁴ Apud. Pág. p. 338, nota de rodapé nº 153

Ora, se o Estado tem o dever de velar pela inteireza dos direitos consagrados no ordenamento positivo, se a jurisdição é sucedânea diante do descumprimento das normas, se o Estado, ao prestar a jurisdição, inculca no cidadão a seriedade necessária ao estabelecimento normativo da paz porque sinaliza com a atuação da justiça em caso de transgressão, e, por fim, se jurisdição é sinônimo de soberania, nada justifica que o exercício da soberania não se perfaça ex officio, mas dependente do requerimento da parte”¹⁰⁵.

Inclusive, no tocante à imparcialidade do Juiz, o autor compara a tutela antecipada de ofício à prisão acautelatória, que pode ser determinada de ofício pelo magistrado na esfera criminal. Uma vez, observados os requisitos e verificada a possibilidade de reversibilidade da medida, o magistrado pode determinar a prisão acautelatória do acusado, tal e qual na esfera cível, pode antecipar a tutela de ofício.

Roberto Eurico Schmidt Junior argumenta que não há que se falar em transgressões a letra da lei, combatendo os argumentos anteriormente mencionados, afirma o autor que uma vez proposta a ação, a prestação do serviço jurisdicional já está formalizada, sendo certo que o magistrado deve conduzir a lide de forma a proteger o bem da vida utilizando-se de todos os instrumentos legais a ele disponíveis. Para o autor “com efeito, não se concede algo que não foi pedido, mas sim os efeitos do pedido independentemente do requerimento da parte.”¹⁰⁶

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, na mesma seara, defende que “resta devidamente respeitado sempre que o provimento antecipatório se limite aos efeitos passíveis de serem produzidos pela sentença, evitando exorbitar tais lindes”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1995. Pág. 77, nota de rodapé nº 159

¹⁰⁶ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. Tutela antecipada de ofício. Curitiba: Juruá, 2008. pág. 120

¹⁰⁷ SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e.A antecipação da tutela nos processos declaratórios. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. pág. 187

Mais uma vez a lição de Luiz Fux a respeito do tema:

“[...] o princípio dispositivo não pode servir de apanágio daqueles que visam a excluir por completo a atuação oficiosa do Judiciário em prol dos interesses objeto do processo. É que o princípio referido há que se submeter aos interesses mais altos que suscitam a pronta atuação jurisdicional. Na medida em que esses interesses conclamam a atuação imediata do juiz e se transmudam de disponíveis em indisponíveis, cresce o “poder-dever do juiz agir de ofício.”¹⁰⁸

Em recente decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o ministro Benedito Gonçalves apresentou voto divergente¹⁰⁹, seguido dos demais ministros da corte, dissertando sobre a questão:

“Ainda que expressa de forma singela, a petição inicial que permite concluir pela pretensão de tutela antecipada não invalida a decisão que a concede. (...) Assim, a tutela concedida deve ser mantida não pelo artigo 273 do Código de Processo Civil (CPC), que trata da tutela antecipada, mas por seu artigo 461, que permite ao juiz a imposição de medidas que assegurem o resultado prático do adimplemento da obrigação de fazer.”

José Roberto dos Santos Bedaque¹¹⁰ afirma que a paz social apenas poderá ser atingida mediante uma atuação mais efetiva do magistrado, aliada à correta aplicação das leis, vejamos:

“quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social”

¹⁰⁸ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1995. pág 80-81.

¹⁰⁹ (http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110983)

¹¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

(...) “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.”

Conforme tal entendimento, o magistrado jamais estaria ofendendo qualquer princípio ao exercer seu livre convencimento motivado, apenas estaria perpetuando a igualdade material de ambas as partes, sendo efetivo porém imparcial.

Para Luís Roberto Barroso¹¹¹, uma atuação proativa do judiciário em nada prejudicaria o processo, apenas contribuiria para sua larga efetivação, já que função do magistrado zelar por essa efetivação de forma menos morosa.

Defende também o autor que o magistrado não estaria sendo parcial quando da concessão de tal medida, de forma que garantiria a efetividade do processo, porém observando a reversibilidade da medida, sem afetar diretamente o direito do adverso, ainda contribuindo para a celeridade da justiça no caso concreto.

Luiz Guilherme Marinoni¹¹² expõe da seguinte forma a questão:

“É importante lembrar, ainda, que é fundamental para o encontro da real efetividade do processo a tomada de consciência de que são de natureza varia os bens envolvidos nos litígios. O novo processo não é mais um “processo neutro” mais um processo que sabe que, da mesma forma que todos não são iguais, os bens que constituem os litígios não têm igual valor jurídico.

(...)

É necessário que o magistrado compreenda que não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. 4. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pág. 20.

pode causar prejuízo, mas a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do velho procedimento ordinário- no qual alguns imaginam que ele não erra- para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos “novos direitos” e que também tem que entender- para cumprir sua função sem deixar de lado a sua responsabilidade ética e social- que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de Calamandrei, sistematizando as providencias cautelares.”

A defesa da possibilidade da tutela antecipada de ofício tem intrínseca ligação com o tema do ativismo. Ao passo de se considerar o juiz ativista como necessário para suprir as lacunas sistêmicas e pontuais, considera-se, da mesma forma, a necessidade de se autorizar o deferimento da tutela antecipada de ofício na efetivação dos direitos do jurisdicionado e no resguardo da função jurisdicional.

Como mostrou-se acima, há pouca divergência no deferimento de ofício das tutelas cautelares e das tutelas de urgência. Tanto na situação em que se deve proteger e conservar o processo e sua efetividade na busca pelo bem da vida, como nas situações em que se protege o bem da vida diretamente, não se pode aceitar uma posição inerte do magistrado. Ora, se cabe ao magistrado acautelar o direito, qual seria a razão de vedar-lhe a tutela antecipada punitiva ou de evidência?

Em ambos os casos, não é só poder do juiz, mas dever de gerir o processo de modo a afastar condutas negativas e protelatórias, bem como de conceder o direito incontroverso nos autos, de plano. Visa essa postura à efetividade e à celeridade do procedimento, que a todos interessa.

A quebra da inércia jurisdicional se efetiva na propositura da ação. Dai em diante, o sistema atribui ao condutor da lide diversos instrumentos processuais para que o caminho seja direcionado ao fim almejado pelo Estado e pelos jurisdicionados, qual seja, a justa solução do conflito posto.

Vale dizer que já existe no ordenamento previsão expressa da possibilidade da concessão de tutela antecipada de ofício. O artigo 3º, da Lei 12.153/09, que disciplina o procedimento nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, trouxe, expressamente, a primeira previsão legal de possibilidade de concessão de tutela antecipada de ofício.

