

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CLARISSA TASSINARI

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

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

Diretoria – CONPEDI

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

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

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Clarissa Tassinari; Fernando de Brito Alves; José Claudio Monteiro de Brito Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-686-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Ao recebermos o convite para coordenarmos o Grupo de Trabalho “Constituição e Democracia I”, já era possível prever a “conversação multitemática” que poderia compor este momento oportunizado pelo CONPEDI Porto Alegre/RS. Os 30 anos da Constituição brasileira e o processo eleitoral recente, acontecimentos do ano de 2018 relacionados ao título deste GT, poderiam justificar a efervescência da crítica político-constitucional e o grande interesse por debates afins em um eixo temático que, dado o volume de submissões, teve de ser fracionado em dois (“Constituição e Democracia I e II”). Em um contexto como este, diante da abrangência do tema proposto para este GT, ganha destaque a diversidade de enfoques nas pesquisas acadêmicas.

Não por acaso a discussão sobre Direito e Democracia desdobrou-se em abordagens, sob diferentes perspectivas teóricas, sobre Estado, constitucionalismo e jurisdição. Controle social, participação popular, sistema eleitoral e desafios para a democracia representativa deram contornos para discussão envolvendo o projeto democrático brasileiro. Judicialização da política, ativismo judicial, acesso à justiça, coletivização de demandas, efetividade e temporalidade do processo, precedentes e efeito vinculante e diálogos institucionais foram os principais assuntos que alinharam as reflexões apresentadas neste GT junto ao tema jurisdição.

Além disso, autoritarismo, papel do Estado e de suas instituições, crise do Estado na era da globalização, fontes normativas não estatais, dinâmica entre os três Poderes, matrizes de fundamentação do agir estatal (como o utilitarismo, por exemplo) e a livre nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal feita pela Presidência foram elementos que traduziram, na forma de pensamento crítico, as preocupações que giram em torno da conformação do Estado (brasileiro). Por fim, o cenário do constitucionalismo e de suas reformulações teóricas, como as questões do novo constitucionalismo latino-americano e da importância dos princípios constitucionais, também fizeram parte dos diálogos propostos.

Como se pode perceber através da breve síntese formulada acima, com os principais temas dos artigos apresentados no dia 15 de novembro de 2018, o que o leitor poderá “desbravar”

na sequência é uma série de caminhos para refletir sobre um tema comum – crises, transformações e alternativas para o constitucionalismo brasileiro e para sua fundamentação teórica. Eis o desafio, lançado para todos nós, que ousamos pensar o Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA / CESUPA

Profa. Dra. Clarissa Tassinari – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE PRECEDENTES, O CONTRADITÓRIO, A CELERIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL

THE RELATION BETWEEN THE SYSTEM OF PRECEDENTS, THE CONTRADICTORY, THE CELERY AND THE JUDICIAL ACTIVISM

Lais Alves Camargos ¹
Diva Alves Costa Neta ²

Resumo

A pretensão deste trabalho é demonstrar que, ao delegar aos Tribunais Superiores a direção dos precedentes, houve uma preponderância do ativismo judicial que, juntamente com a celeridade, configura uma proposta inadequada ao Estado Democrático de Direito. Será feita uma análise acerca deste paradigma e do princípio do contraditório, confrontando estes institutos com as propostas de reformas em torno da sumarização da cognição voltadas para uma celeridade do procedimento. Depois, será realizado um estudo sobre o ativismo e sua relação com a celeridade. Utilizar-se-á o método dedutivo para realização de uma pesquisa bibliográfica, com foco no processo constitucional como marco teórico.