3.4.1.3. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO EM AÇÕES COLETIVAS

A temática da tutela antecipada no bojo dos processos coletivos ganha especial destaque. O microsistema processual coletivo, como bem leciona Ada Pellegrini¹¹³, citando Kazuo Watanabe, conduz à *maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto*. E prossegue: *O legislador deixa bem claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, o que importa, mais do que a conduta, é o resultado prático protegido pelo Direito. E, para a obtenção dele, o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais e adequadas ao seu alcance, inclusive, se necessário, a modificação do mundo fático, por ato próprio e de seus auxiliares, para conformá-lo ao comando emergente da sentença... Para isso, os juizes deverão estar muito bem preparados, com a reciclagem permanente de seus conhecimentos jurídicos e de outras áreas do saber humano e com a perfeita aderência à realidade sócio-econômico-política em que se encontram inseridos, de tal modo que os direitos dos menores e dos adolescentes consagrados no Estatuto sejam efetivamente tutelados.*

O processo coletivo, principalmente com base na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, confere maiores poderes ao magistrado, na medida em que permite que este utilize-se de diversos

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. pág. 857

instrumentos a fim de garantir a efetividade do provimento judicial, inclusive aplicando multas e impondo medidas coercitivas de plano.

Observando, ainda, que nos processos coletivos, o titular do bem da vida é representado por um legitimado, este legitimado não pode escolher de que forma quer receber o provimento jurisdicional, como nas ações individuais, justifica-se, ainda mais, a concessão da tutela antecipada de ofício pelo magistrado.

Até no que toca à discussão sobre a previsão legal do requisito de 'requerimento da parte', o artigo 12, da LACP, não o inclui como requisito específico para a concessão da antecipação da tutela nas ações coletivas.

Marcelo Abelha Rodrigues¹¹⁴ defende que em razão da natureza pública dos direitos pleiteados nas ações coletivas, o magistrado deve se aproximar ainda mais da efetividade da prestação jurisdicional, sendo certo que sua atuação é necessariamente mais ativa.

Ainda que ausente o requerimento da parte, após serem ouvidos os órgãos envolvidos, a maioria da doutrina defende a autorização de antecipação da tutela de ofício pelo magistrado, a fim de garantir-lhe efetividade.

Para Luiz Fux¹¹⁵, a adequação do sistema de direito às necessidades prementes da coletividade, são necessárias e, dessa forma, não há como não garantir ao magistrado a interpretação mais ampla da legislação, no sentido de utilizar-se de todos os institutos disponíveis para a garantia e satisfação do bem almejado. Em destaque:

“É, em resumo, uma publicização da jurisdição, através da qual se concedem ao magistrado poderes instrumentais e necessários ao exercício de seus deveres.”¹¹⁶

Sérgio Cruz Arenhart corrobora a posição de Luiz Fux, na medida em que defende que para melhorar a prestação jurisdicional, os rigores dos

¹¹⁴ ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. pág. 156 e 161.

¹¹⁵ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidencia: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. pág. 79-80.

¹¹⁶ FUX, Luiz. Op. cit., p. 76.

princípios devem ser amenizados, a fim de que se tenha maior efetividade na tutela.¹¹⁷

No tocante a prestação condenatória de pagamento, alguns autores defendem que a medida restaria implicada em difícil reparação, se não, completamente irreparável. Sérgio Cruz Arenhart¹¹⁸ afirma que isso pode ser superado por outras formas de execução que não a expropriatória, tendo esse entendimento já afirmado em decisão superior.¹¹⁹

De toda forma, qualquer que seja o provimento jurisdicional pleiteado, há que se deixar claro a preocupação do magistrado, quando da antecipação da tutela de ofício, que esta possa ser suspensa no curso do processo, quando se tem o conflito entre o direito coletivo pleiteado e um possível dano à esfera pública.

Nesses casos, essencial a aplicação da razoabilidade e ponderação por parte do julgador, tendo em vista o interesse público presente tanto na concessão da tutela antecipada quanto na sua suspensão.

Inclusive porque no âmbito das ações coletivas, dos danos gerados por uma medida antecipatória não pode ser atribuído ao legitimado, menos ainda aos detentores do direito tutelado, sendo certo que a responsabilização apenas seria dada em caso de má-fé comprovada.

Se nas ações individuais, a concessão de medida antecipatória deve vir acompanhada de uma análise detalhada e cuidadosa por parte do magistrado, nas ações coletivas ainda mais necessária cautela do julgador, eis que o bem da vida em questão transcende a esfera pessoal atingindo as esferas públicas e coletivas, para tanto, seja qual for o direito ali pleiteado.

¹¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. Disponível em: ARENHART, S. C. Reflexões sobre o princípio da demanda. Acesso em: 20 de julho de 2014.

¹¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. *In*: GRINOVER, A.P.; MENDES, A.G.C.; WATANABE, K. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pág. 24-25.

¹¹⁹ STJ, REsp 1243386/RS, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/06/2012. STJ, REsp 767741/PR, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15/12/2009.

4. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Até então se defendeu e justificou a aplicabilidade do ativismo judicial, seus fundamentos e reflexos no processo civil. No entanto, é de suma importância analisar e justificar as críticas a essa postura ativista, haja vista o caráter analítico desse texto, bem como a necessidade de fundamentar os argumentos que sustentam o estudo.

Como bem descrito anteriormente, o ativismo surge diante da crise democrática. São reflexos de um sistema em que seus integrantes não cumprem (ou cumprem mal) suas delineadas funções.

A hipertrofia e a dependência do poder judiciário, a criação de direitos pelo julgador para além dos casos concretos, o pilar da tripartição dos poderes e a judicialização da política são espécies de ativismo, pelos quais a crítica se perfaz; vejamos adiante cada um deles.

4.1. A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A tripartição do poder é princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, previsto no artigo 2º, da Constituição Federal, também utilizado na maioria das organizações de governo das democracias ocidentais.

Sua concepção remonta à inserção do artigo 16, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e consiste em atribuir a órgãos independentes e harmônicos entre si as funções estatais.

Pode-se citar, ainda, como fonte histórica dessa característica estatal, autores como Aristóteles - na obra "A Política" - e John Locke - em "Segundo Tratado sobre o Governo Civil" - os quais introduziram a divisão de poderes denotando a relevância da organização dos poderes dentro do Estado.

Todavia, foi o trabalho de *Charles-Louis de Secondat*, barão de *La Brède* e de *Montesquieu*, título pelo qual ficou conhecido na história da humanidade, que elevou a tripartição dos poderes mais proximamente de como é utilizado hoje, tendo sido o autor responsável pela fundamentação da divisão dos poderes do Estado, de modo a lhe grifar os contornos específicos a cada um deles.

Na divisão clássica de *Montesquieu*, tem-se que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem atribuições independentes e específicas, que lhe são próprias e determinadas para cada esfera de atuação, cabendo-lhes exercê-las de forma privativa (com exceção, é claro da possibilidade constitucional que legitima um determinado poder à fiscalização recíproca de outro – como bem firmado pela teoria dos *checks and balances*, ou pesos e contrapesos).

Montesquieu, pela tradução de Pedro Vieira Mota¹²⁰, descreve crítica segura e lógica no tocante a importância da separação dos poderes:

“Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”

O escopo da tripartição dos poderes é a desconcentração do poder. Trata-se de um pilar constitucional que procura estabelecer uma relação de equidade, a fim de que nenhum poder se condicione absoluto nas relações entre os membros da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos Poderes do Estado, quais sejam: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, garantindo-lhes autonomia e independência, devendo sua atuação ser harmônica entre si. A esse respeito, discorreu com grande autoridade José Afonso da Silva¹²¹:

“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

¹²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pág. 110.

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).”

Cuida, nesse texto, analisar com destaque a função judiciária estatal. Trata-se de uma das manifestações de soberania do Estado, que por sua importante atribuição, dados os conceitos lançados acima, não pode ser atribuída a nenhum outro pilar da democracia, seja pelo Executivo, tampouco ao Legislativo.

Além da função jurisdicional¹²², o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica (Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição – art. 102, *caput*), exerce a função de controle de correção, salta seus muros e interfere na validação do exercício dos outros poderes, de maneira preventiva e repressiva, podendo declarar a (i)legalidade atos de cunho executivo e a (in)constitucionalidade dos atos normativos.

¹²² A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo /efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão de tornar-se indiscutível. DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012. Pág. 95.

Ainda, em vista do dinamismo do Direito e das situações novas criadas pela vida moderna, a subsunção do fato concreto ou cotidiano à amplitude da legislação vigente, não raro, exige do magistrado um exercício que extrapola o que taxativamente positivado na teoria da tripartição dos poderes, bem como, a sistemática do *checks and balances*.

Os efeitos do remédio constitucional do mandado de injunção, por exemplo, concebidos na posição concretista individual intermediária, visam remover por meio de decisão judicial, o obstáculo legislativo ao exercício do direito constitucional.

Grande exemplo é a decisão proferida no Mandado de Injunção número 283 pelo Ministro Sepúlveda Pertence¹²³:

“Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8 par.3, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso

¹²³ STF - MI: 283 DF , Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 20/03/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882.

Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par.3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável."

Verifica-se que o julgamento do feito acima em destaque tratou-se de fixar prazo ao Congresso Nacional para que o legislador "ultimasse o processo legislativo" sob pena de reconhecer ao impetrante a faculdade de obter contra a União a respectiva indenização ante a inércia daquele poder.

A posição concretista, individual e intermediária, isto é, *inter partes* e capaz de remover o obstáculo ao exercício do direito, mas não permitindo a execução do direito em si, já denota alvoroço no tocante na tripartição dos poderes; à medida que determina ao Congresso Nacional o cumprimento de alguma diretriz sob pena de alguma sanção, mostra a clara interferência e auto imposição de um poder na esfera de atuação do outro.

Outro exemplo a ser citado do clássico concretista direto, é o julgamento do Mandado de Injunção número 3322¹²⁴ pelo Ministro Celso de Mello:

“MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO, POR ENTIDADES DE CLASSE E/OU ORGANISMOS SINDICAIS, DE REFERIDA AÇÃO CONSTITUCIONAL - DOCTRINA - PRECEDENTES (RTJ 166/751-752, v.g.) - SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À APOSENTADORIA ESPECIAL (CF, ART. 40, § 4º, I)- INJUSTA FRUSTRAÇÃO DESSE DIREITO EM DECORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONAL, PROLONGADA E LESIVA OMISSÃO IMPUTÁVEL A ÓRGÃOS ESTATAIS DA UNIÃO FEDERAL - CORRELAÇÃO ENTRE A IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR E O RECONHECIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA - A INÉRCIA DO PODER PÚBLICO COMO ELEMENTO REVELADOR DO DESRESPEITO ESTATAL AO DEVER DE LEGISLAR IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO - OMISSÕES NORMATIVAS INCONSTITUCIONAIS: UMA PRÁTICA GOVERNAMENTAL QUE SÓ FAZ REVELAR O DESPREZO DAS INSTITUIÇÕES OFICIAIS PELA AUTORIDADE SUPREMA DA LEI FUNDAMENTAL DO

¹²⁴ STF - MI: 3322 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 20/10/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011.

ESTADO - A COLMATAÇÃO JURISDICIONAL DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: UM GESTO DE FIDELIDADE, POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO, À SUPREMACIA HIERÁRQUICO-NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - A VOCAÇÃO PROTETIVA DO MANDADO DE INJUNÇÃO - LEGITIMIDADE DOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO NORMATIVA (DENTRE ELES, O RECURSO À ANALOGIA) COMO FORMA DE SUPLEMENTAÇÃO DA “INERTIA AGENDI VEL DELIBERANDI” - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS.”

O *writ* injuncional acima citado enalteceu sua função processual específica de viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas outorgados pela Constituição da República, de modo a impedir que a inércia do legislador desabrigue de eficácia das situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo texto constitucional.

Assim, o mandado de injunção, como ferramenta ao exercício do ativismo judicial, busca neutralizar as consequências decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos constitucionais de eficácia limitada, a qual entende lesiva dado o caso concreto levado à apreciação do Judiciário através da lide.

Fato é que o exercício efetivo de determinados direitos - depende, essencialmente, da intervenção concretizadora do legislador - suprida então pelo Judiciário que procede a colmatação da lacuna, ignorando se pelo poder Executivo se dará a adequada coordenação e implementação da medida a ser executada a partir da sentença judicial.

Assim, é possível levar à Suprema Corte uma gama inimaginável de temas constitucionais, principalmente aqueles concernentes à implementação de direitos fundamentais sociais. Nesse sentido já deliberou o Supremo¹²⁵:

“Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’.”

O que se debate é a intervenção do poder judiciário nos outros poderes em situações atípicas, além do que se previu no texto constitucional. Situações em que o Estado-Juiz se inclina a determinar ou suspender atos estritamente executivas ou legislativas.

Em importante trabalho sobre o tema, Frédéric Gosselin¹²⁶ cita acórdão revolucionário da Corte de Cassação de Bruxelas de 28 de setembro de 2006:

“Para lembrar, nesse acórdão, a Corte de Cassação, depois de ter lembrado que a separação dos poderes não pode obstaculizar que um Tribunal julgue uma falta cometida pelo Chefe de Estado, dito em

¹²⁵ RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006.

¹²⁶ GOSSELIN, Frederic. PODEMOS FALAR DE CONCORRÊNCIA ENTRE O JUIZ E O LEGISLADOR? O paper apresentado no seminário do Centro de Direito Público intitulado É o juiz ou o legislador: quem governa? Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/41/18>. Acesso em: 28 de julho de 2014.

outras linhas como um Tribunal da ordem judiciária tem o poder de controlar se o poder legislativo legiferou de maneira adequada e suficiente permitindo ao Estado que respeite um direito consagrado pela norma superior, proporcionando que o direito seja julgado dentro de um prazo razoável em face do artigo 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Os Presidentes da Câmara e do Senado não deixaram de manifestar surpresa por que não dizer indignação, a respeito desse acórdão, um deputado honorário, jurista dentre outros, qualificando essa decisão nada mais nada menos de um *acórdão puramente político que visa substituir o nosso Estado democrático em uma sociedade corporativista, fundada no governo dos juízes*¹²⁷.

Para ele, a teoria da Tripartição dos Poderes não pode impedir que o Judiciário sancione uma falha do poder Legislativo já que o Estado tem responsabilidade civil em caso de regulamentação de norma não justificando que o mesmo legislador omita-se deste mister culposamente.

A crítica que se faz é que o estabelecimento de alguns limites à intervenção judicial é medida necessária. No entanto, deixar este equilíbrio a cargo dos próprios magistrados pode desprivilegiar a segurança jurídica, de modo a surtir efeitos econômicos e sociais indesejados.

A inafastável conclusão de que o juiz ativista transpõe os limites dos poderes constitucionais não pode ser declarada como inverídica. Essa tese careceria de firmes arrimos.

O que se pretende é destacar situações extremas em que essa necessidade é premente diante da ausência de vias de socorro.