Palavras-chave: Sistema de precedentes, Contraditório, Celeridade, Ativismo judicial, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The work's aim is to demonstrate that, by delegating to Superior Courts the direction of precedents, the judicial activism prevailed. With the celerity, it constitutes an inadequate proposal to the Democratic Rule of Law, which will be analyzed with the contradictory principle, confronting these institutes with the proposals of reforms regarding the summarization of cognition directed towards a celerity of the procedure. Then, a study on activism and its relation to celerity will be made. The deductive method will be used to carry out a bibliographical research, focusing on the constitutional process as a theoretical framework.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedents system, Right to adversary proceedings, Celerity, Judicial activism, Democratic rule of law

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil. Assessora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

² Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Público pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela PUC Minas e em Letras pela UFMG. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Com a redemocratização do Estado o povo passou a ter direito de acesso à justiça e à função jurisdicional em um ambiente de maior cidadania e consciência de direitos, que passam a ser reivindicados perante o judiciário. A partir deste movimento constitucionalista houve a expansão da Jurisdição Constitucional brasileira.

No Estado Democrático de Direito há necessidade, não apenas da criação, mas também da viabilização de mecanismos que realmente permitam aos interessados a construção de soluções para os conflitos. Dessa forma, a solução do caso proposto ao Judiciário não pode ser um simples provimento emanado por este órgão, devendo ser adequada, eficiente e eficaz para os desentendimentos. Além disso, as partes devem ter oportunidade de efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, o que gerará repercussões na fundamentação da decisão desenvolvida pelos órgãos do Judiciário.

Não obstante, difundiu-se a idéia de que, havendo uma redução do tempo da prestação da tutela dos direitos gerará uma jurisdição efetiva, o que não se mostra adequado ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que aumentam as chances de que a decisão judicial seja arbitrária, por se esquecer de dar o valor devido à garantia fundamental que é o contraditório.

Importante ressaltar que o constitucionalismo processual contemporâneo preocupa-se com as garantias dos direitos fundamentais que, em regra, devem preponderar sobre demais normas do ordenamento jurídico e, com isso, o Judiciário passou a ser provocado diante de situações de inércia do Legislativo e do Executivo, ensejando uma atuação considerada proativa, ou seja, o fenômeno do ativismo judicial.

De forma a privilegiar a celeridade do processo, o CPC estabeleceu muitos mecanismos para sua simplificação, como o julgamento improcedente de forma antecipada e independente de citação do réu quando baseado em enunciado de súmula ou acórdão do STF ou STJ, em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e em enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Entretanto, não se pode buscar a simplicidade e a eficácia processuais, com o sacrifício das garantias fundamentais do processo, como o contraditório, pois a celeridade sozinha não resolve o problema do acesso à jurisdição, já que não basta ter direito à ação, há necessidade de ter direito à ação e uma resposta condizente com o Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista que determinar o papel apropriado do Poder Judiciário, o modelo de decisão judicial e o comportamento dos juízes são problemas trazidos pelo ativismo judicial, de modo a justificar a atuação de juízes não eleitos na democracia constitucional, esta é a relevância do tema problema proposto neste trabalho, sendo objetivo deste estudo analisar até que ponto a celeridade implantada no CPC facilita a prática do ativismo judicial sendo, ao mesmo tempo, um obstáculo ao exercício pleno do contraditório.

A técnica metodológica adotada foi a de pesquisa teórica, em livros, teses, dissertações e artigos, sendo que o foco hermenêutico proposto para este estudo terá como marco teórico a Teoria do Processo Constitucional Democrático.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Trata-se, o Estado Democrático de Direito (EDD), do paradigma estabelecido pela Constituição da República¹ de 1988, em seu preâmbulo² e artigo 1º, o qual estabelece que "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]". (BRASIL, 1988)

Em primeiro lugar, é importante salientar que:

A opção constitucionalmente formalizada por um paradigma é indicativa dos fundamentos que deverão nortear a interpretação jurídica a ser realizada, a perdurar até o momento em que a teoria no sentido lato seja substituída por outra, que lhe supere cientificamente. (THIBAU, 2008, p. 351)

Assim, tendo em vista que os paradigmas refletem a forma pela qual a linguagem se estrutura em um determinado momento histórico, no âmbito do direito, eles oferecem as bases para uma investigação, um estudo da importância do Estado e dos direitos fundamentais, sendo, por isso, relevante seu estudo (LEAL, 2002).