Vale dizer, a solução não parece satisfatória, pois não apresenta garantias de atuação responsável de todos os três poderes, seja para aquele que vai criar as leis e deixa de fazê-lo a contento; seja para aquele que vai suprir a omissão por ordem mandamental; tal qual, aquele que não conseguirá cumprir tal ordem por simples impossibilidade material de fazê-lo. Vê-se aí que as três

¹²⁷ Jornal Le Soir, 06 de setembro de 2006, p. 19.

funções básicas de cada um dos Três Poderes estabelecidos podem restar, em algum momento, gravemente comprometidas.

Inarredável admitir, no entanto, que o ativismo judicial talvez seja o primeiro passo para fazer agir as outras pontas estatais, futuramente atuando como puro e simples controle de constitucionalidade. Neste sentido Giovanni Bigolin¹²⁸:

“Mesmo sob o ponto de vista conservador no manejo do princípio da separação de poderes, a intervenção judicial se mostra visível para implementar a manifestada opção do legislador, compelindo o executor do orçamento a agir conforme a decisão explicitada no orçamento.”

Assim, a crítica segura e lógica a concluir o ponto é de que, a rigor, é dever primar pela manutenção das barreiras constitucionais estabelecidas na divisão de poderes. Cada ente estatal deve resguardar sua função e cumprir seu mandato constitucional. No esteio de suas funções previamente estabelecidas, a função judiciária deve, via de regra, apenas ultrapassar suas barreiras nas hipóteses e formas previamente delimitadas na carta constitucional.

O combatido posicionamento ativista, por meio do qual o magistrado extrapola sua função, deve ser exceção do sistema, emergindo apenas nas hipóteses de crise democrática, a fim de resguardar os valores constitucionais primordiais, que não alcançaram o devido socorro nos trilhos do sistema.

4.2. O JUIZ COMO CRIADOR DE DIREITOS

O conceito de jurisdição, como visto anteriormente, elenca como uma de suas premissas a atividade criativa por parte do Estado no exercício de sua função jurisdicional. No entanto, vale dizer que essa criação deve, no acerto clássico, limitar-se aos casos concretos que lhe são postos.

¹²⁸ BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. In: Revista Doutrina. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15658-15659-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 de agosto de 2014.

A aplicação da lei ao caso concreto, temperada pela jurisprudência, pela doutrina, pela analogia, pelos princípios gerais do direito, pelos costumes e pela equidade, tem o condão de germinar para as partes a regra para os casos em concreto. Essa é a forma padrão a ser perseguida pelos magistrados nos casos em que dispõe dos parâmetros elencados acima para judicar.

O Direito como ciência jurídica e social, dinâmico por natureza, concentra normas positivadas com características de generalidade e abstração; entretanto, ao fato concreto nem sempre é possível a subsunção plena à norma, o que o afasta da adequação à realidade social – premissa primária do Direito. A respeito do tema cita-se Arthur Kauffman¹²⁹:

“O dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real. O direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do direito aplicável não pode existir uma correção objetiva do direito.”

No mesmo sentido Hans-Georg Gadamer¹³⁰ coloca a interpretação e a aplicação do Direito com sentidos equivalentes:

“A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz.”

Neste contexto, a figura do juiz passa então de exegeta a verdadeiro instrumento do sistema normativo a saber, por exemplo, das súmulas vinculantes

¹²⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 315-316.

¹³⁰ GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 392.

editadas pelo STF. Assim, verifica-se o reposicionamento do paradigma da separação constitucional de competências, conforme Ricardo Pinha Alonso¹³¹:

“O momento de aplicação do direito parece estar se transformando em momento de produção do direito. Juízes, Tribunais e Cortes Constitucionais avançam, cada vez mais, na competência outrora reservada à função legislativa. O paradigma da separação constitucional de competências está sendo redimensionado.”

O ponto nevrálgico da questão toca justamente à legitimidade da função jurisdicional quando ultrapassa o âmbito de interpretação e aplicação, para a criação do direito com vistas ao caso em abstrato.

Já dissemos nesse estudo que a necessidade do ativismo surge naqueles casos em que a solução não está pré-estabelecida pelo ordenamento. Eventualmente, caberá ao judiciário criar o direito para o caso em concreto, o qual surtirá reflexos nos casos em abstrato. Mais além, é possível no ordenamento que o juiz crie a regra para o caso em abstrato, como no caso das súmulas vinculantes e das chamadas mutações constitucionais, por exemplo.

Principalmente quando do funcionamento dos mecanismos do controle de constitucionalidade difuso e do controle concentrado do STF. Ainda na opinião de Ricardo Pinha Alonso:

“O Judiciário, na função jurisdicional, deveria atuar na solução dos litígios, interpretando e aplicando a lei, agindo, pois, secundariamente em relação à criação do direito. Não deveria criar o direito, mas aplicá-lo, ainda que necessário o esforço interpretativo e a utilização de métodos criados e previstos também pelo legislador, como a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade. A atuação política estatal sempre esteve ligada à função legisferante, com intensa participação do Poder Executivo, seja na

¹³¹ ALONSO, Ricardo Pinha. JUIZ: APLICADOR OU CRIADOR DO DIREITO?. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/050307.pdf>. Acesso em: 28 de julho de 2014.

iniciativa, seja na intervenção no parlamento pelos membros que sustentam o governo, seja ainda na possibilidade de veto aos projetos aprovados pela Casa Legislativa.”

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, conferiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de editar as súmulas vinculantes, as quais, assim como os precedentes judiciais da Suprema Corte nos Estados Unidos, vinculam todas as instâncias anteriores a ela.

A súmula 25 editada pelo STF é tão fonte formal do Direito que derroga o artigo 652 do Código Civil e o próprio inciso LXVII do art. 5º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, importante a comparação a *Common Law*, especialmente com o Sistema norte americano, já que o fenômeno já se deu há mais de duzentos anos. Tem-se que, por lá a questão já é pacificada no sentido do acolhimento pelo *judge-made law*, ou Direito criado pelos juízes.

Assim, se o juiz se distancia do texto legal, em um determinado momento não há mais a pura interpretação da norma positivada, mas uma situação intermediária entre a aplicação do direito e a criação do direito.

A crítica, nesse linear, se desenvolve na media em que essa atuação é despida de legitimidade democrática prévia. Com exceção das situações legitimadas pelo ordenamento, a atuação do judiciário com vistas à criação do direito em abstrato deve ser medida excepcionalíssima, quando muito para garantir direitos fundamentais, de modo a respeitar os limites do enquadramento do sistema.

4.3. AS CONSEQUÊNCIAS DA HIPERTROFIA E DA DEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO

A despeito das necessidades e legitimidades para o ativismo, anteriormente expostas, é importante pontuar que essa atividade majora demasiadamente a participação do judiciário na sociedade.

Essa participação conduz a uma dependência da atuação judicial para que os direitos e garantias sejam reconhecidos e implementados. A crise

democrática legitimou o judiciário como supridor de ineficiência legislativa e executor de políticas públicas executivas.

No entanto, essa atuação que não é função típica desse órgão, outrora garantida como exceção, passou a ser a regra. Vide, a título de exemplo, a corriqueira situação em que um cidadão hipossuficiente que precisa de um remédio não mais busca o amparo da Secretaria de Saúde que o atende, mas busca uma tutela judicial para suprir a omissão do executivo.

Ainda, essa atuação sobrecarrega a função jurisdicional que, na maioria das vezes, carece de estrutura material e pessoal para atender as demandas ordinárias.

A questão é: até que ponto é benéfico à sociedade ter um Poder Judiciário mais sobressaltado? ; quais os limites imputados ao Judiciário? Vale dizer que há projetos de Lei que pretendem regradar essa situação ("Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas" debatido no Curso de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de autoria de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe).

Realizadas as primeiras indagações sobre o tema, observa-se que a hipertrofia de um dos poderes legitimados não se trata de tema recorrente. Historicamente, no período Pós-Revolução Francesa, com a criação do Estado Liberal, com clara distinção entre o público e o privado houve, também, a forte atuação do Estado em garantir a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade. Neste período nasceram os direitos fundamentais, conhecidos como de primeira geração, e tinham como principal pressuposto o ideário de liberdade.

Com o surgimento do Estado Social de Direito, no século XX, marcado por uma maior defesa intervencionista estatal efetiva no campo econômico e social, das prestações positivas do Estado na aplicação da igualdade material e na realização da justiça social. Este período relaciona-se com os direitos sociais de segunda geração, ligados a ideia de igualdade.

Atualmente, vive-se a "Era do Judiciário", a qual está diretamente ligada ao reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira geração, quais sejam, os direitos coletivos, de solidariedade e fraternidade, direitos concernentes

ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à defesa do consumidor, da criança, do idoso etc., e, na concepção dos doutrinadores mais modernos, podemos incluir os direitos de quarta geração, que correspondem aos novos direitos sociais decorrentes da evolução da sociedade e da globalização.

De acordo com as considerações de Oscar Vilhena¹³²:

"(...) o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, antes de tudo, uma conseqüência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não é um processo recente. Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição"

É, justamente, no intuito de concretizar estes direitos, que se tem um Poder Judiciário mais atuante. Em que pese seja uma função típica do Poder Legislativo a edição de normas que regulamentam o Estado, a conduta dos cidadãos e das organizações públicas e privadas este muitas vezes prostrou-se inerte.

¹³²VILHENA, Oscar. Supremocracia. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005. Acesso em 23/11/2014.

Conforme ensina Karine Lyra Corrêa¹³³:

"Desde a promulgação da Constituição Federal, o STF tem entendido o Mandado de Injunção como uma ação por meio da qual apenas se reconhece a mora do Legislativo em regulamentar a norma constitucional. Ao Judiciário caberia tão somente dar ciência da mora ao Poder Competente, para que esse edite o regulamento necessário. Tal posicionamento foi denominado de "não-concretista", pois por meio dele o Tribunal não entregava a prestação jurisdicional concreta, requerida pelas partes."

O fenômeno da globalização trouxe consigo uma nova realidade. As sociedades sofrem constantes e rápidas modificações e transformações tecnológicas, sociais, políticas e econômicas. Em contrapartida, o Estado tem demonstrado um descompasso com o ritmo da sociedade, a fim de sanar as questões decorrentes destas mudanças, razão pela qual o judiciário passa a ser instado a solucionar a carência percebida pela sociedade.

Conforme asseverou Gunther Teubner¹³⁴ a hipertrofia é fenômeno típico do Estado Social de Direito ou da sua própria crise, pois as esferas sociais da vida passam a ser objeto de prescrição constitucional, legislativa e regulamentar.

O Estado não intervém apenas no domínio econômico, mas em todas as áreas atinentes a vida em sociedade, do que resulta uma 'juridificação' das esferas sociais, tais como política, economia, saúde, esporte, religião, ciência etc., implicando uma criação vultosa e explosiva da regulação estatal

O ativismo judicial, como outrora conceituado, pode ser visto como uma participação do Judiciário em solucionar esses conflitos em situações que a lei e os demais Poderes são omissos, na busca pela pacificação e justiça social.

¹³³ CORRÊA, Karine Lyra. A nova interpretação do STF sobre os efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/a-nova-interpretacao-do-stf-sobre-os-efeitos-do-mandado-de-injuncao-e-o-principio-da-separacao-de-poderes/>. Acesso em: 30 de julho de 2014

¹³⁴ TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/22297>. Acesso em: 02 de setembro de 2014.

Verifica-se que o ativismo judicial que inicialmente conferiu maior efetividade as normas jurídicas concretizando o espírito da lei, na a busca da paz e da justiça social. Todavia, em última análise pode ser caracterizado como um fenômeno de ruptura com a norma, de modo afastar o texto legal.

Veja bem, não se trata de rechaçar as técnicas interpretativas da legislação vigente, mas sim alertar para as consequências negativas de ter um dos poderes mais atuante que os demais.

O Judiciário não pode se negar a decidir o caso concreto. No entanto, o debate se instala na necessidade de aprimoramento de todas as funções estatais, distribuindo entre todas as esferas de governo as decisões e a execução dos mandamentos constitucionais, necessários para a resolução dos conflitos.

A dependência do judiciário é uma das inevitáveis consequências do ativismo. Aceitar o ativismo significa aceitar esse efeito colateral. Trata-se, portanto de permitir uma desestruturação do sistema que, a primeira vista, desconstrói o sistema democrático.

Em suma, a análise cinge-se aos limites dessa dependência e de sua legitimidade nas hipóteses em que se admite o ativismo, principalmente no que toca à implementação de direitos e garantias fundamentais, na medida da omissão dos outros poderes.

4.3.1. A DEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Em complemento ao que foi exposto sobre a dependência do judiciário, vale breve inserção na complexa temática da judicialização da política. Apesar intrinsecamente relacionados, conforme discorreremos em capítulo anterior, o ativismo judicial e a judicialização da política não se confundem. Trata-se, em verdade, de mais um inarredável efeito do ativismo judicial.

A judicialização da política consiste na intervenção do Poder Judiciário, pela via indireta, nas decisões políticas. Vejamos o que dispõe sobre o tema Manoel Messias Peixinho¹³⁵:

"o tema judicialização da política ou politização da justiça denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria dos *checks and balances*."

De igual sorte, Boaventura de Souza Santos¹³⁶ assevera que:

"A judicialização da política conduz à politização da justiça (...) Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afetam de modo significativo as condições políticas."

De acordo com Marcos Faro de Castro¹³⁷ a judicialização da política pode ser dividida em duas vertentes, quais sejam:

"(1) um novo "ativismo judicial", isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas

¹³⁵ PEIXINHO, Manoel Messias. O Princípio da Separação dos poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais, Anais do XII Congresso Nacional do Conpedi. Brasília, 20 a 22/11/2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf. Acesso em 26/11/2014.

¹³⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. Judicialização da política. Centro de Estudos Sociais. Universidade de Coimbra, maio 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opinia/bss/078en.php>. Acessado em 28/11/2014.

¹³⁷ CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm. Acesso em: 26/11/2014.

dessas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo); e

(2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar:

(a) procedimentos semelhantes aos processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (muitas vezes, o judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros)."

Como se vê, a judicialização é uma consequência do modelo constitucional adotado, não se trata de um ato de vontade política. Nessa judicialização há um processo de transferência do exercício da função executiva e legislativa, para a atuação judicial.