¹ Compreendida como o complexo de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, ou a ordem jurídica fundamental da comunidade, acrescentando, ainda, que ela estabelece os pressupostos de criação, de vigência e de execução das normas do resto do ordenamento, determinando amplamente seu conteúdo, bem como se converte em elemento de unidade da comunidade em seu conjunto, colocando-se ela, em razão disso, como base, como ponto de partida e como fundamento de validade de todo o sistema." (LEAL, 2003, p. XVI)

² "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL." (BRASIL, 1988)

O Estado Democrático de Direito, paradigma adotado pela atual Constituição brasileira, decorre de uma evolução histórica, que passou pelo Estado Liberal e pelo Estado Social, superando as contradições e deficiências dos paradigmas sucedidos, resultando, atualmente, "na articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais" (BRÊTAS, 2012b, p. 123).

Considera-se a democracia, não apenas a forma de Estado e de governo, mas "um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder político, que tem origem no povo [...]" (BRÊTAS, 2012b, p. 123-124).

Já o Estado de Direito é "informado por gama variada de idéias-mestras que lhe dão contextura, espécies de subprincípios, albergados em normas expressas nas modernas Constituições, que determinam, direcionam e conformam as atividades do Estado, limitando-lhe o exercício do poder" (BRÊTAS, 2012b, p. 125).

Desta forma,

Se o Estado de Direito aponta para a limitação do poder estatal a partir das normas por ele mesmo editadas e do respeito aos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito vai além, para também propiciar aos cidadãos o manejo de instrumentos adequados e viáveis para influenciar nos rumos do Estado, na condição de detentores primários e legítimos do poder. Com efeito, na égide do Estado Democrático de Direito, deve o Estado não somente permitir ou não obstar, mas também oferecer e garantir a existência de canais dialógicos, que proporcionem aos cidadãos uma efetiva participação nos debates e decisões estatais, mediante análise crítica da realidade. Além disso, essa participação deve ser levada em consideração pelos governantes na tomada das decisões, seja no acolhimento ou na rejeição, de forma fundamentada. (SENA; MUZZI FILHO, 2017, p. 80-81)

A Constituição da República de 1988, portanto, reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, configurando o Estado Democrático de Direito, o qual é representado por um conjunto de normas jurídicas constitucionais, garantidoras de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o direito à jurisdição pela garantia do devido processo constitucional, estruturado em princípios como o do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões emanadas por órgãos jurisdicionais e da prestação adequada de serviços públicos pelo Estado (FREITAS, 2010).

Assim, o Estado Democrático de Direito tem sua base estruturante no direito do povo às funções do Estado, essenciais e jurídicas (legislativa, executiva ou administrativa ou governamental e a jurisdicional) que, do ponto de vista do processo (jurisdicional ou administrativo), ao administrado, efetivado estará o direito ao devido processo constitucional, desde que observados os preceitos elencados na Constituição de 1988. (FREITAS, 2014, p. 74)

A respeito da função jurisdicional, que, na concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, é a atividade-dever do Estado, prestada por órgãos competentes

indicados no texto da Constituição, somente sendo exercida sob petição da parte interessada e mediante a garantia do devido processo constitucional, leciona Ronaldo Brêtas:

Aspecto de extrema relevância a se considerar sobre a função jurisdicional no Estado contemporâneo prende-se aos estudos desenvolvidos no âmbito da teoria geral do processo constitucional em torno da qualificada jurisdição constitucional, entendida, em noção alargada, como atividade jurisdicional exercida pelo Estado objetivando tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos. Assim, a classificada jurisdição constitucional visa a preservar o ordenamento jurídico-constitucional no julgamento dos casos concretos submetidos à apreciação do Estado por meio do processo, com isto obtendo a preeminência das normas constitucionais sobre as disposições das leis ordinárias. (BRÊTAS, 2012a, p. 44)

Em outras palavras, a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico”. (BRÊTAS, 2012a, p. 32)

Destarte, sob o paradigma atual, do Estado Democrático de Direito, o povo tem direito de acesso à justiça e à função jurisdicional, garantida pelo devido processo constitucional, que objetiva a preservação do ordenamento jurídico no julgamento dos casos concretos submetidos a apreciação do Estado por meio de processos judiciais, não sendo, portanto, possível que um magistrado profira julgamento sem se vincular ao complexo de regras e princípios constitucionais, que são a base do Estado de direito.