Ran Hirschl¹³⁸ apresenta a seguinte classificação para a judicialização: (a) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; (b) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; (c) judicialização da política pura ou da política macro, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política.

A expansão do tema político na esfera judicial, nesse contexto pós-moderno, amplia o debate das questões morais e políticas no âmbito da sociedade, em um novo espaço, no Poder Judiciário. Esse novo protagonista, não se furta na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

De outra banda, o ativismo judicial consiste na vontade do operador do direito de interpretar a Constituição extensivamente ou restritivamente, quer seja expandindo ou restringindo seu sentido e alcance, nos casos em que não houve previsão legislativa ou que a previsão existente não alcance a efetividade necessária para o caso concreto.

A judicialização, como resultado ou espécie de ativismo, implicaria em suma crítica, numa violação à vontade popular ao contrariar as decisões dos

¹³⁸ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. Pág. 273.

representantes do povo. O poder executivo seria, assim, o órgão legitimado a fim de avaliar a necessidade de se implementar e ampliar políticas públicas.

Via de regra, o judiciário deveria se limitar a declarar a necessidade de implementar tal ou qual política, jamais invadindo o legítimo espaço da discricionariedade administrativa.

Mas, a permissividade da expansão e atuação ativista, conduz a uma ampliação da judicialização da política. Em determinados casos, naqueles em que se considera legítimo o ativismo, o judiciário estaria plenamente legitimado para não só declarar a necessidade de certa política, mas sim de compelir ao executor que a faça de determinada maneira ou de outra.

Em que pese a crítica lançada, é certo que o que delinearão os passos da judicialização. A situação atual é urgente e seu remédio também é. Sendo assim, o judiciário lança mão de seus instrumentos, tal qual o ativismo, a fim de cadenciar o sistema.

Em contraponto, o transcorrer dessa atuação ao longo do tempo poderá romper o intuito inicial visto que seu ciclo não tem ponto final certo. O conflito de princípios e valores não pode afastar a necessidade de efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos. Mas é necessário estabelecer os limites e os parâmetros dessa atuação, haja vista que suas consequências podem se contrapor com a ideia inicial que a permitia.

5. CONCLUSÕES

A proposta do presente trabalho foi a de analisar função judiciária como um todo, destacando os caminhos que levam ao ativismo judicial, suas hipóteses permissivas, o porquê de sua existência e as críticas a essa atuação.

Sempre no enfoque da eficiência processual como pilar do processo moderno, adotou-se a busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais como um paradigma do processo civil.

Os reflexos do ativismo judicial no processo civil, sua necessidade e seus limites, no anseio pelo ponto de equilíbrio do sistema foi o foco das linhas traçadas.

Observou-se que uma das características marcantes do Estado pós-neoconstitucional é a valorização dos princípios norteadores do sistema jurídico. Ficou evidente que a adoção de novas premissas, tais quais a difusão da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, culminou na transformação de um Estado legalista para um Estado constitucionalista.

Essa mudança exigiu dos operadores diversas adaptações e implementação de novos instrumentos que atendessem a variada gama de demandas dessa sociedade transformada.

Destacou-se como fundamento de aplicação do ativismo e reflexo do sistema a instalada crise democrática. Essa crise se caracteriza pela ineficiência dos poderes legislativo e executivo, no exercício de suas funções típicas. A sociedade anseia por uma atuação não implementada, na busca pela efetivação de seus direitos e garantias fundamentais consagrados.

Afirmou-se, assim, que o ativismo judicial é um dos resultados dessa crise. A omissão estatal foi suprida, legitimamente, por um de seus órgãos. Seja para os grupos não representados, para os casos em que não houve edição ou implementação de norma para assegurar a direitos fundamentais ou para os casos em que a norma vigente não realiza a justiça para o caso concreto, o judiciário não se omitiu – até por que a ele isso não se permite – conduzindo a democracia.

Na descrição do instituto colheu-se que a expressão 'ativismo' surgiu num contexto semelhante, em que, na década de 1940, a Corte Constitucional dos EUA passou a se posicionar diante do Estado omissor.

Pois bem, diante da nova sistemática da técnica legislativa, superando a normatização casuística, com a implementação das chamadas cláusulas gerais, observou-se um maior avanço na atuação do Estado-Juiz, principalmente quando se vale do ativismo judicial.

O ativismo, em qualquer de suas dimensões (contra majoritário, jurisdicional, criativo ou remedial), propõe a busca pela efetividade na aplicação do Direito, com base na força normativa dos princípios, numa interpretação regradada pela razoabilidade e pela proporcionalidade.

De outra banda, de se notar a necessidade de implementar a permissividade de concessão de tutela antecipada de ofício, nos casos excepcionais, conforme disposto no presente estudo, no clamor pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Não há parcialidade visto que, ao garantir a efetividade do processo, observada a reversibilidade da medida, contribui-se para a celeridade da justiça no caso concreto.

Uma vez quebrada a inércia jurisdicional, com propositura da ação, cabe ao condutor da lide utilizar todos os instrumentos processuais necessários para direcionar à justa solução do conflito posto. A previsão expressa da possibilidade da concessão de tutela antecipada de ofício, no artigo 3º, da Lei 12.153/09, já evidencia a normatização dessa proposta.

Com relação à segurança jurídica deve-se focar, em primeiro lugar, na segurança quanto ao julgador e sua deontologia. O texto normativo jamais atingirá toda a amplitude de demandas, bem menos àqueles sem representação. Sendo assim esperar que dele haja segurança jurídica seria limitar o debate aos representados. A segurança está na livre atuação do magistrado e de todos os instrumentos que se dispõem para a efetivação do processo.

Entretanto, é de rigor pontuar que a necessidade de se resguardar as barreiras constitucionais estabelecidas na divisão de poderes não pode ser superada. A proposta apresentada é de, apenas nas hipóteses de crise

democrática configurada, no intuito de aplicar valores constitucionais de maior valor, que o juiz deve lançar mão do ativismo.

Em verdade, é urgente a necessidade de aprimoramento de todas as funções estatais. Sobrecarregar um dos pilares constitucionais não soluciona o problema posto. Exige-se, assim, uma maior distribuição da execução dos mandamentos constitucionais entre todas as esferas de governo, a fim de que todos participem das decisões necessários para a resolução dos conflitos.

Nesse esteio, estabelecidos os parâmetros da atuação ativista, bem como os passos necessários para as mudanças que afastariam a necessidade de implementa-lo.

Em suma, a análise cinge-se aos limites dessa dependência e de sua legitimidade nas hipóteses em que se admite o ativismo, principalmente no que toca à concretização de direitos e garantias fundamentais, na medida da omissão dos outros poderes.

Vejamos, por fim, algumas enumerações conclusivas:

1. Desconstrução da expressão ativismo como ruim. Ativismo é bom, é necessário, porém excepcional e momentâneo. Nas hipóteses de crise democrática configurada, no intuito de aplicar valores constitucionais de maior valor, o juiz deve lançar mão do ativismo;

2. A sociedade precisa de uma elevação da qualificação técnica, ética e moral dos poderes executivo e legislativo;

3. Enquanto a crise democrática estiver estabelecida, ou nos casos em que ela surgir, o ativismo continua legítimo;

4. Quanto mais tempo passar com a sociedade se valendo do ativismo, mais aumentam a ocorrência dos efeitos colaterais indesejados, tal qual a prejudicial dependência do Judiciário;

5. A segurança jurídica não se limita ao direito positivado pelo texto normativo. Ela precisa ser observada no âmbito dos três poderes;

6. A legitimação da separação de poderes deve perseguir os seguintes ideais: (i) embasar o projeto de governo estabelecido no contrato social; (ii) efetivar as leis democraticamente puras e, sobretudo, (iii) proteger os direitos fundamentais;

7. O ativismo judicial que supre a omissão de outro poder traz maior segurança jurídica ao sistema; sendo necessário que se utilize do processo como instrumento, como ferramenta e meio para solução de crises de direito material;

8. A quebra do paradigma de “poderes” e aumento do compartilhamento das “funções” é um dos meios para a superação da crise democrática;

9. O direito não está limitado ao texto, mas ele se constitui, igualmente, por princípios gerais que o legislador não concretiza em uma norma positiva;

10. No direito constitucional atual, o magistrado passou a ser muito mais atuante, considerando-se verdadeiro defensor da sociedade e da democracia, visto que a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas também, alvo de transformação política, social e econômica.

6. BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003;

ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos da Inglaterra. São Paulo: RT, 2010;

ARANTES, R. B. Judiciário e Política no Brasil. São Paulo: Idesp, 1997;

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. *In*: GRINOVER, A.P.; MENDES, A.G.C.; WATANABE, K. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

ARISTÓTELES. Política. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1997;

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. em Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999;

_____. Teoría de La Argumentación Jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Izabel Espejo. Editora Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989;

ALONSO, Ricardo Pinha. JUIZ: APLICADOR OU CRIADOR DO DIREITO?. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/050307.pdf>. Acesso em: 28 de julho de 2014;

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo Contemporâneo. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf. Acesso em 21 de abril de 2013;

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012;

_____. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. In Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 18, abr./ jun. 2009;

_____. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm. Acesso em: 27 de janeiro de 2013;

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004;

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

_____. Efetividade do processo e técnica processual. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003;

BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch. 2nd ed. New Haven, CT: Yale University Press, 1986;

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. In: Revista Doutrina. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15658-15659-1-PB.pdf>.

Acesso em: 14 de agosto de 2014;

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995;

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. UnB, Brasília, 1996;

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998;

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Proporcionalidade e Processo. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2006;

BORK, Robert. Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges. Washington, DC: AEI Press, 2003;

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais - 2ª parte*, 1ª ed., 2ª tiragem.. Brasília: Brasília Jurídica, 2002;

CALAMANDREI, Piero. Eles, os Juízes, vistos por nós, os advogados. Tradução de Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica, 1991;

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, ano 2 (2013), nº 6. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em 11 de maio de 2013;

CAMPOS, Milton. in: RF 187/21 apud SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000;

CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. Judicial Policies: Implementation and Impact. 2nd ed. Washington, DC: Congressional Quarterly Books, 1998;

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997;

_____. Política pública não pode ser decidida por tribunal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-23/entrevista-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues>. Acesso em: 15 de novembro de 2012;

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Título Original: *Giudici Legislatori?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999;

_____. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999;

_____ e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988;

CARRESE, Paul O. The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism. Chicago: University of Chicago Press, 2003;

CARVALHO, Carlos Eduardo de. Ativismo judicial em crise. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12781/ativismo-judicial-em-crise/print>. Acesso em 15 de dezembro de 2012;

CARVALHO, Ernani Rodrigues. A judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista Sociologia Política, Curitiba, n. 23, Nov 2004, p. 115-126;

CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Sobre os Limites da Argumentação Jurídica: a desconstrução do ativismo judicial fundado na ponderação de princípios e a reinvenção da legitimidade jurídica nos pensamentos da Jürgen Habermas e Chantal Mouffe. Revista do Direito Público, Londrina, v.8, n.1, p.9-52, jan./ abr.2013. DOI: 10.5433/1980-511X.2013v8n1p9;

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 12, nr. 34, junho/1997, p. 147-156;

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002;

_____. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. ALCEU, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004, p. 105-113;

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 23, jan. 2003;

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trotta, 2003;

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

COMTE, Auguste. *Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie Instituant la Religion de l'Humanité* – Paris, 1851-1854 - 4 volumes;

CORRÊA, Karine Lyra. A nova interpretação do STF sobre os efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/a-nova-interpretacao-do-stf-sobre-os-efeitos-do-mandado-de-injuncao-e-o-principio-da-separacao-de-poderes/>. Acesso em: 30 de julho de 2014;

CUNHA Jr., Dirley da. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2008;

_____. Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática. Salvador: Jus Podvm, 2006;

_____. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2008;

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: RT, 1996;

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012;

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

_____. Fundamentos do processo civil moderno. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

_____. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I, II, III e IV. São Paulo: Malheiros, 2009;

_____. Nova era do processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004;

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada. São Paulo: Saraiva, 1994;

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

_____. Taking Rights Seriously. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977;

FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Nº 15. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000;

FERREIRA, Eduardo O. O novo constitucionalismo. Visão Jurídica. São Paulo: Escala, 2010, nº 48;

FUX, Luiz. Curso de direito processual civil - Volume 1: Processo de Conhecimento. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

_____. Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1995;

_____. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006;

GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003;

GALDINO, Flavio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

GARAPON, A. O juiz e a democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2001;

GRAGLIA, Lino A. Disaster by Decree. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1976;

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. Emory Law Journal Vol. 58 (5), 2009;

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo, Estudos e pareceres. São Paulo: DPJ, 2005;

Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007;

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito Constitucional Comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006;

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12921>. Acesso em 15 de janeiro de 2013;

GOSELIN, Frederic. PODEMOS FALAR DE CONCORRÊNCIA ENTRE O JUIZ E O LEGISLADOR? O paper apresentado no seminário do Centro de Direito Público intitulado É o juiz ou o legislador: quem governa? Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/41/18>. Acesso em: 28 de julho de 2014;

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997;

HALIS, Denis de Castro. A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia. Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 24, jan/jun 2004, p. 32-66;

HART, Hebert. L. A. The Concept of Law Oxford: Oxford University Press, 1961;

HARWOOD, Sterling. Judicial Activism: A Restrained Defense. London: Austin & Winfield Publishers, 1996;

HESSE, Konrad. A força Normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Título Original: Die Normativa Kraft der Verfassung. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991;

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004;

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

HOLLAND, Kenneth M. Judicial Activism in Comparative: Perspective. Hampshire, England: Palgrave Macmillan, 1991;

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas gerais no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004;

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002;

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. A responsabilidade Civil do Juiz. São Paulo: RT, 2000;

LEAL, Saul Tourinho. O ativismo judicial. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/SAUL_TOURINHO.pdf. Acesso em 30 de novembro de 2012;

_____. Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/87/disserta%E7%E3o_Saul%20Tourinho%20Leal.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 de dezembro de 2012;

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009;

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: BERCOVICI, G.; SOUZA NETO, C.P.; MORAES FILHO; J.F.;

LIMA, M.M. Teoria da Constituição – Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 199-255;

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Measuring Judicial Activism. Oxford: University Press, 2009;

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Editorial Ariel, 1986;

LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007;

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

KENNEDY, Duncan. A Critique of Adjudication. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998;