Importante salientar que, dessa forma, ao se ater às regras e aos princípios constitucionais, garante-se também uma forma de controle da atuação dos juízes, evitando-se, assim, abusos e garantindo a tutela dos direitos fundamentais constitucionais.

O processo obriga ao Magistrado, a organização de debate público e contraditório, para motivar a sentença. O abuso é evitado através do controle, o juiz empenha-se em demonstrar que a sentença respeita a Constituição e quer aplicá-la. (BARACHO, 2004, p. 128)

Cumprido transcrever a crítica feita por Rosemiro Pereira Leal quanto à atuação do magistrado, que deve agir como operador do direito e quanto às decisões, que devem ser fiscalizadas a fim de garantir a todos a fruição de direitos fundamentais, dentre os quais está incluído o contraditório:

No paradigma de Estado Democrático de Direito, que não é o observado pelo projeto do novo CPC, o juiz não é árbitro, mediador ou Estado, para individualmente dizer o que o direito legislado é, mas mero operador, como as demais partes e interessados, do sistema jurídico criado e estabilizado por direitos fundamentais líquidos e certos do Processo (não por cláusulas pétreas do discurso prático-moral) desde seus níveis instituinte e constituinte. As decisões egressas do nível constituído de direitos, codificados ou não, não lhes prestam vinculação plena, possibilitando, assim, uma hermenêutica isomênica a toda comunidade jurídica constitucionalizada, bem como uma fiscalidade processual incessante, ampla e irrestrita, à fruição, por todos, de direitos fundamentais de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa,

isonomia-dignidade (igualdade), conforme preconiza a minha teoria neoinstitucionalista do processo”. (LEAL, 2013, p. 20)

Assim, o Devido Processo Constitucional objetiva o reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais para, desta forma, proteger os direitos fundamentais individuais, coletivos e processuais, tornando possível o exercício da cidadania plena (BARACHO, 2004).

O princípio do devido processo constitucional tem ainda como fundamento e alcance a invalidação de leis, normas e atos arbitrários que restrinjam direitos fundamentais sem justificativa plausível e relevante.

Originário do inglês *due process of law*, traduz no direito das partes a um processo e a uma sentença devidamente fundamentada (na legislação e nos fatos colacionados aos autos), representando a possibilidade de acesso à jurisdição, de deduzir pretensão e de se defender amplamente; ou seja, a manifestação de igualdade das partes, a garantia do *jus actionis*, o respeito ao direito de defesa e, por fim, o contraditório. (FREITAS, 2008, p. 55)

Importante ressaltar que, por ser garantidor do princípio da supremacia da Constituição da República, o Devido Processo Constitucional possibilita a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais, todavia, não pode haver confusão entre alguns pressupostos essenciais do processo, como o direito à razoável duração dos feitos e às formas de controle, com a diminuição de garantias processuais constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, dentre outros, sob pena de ferir o Estado Democrático de Direito (FREITAS, 2010).