KILGORE, Carrol D. Judicial Tyranny: An Inquiry into the Integrity of the Federal Judiciary. Nashville: Thomas Nelson, 1977;

KLEIN, Franz. Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.p. 25. Apud NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ativismo e protagonismo judicial em xeque. Argumentos pragmáticos. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <http://http://jus.com.br/revista/texto/12587> . Acesso em: 23 de abril de 2013;

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of "judicial activism". California Law Review, v. 92, 2004, p. 1441-1477;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: RT, 2009;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

_____.; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. 4. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

MARQUES, Gabriel. Curso de Direito Constitucional I. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/97172325/CURSO-DE-CONSTITUCIONAL-I-PROF-GABRIEL-MARQUES-2012-1>. Acesso em: 22 de março de 2013;

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. v. 1. 2ª ed. Campinas: Millennium, 1998;

MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. University of North Carolina (UNC) at Chapel Hill - School of Law. September 2002. University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002;

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção"- As cláusulas gerias no projeto do Código Civil brasileiro. São Paulo: RT, 1998. Nº 753;

_____. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999;

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de MartonioMont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: CEBRAP, 2000;

MIGLIAVACCA, Luciano de Araujo. Ativismo judicial e processo civil no estado contemporâneo. Disponível em: <http://www.seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/280>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2012;

MILLER, Arthur Selwyn. *Toward Increased Judicial Activism*. Westport, UK: Greenwood Press, 1982;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993;

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010;

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2003;

MORGAN, David Gwynn. *A Judgment Too Far? Judicial Activism and the Constitution*. Dublin, Ireland: Cork University Press, 2001;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. In: *Temas de Direito Processual*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980;

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2006;

NERY Jr. Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011. apud WIACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte, Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996. § 25, III, 3;

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: Do Formalismo no Processo Civil. 2ª ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003;

OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Parâmetros Hermenêuticos da Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado em Direito na PUC-Rio. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/17610/17610_1.PDF. Acesso em 11 de março de 2013;

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011;

PEIXINHO, Manoel Messias. O Princípio da Separação dos poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais, Anais do XII Congresso Nacional do Conpedi. Brasília, 20 a 22/11/2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf. Acesso em 26/11/2014;

PIZÓN, Gabriel de Vega. La discrecionalidad administrativa. In: Temas de derecho administrativo contemporâneo. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005;

POWERS, Stephen P.; ROTHMAN, Stanley Rothman. The Least Dangerous Branch? Consequences of Judicial Activism. Westport: Praeger Paperbacks, 2002;

POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013;

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

PUOLI, José Carlos Baptista. Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002;

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial - Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010;

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

_____. O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias. São Paulo: Saraiva, 1998;

REBELL, Michael; BLOCK, Arthur R. Educational Policy Making and the Courts: An Empirical Study of Judicial Activism. Chicago: University of Chicago Press, 1982;

RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela. Brasília: Livraria do advogado, 2010;

RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Eduardo Batalha da Silva; BARBOSA, Samuel Rodrigues. Nas Fronteiras do Formalismo - Série Direito em Debate. São Paulo: Saraiva. 2010;

RUDÁ, Antônio Solón. Direito Penal Constitucional: da formação dos Estados modernos à política de criminalização como forma de controle social. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17441/direito-penal-constitucional-da-formacao-dos-estados-modernos-a-politica-de-criminalizacao-como-forma-de-controle-social/2#ixzz2Ta5TkMRX> Acesso em: 17 de março de 2013;

SALLES, Carlos Alberto de. As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro: estudos em homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009;

_____. Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: RT, 2003;

SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre principios y normas, Madrid: CEC, 1992;

_____. Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional, em "Ley, principios, derechos", Madrid : Dykinson, 1998;

_____. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, em "Neoconstitucionalismo(s)", org. Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003;

SANTOS, Boaventura de Souza. Judicialização da política. Centro de Estudos Sociais. Universidade de Coimbra, maio 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniaao/bss/078en.php>. Acessado em 28/11/2014;

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981;

SANTOS, Orlando Gomes. A caminho dos microssistemas. in Novos temas de direito civil. RJ: Forense, 1983;

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, set.- nov. de 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15 de janeiro de 2013;

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Lúmen Juris, 2006;

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas>. Acesso em: 13 de maio de 2013;

_____. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos refugiados: (lei n.9.474 de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008;

SCALABRIN, Felipe. Ativismo judicial, e juízes ativistas (inclusive) para a democracia. Disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=21978. Acesso em: 25 de novembro de 2012;

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. Fortune Vol. 35 (1), 1947;

SCHMITT, Carl. Teoría de La Constitución. México. Editora: Nacional, 1996;

SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. Tutela antecipada de ofício. Curitiba: Juruá, 2008;

SCHWARTZ, Herman. The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right. New York: Hill and Wang, 2002;

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa: qu'est que le tiers état. Tradução de Norma Azevedo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001;

SILVA, Adriana Maria Aureliano. Ativismo judicial e a efetividade dos direitos fundamentais sociais e do mínimo existencial da criança e do adolescente através da adoção por casais homoafetivos. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2484>. Acesso em: 23 de janeiro de 2013;

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985;

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, n. 798, pág. 23-50, abr. 2002;

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. A antecipação da tutela nos processos declaratórios. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005;

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Direito, Justiça e Princípios Constitucionais, Salvador: Jus Podivm, 2008;

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

_____. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

SUNSTEIN, Cass R. A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before. Princeton: Princeton University Press, 2009;

_____. Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005;

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1. 46ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext)

24322012000100002&script=sci_arttext. Acesso em: 03 de março de 2013;

TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/22297>. Acesso em: 02 de setembro de 2014;

TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>.

Acesso em: 10 de março de 2013;

VALE, André Rufino do. 50 anos do caso Lüth. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/view/724/505>. Acesso em: 06 de janeiro de 2014;

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009;

VAQUERO, Humberto Lúcio Menezes de. *O direito constitucional à razoável duração do processo e seus reflexos nos direitos humanos e fundamentais*. Dissertação de mestrado. Universidade de Fortaleza, 2010. Disponível em:

<http://www.uol01.unifor.br/oul/conteudosite/F1066349535/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2013;

VIANA FILHO, Luís. *A Vida de Rui Barbosa*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987;

VILHENA, Oscar. *Supremocracia*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005)

24322008000200005. Acesso em 23/11/2014;

WOLFE, Christopher Wolfe. *Judicial Activism*. 2nd ed. Totowa, NJ: Rowman & Littlefield Publishers, 1997;

XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13752>>. Acesso em: 26 set. 2012;

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Ackerman_The_New_Separation_of_Powers_HLR.pdf. Acesso em: 21 de abril de 2012.

_____. (Revista 2011.1 – 22 – Professor Adhemar Raymundo da Silva. Crítica ao neoconstitucionalismo. Pág. 179-203);

_____. 304 U.S. 144. United States v. Carolene Products Co. (No. 640). Argued: April 6, 1938. Decided: April 25, 1938. 7 F.Supp. 500, reversed. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/304/144>. Acesso em 06 de janeiro de 2014;

_____. 323 U.S. 214. Korematsu v. United States (No. 22). Argued: October 11, 12, 1944. Decided: December 18, 1944. 140 F.2d 289, affirmed. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/214>. Acesso em 06 de janeiro de 2014;