Em outras palavras,

Não se pode buscar a simplicidade e eficácia processuais, com o sacrifício das garantias fundamentais do processo, com procura de sistema jurídico menos opressivo e menos gravoso economicamente. Os princípios constitucionais efetivam-se através de uma justiça menos onerosa, mas sem se esquecer custo e qualidade. O juiz como órgão terminal de apreciação da Constituição, deve ser objetivo e claro em garantir os direitos fundamentais, como pressuposto de qualquer outro direito ou interesse individual ou coletivo, nos termos dos procedimentos consagrados. (BARACHO, 2004, p. 84)

Assim, pode-se dizer que a interpretação sistemática da Constituição da República deve ser prestigiada, considerando todas as garantias constitucionais ao invés de examinar isoladamente algumas delas em detrimento de outras, sendo necessário assegurar a observância dos pressupostos essenciais do processo sem, contudo, sumarizar a cognição, ou seja, sem reduzir as garantias processuais constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO EM CONTRAPONTO COM A CELERIDADE

Os direitos fundamentais de caráter processual, também chamados de princípios institutivos do processo, como o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões, constituem a base do discurso jurídico-democrático e asseguram a condição de participação às partes, garantindo a legitimidade das decisões jurisdicionais (OLIVEIRA, 2013).

Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito há a garantia dos direitos fundamentais e da ampla defesa, sendo certo que não há processo sem a devida aplicação desses princípios. Os princípios institutivos do processo garantem uma fiscalização do direito, possibilitando, assim, uma atuação plena da Democracia. (ARAUJO, 2010, p. 77)

Assim, a Constituição da República de 1988, no inciso LV do artigo 5º, garantiu, expressamente, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988).

Acerca do princípio constitucional do contraditório, pode-se dizer que, de forma mais ampla,

[...] se traduz nas mesmas oportunidades que devem ser dadas às partes de serem ouvidas no processo (judicial ou administrativo), como também da paridade de tratamento, mesmos instrumentos processuais e da liberdade de discussão da causa, fazendo valer seus direitos e pretensões, ajuizando ação e apresentando resposta, requerendo e produzindo provas, interpondo recursos das decisões e apresentando resposta. (FREITAS, 2014, p. 84)

Já de forma mais específica, deve o princípio constitucional do contraditório garantir que as partes contribuam de forma efetiva para a escolha da norma aplicável ao caso:

[...] o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no "procedimento que prepara o provimento" e, por outro, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvida pelos órgãos judicantes. (LEAL, 2002, p. 20)

Em outras palavras, "na acepção constitucional de processo, positivada no CPC, o contraditório é aplicado na visão substantiva ou tridimensional, indo além do binômio conhecimento-reação, vedando a decisão surpresa e garantindo às partes o direito de influência no processo" (BORBA, 2016, p.72).

Destarte, não há como, no paradigma atual do Estado Democrático de Direito, tratar de processo sem participação, sem a participação argumentativa efetiva dos destinatários do provimento na construção da decisão estatal, não sendo admissível que o juiz julgue sozinho (MADEIRA, 2010).

Nesse estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, são imperiosas a criação e a viabilização de mecanismos que também permitam aos próprios interessados a construção de soluções para os conflitos, a partir de releitura do princípio de acesso à justiça, que deve apontar para o direito à solução adequada, eficiente e eficaz para os desentendimentos, não se limitando ao simples direito a um provimento emanado dos órgãos do Poder Judiciário, muitas vezes demorado e já inútil". (SENA; MUZZI FILHO, 2017, p. 74)

Desta forma, tendo em vista que "o direito ao contraditório decorre da exigência de coparticipação paritária das partes no procedimento formativo do decisum" (BARACHO, 2004, p. 79), a construção imparcial, coerente e participada da decisão jurisdicional é o escopo que se pretende alcançar.

Ainda sobre a participação, leciona Sérgio Zandoná Freitas:

O Judiciário brasileiro deve construir democraticamente suas decisões pautando-se pela hermenêutica discursiva que se legitima mediante a oportunização de participação dos jurisdicionados na construção dos provimentos jurisdicionais por meio dos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

[...] O arbítrio do decididor não pode ser o caminho para a legitimação de verdadeira afronta aos direitos fundamentais e garantias constitucionais já assegurados no plano constituinte e instituinte. (FREITAS, 2008, p. 56)

Não obstante, difundiu-se a ideia de que a mera redução do tempo da prestação da tutela dos direitos gerará uma jurisdição efetiva:

Construiu-se o entendimento de que a justiça só é válida se rápida for, ainda que se faça mediante a prolação da decisão de um Juiz Hércules, cada vez mais investido de poder. Entretanto, deve ser superada a visão do processo como simples meio de pacificação social, segundo o qual a justiça se realiza com o provimento, ainda que da produção do mesmo as partes não tenham participado. O processo é, pois, o pressuposto de legitimidade da decisão proferida ao final e só funciona se observados todos os princípios a ele inerentes. (CASTILHO, 2010, p. 603)

Sob este enfoque, o de que para ser efetiva a justiça deve ser célere, em 31/12/2004, a Emenda Constitucional 45, incluiu o inciso LXXVIII, ao artigo 5º da CR/88 (BRASIL, 1988), que assegura a todos os litigantes, no âmbito judicial ou administrativo, a garantia da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (SOUZA; GOMES, 2017).

Referido inciso gerou diversas propostas e reformas em torno da sumarização da cognição para se chegar ao provimento final, cujo ponto vulnerável é de que estas estão voltadas para uma celeridade do procedimento e uma efetividade do processo como únicos requisitos para se alcançar uma decisão justa (SOUZA; GOMES, 2017).

Esses princípios (celeridade e efetividade), embora não sejam institutivos do processo, foram inseridos em um bloco de garantias do cidadão contra o exercício abusivo da função jurisdicional pelo Estado-Juiz, qual seja, o princípio do devido processo legal. Portanto, a aplicabilidade deles não pode preponderar sobre os princípios autocrítico-discursivos da processualidade democrática, isto é, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, sob consequência de se estar legitimando o mito da urgenciabilidade na aplicação dos conteúdos da lei por uma jurisdição relâmpago e salvadora da comunidade jurídica. Em uma cognição plenária, essa é a única técnica jurídico-processual capaz de permitir que as questões de fato e de direito controvertidas em Juízo sejam efetivamente definidas, porquanto é impossível afastar a estrutura normativa procedimental do modelo constitucional de processo que lhe deve ser inerente. (SOUZA; GOMES, 2017, p. 2932)

É, assim, facilmente perceptível que existe uma troca falaciosa dos princípios institutivos do processo - que informam o princípio maior do devido processo legal -, pelos princípios informativos do processo, o que não se coaduna com o Direito democrático (SOUZA; GOMES, 2017), o qual preza pela observância, como já visto, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia com fins de se obter um processo e a uma sentença devidamente fundamentada.

Desta forma, quando se analisa o processo apenas sob a ótica da celeridade, a chance de que a decisão judicial seja arbitrária, por se esquecer de dar o valor devido ao contraditório, é imensa, gerando essa falta de harmonia com o direito democrático, proposto pela Constituição da República de 1988.

Neste sentido:

O processo analisado apenas sob a ótica da celeridade nem sempre é o mais adequado, já que a ânsia na busca da resposta jurídica rápida pode trazer consigo uma decisão baseada em argumentos metajurídicos, arbitrários que não observaram o contraditório e a ampla defesa impossibilitando a ocorrência da verdadeira atividade cognitiva. O que se pode observar que a celeridade em detrimento dos direitos e garantias processuais constitucionais não resolve o problema do acesso à jurisdição, já que este não significa apenas ter direito a ação e uma resposta do judiciário, mas sim de ter direito a ação e uma resposta condizente com os paradigmas processuais constantes da Constituição da República que refletem o atual modelo de Estado brasileiro, qual seja, o Estado Democrático de Direito. (ARAUJO, 2010, p. 86)

E é exatamente esta a questão objeto deste estudo: apesar do Estado Democrático de Direito ser o atual paradigma, determinando a observância do contraditório para que as partes possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto e, assim, construir uma decisão imparcial e participada, o atual Código de Processo Civil (CPC) implementou a celeridade processual de forma a simplificar ainda mais o procedimento.

4 A CELERIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL NO CPC

Importante iniciar fazendo uma breve análise da exposição de motivos do CPC, porque isso "permite contextualizar o momento e as razões que justificaram a elaboração do anteprojeto do novo Código e constitui um importante instrumento teórico de análise da real compatibilidade material, ou substancial, do novo estatuto processual com a Constituição" (MARTINS; MOREIRA, 2015, p. 473).

Rosemiro Leal disserta sobre a necessidade de saber se os artigos do CPC guardam relação fidedigna com o paradigma adotado pela nossa Constituição:

[...] em se tratando de lei nova (novo CPC) a ser editada no âmbito de um Estado Democrático de Direito constitucionalizado, como o brasileiro, a principal cogitação que se nos pesa logo à primeira vista é saber qual a linha interpretativa de seu próprio discurso jurídico definida em sua exposição de motivos e se os artigos que compõem a sua escritura guardam fidelidade ao paradigma jurídico-linguístico-processual constitucionalmente adotado. E nesse vértice que é possível, na atualidade, saber se um estatuto jurídico é democrático ou não. (LEAL, 2013, p. 21)

Adentrando no exame da exposição de motivos do CPC/15, é possível verificar que ela delimitou a necessidade de que o sistema processual civil esteja de acordo com as garantias fundamentais previstas na Constituição da República de 1988, sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, como o contraditório:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2010, p. 24)

Não obstante, a própria exposição de motivos do CPC/15 definiu também que o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere e muito menos complexo³.

Cumpra ainda salientar que na exposição de motivos restaram consignados os objetivos do Código de Processo Civil de 2015 de forma expressa, sendo que, dentre eles encontra-se tanto a sintonia com a Constituição da República quanto a simplificação dos recursos - lembrando que estes são garantias fundamentais dos litigantes conforme expresso no inciso LV do artigo 5º da CR/88⁴:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e

³ "O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo". (BRASIL, 2010, p. 25)

⁴ Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recurso; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2010, p. 26)

Em resumo, a exposição de motivos do CPC/15 definiu que essa simplificação do sistema permite que o magistrado concentre atenção de forma mais intensa no mérito da causa⁵, bem como que isto não significou restrição ao direito de defesa⁶.

Essa simplificação do sistema é facilmente perceptível no CPC, que, privilegiando a celeridade do processo, estabeleceu mecanismos de julgamento antecipado, trouxe a previsão de que uma mesma decisão seja válida e útil para várias outras demandas idênticas, bem como extinguiu alguns recursos (além do agravo retido e dos embargos infringentes, houve a diminuição das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento) (FREITAS, 2014).

Sobre o tema, Sérgio Zandona Freitas destacou que o CPC, ao delegar aos Tribunais Superiores, em especial ao Supremo Tribunal Federal (STF), a direção e a concretização dos precedentes à lei codificada, privilegiou o ativismo judicial:

Destaque negativo para a manutenção da técnica da repercussão geral, do recurso especial repetitivo, da uniformização e estabilização da jurisprudência dos tribunais, bem como prestígio à súmula vinculante, ampliando a cultura dos precedentes no direito processual brasileiro, em nítida aproximação e convergência dos sistemas civil law e common law (direito norte-americano), delegando aos Tribunais Superiores, em especial ao Supremo Tribunal Federal, a direção e concretização dos precedentes à lei codificada, em perfeito ativismo judicial. (FREITAS, 2014, p. 76)

O Código de Processo Civil, de fato, realçou a importância do entendimento dos tribunais ao buscar a concretização de uma jurisprudência uniforme e estável, estabelecendo o sistema de precedentes no artigo 926, segundo o qual "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" (BRASIL, 2015).

Segundo André Valadares, treze dispositivos ao longo do CPC fazem previsão específica envolvendo súmulas, jurisprudência dominante ou julgamento de casos repetitivos. Ele cita, como exemplo, a possibilidade do juiz conceder tutela de evidência quando, além do fato puder ser comprovado documentalmente, houver tese firmada em julgamento de casos

⁵ "A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz concentrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa". (BRASIL, 2010, p. 26)

⁶ "Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado". (BRASIL, 2010, p. 33)

repetitivos ou súmula vinculante, bem como a possibilidade de se julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar súmula do STF ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou Incidente de Assunção de Competência (IAC). Salienta também a possibilidade do Desembargador relator, no tribunal, decidir monocraticamente o recurso fundamentando em entendimento de súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal (VALADARES, 2018).

O CPC, em seu artigo 332, trouxe a expressa possibilidade de julgamento improcedente de forma liminar independente de citação do réu:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. (BRASIL, 2015)

Bruno Arantes teceu pertinentes comentários sobre referida norma, enquanto ainda encontrava-se apenas no projeto de lei (8.046/2010):

Emerge, ainda, do inciso I do texto supracitado, a crença num direito sumular pretoriano fazendo-nos retomar à questão da crença na subjetividade do julgador solipsista agora transfigurado em figuras sumulares que estariam aptas a serem aplicadas a casos concretos. O artigo nos informa que se o juiz entender que certa demanda possui uma causa de pedir incompatível com súmulas do STF ou do STJ, poderá o julgador, antes mesmo do estabelecimento do contraditório julgar improcedente o pedido. (ARANTES, 2012, p. 77)

Assim, é possível verificar que referido dispositivo não está em total harmonia com o paradigma adotado pela Constituição da República, o Estado Democrático de Direito, cujo referencial teórico garante um procedimento realizado em contraditório, no qual as partes, em comparticipação, construirão o provimento jurisdicional, com igual condição de influir na decisão final.

Fato é que referida norma privilegia a celeridade negando o direito das partes ao contraditório e, se não houver muito cuidado, gerará condutas proativas do judiciário, ou seja, ativismo.

Pertinente, mais uma vez, a conclusão de Bruno Arantes sobre o tema:

O discurso legislativo sob o manto da celeridade pode até seduzir num primeiro momento. Contudo, há que se analisar se esse discurso subsiste às críticas teóricas e práticas no sentido de verificar se, realmente, tal projeto será capaz de produzir uma Justiça mais célere (por um lado) e, ao mesmo tempo, garantir um modelo de processo adequado ao Estado Democrático de Direito. (ARANTES, 2012, p. 81)

Assim, apesar da exposição de motivos do CPC ter estabelecido como um de seus objetivos a criação de “[...] condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa” (BRASIL, 2010, p. 26), a verdade é que o CPC trouxe muitos mecanismos que privilegiam utilização de precedentes dos tribunais superiores, favorecendo o ativismo judicial nocivo e, assim, configurando uma proposta inadequada à compreensão do Estado Democrático de Direito.

4.1 O ATIVISMO JUDICIAL

Retomando que, sob o paradigma atual do Estado Democrático de Direito, o povo tem direito de acesso à justiça e à função jurisdicional, cumpre salientar que há, assim, um ambiente de maior cidadania, no qual existem maior informação e consciência de direitos por parte do povo, que passa a reivindicá-los perante o judiciário e é a partir deste movimento constitucionalista, com a redemocratização do Estado, que se percebeu a expansão da Jurisdição Constitucional brasileira, fortalecida pela implementação do sistema de controle de constitucionalidade⁷ (MEDEIROS; SANTOS, 2018).

Desse modo, considerando que a Constituição de 1988 é analítica, extensa, e abrange diversas matérias que antes eram previstas por lei ordinária, possibilitando que o cidadão, através da judicialização da matéria, possa reivindicar determinado direito previsto na Constituição. Neste aspecto, sem embargo de vícios de maior ou menor gravidade no texto constitucional, a extensão constitucional das matérias tratadas na Constituição Federal de 1988, obriga o Judiciário a debater sobre temas que pudessem afetos aos outros poderes, como por exemplo, o debate sobre políticas públicas. Deste modo, vê-se que o Judiciário está em processo de expansão e a quantidade de processos a serem julgados chegou a números exorbitantes. (MEDEIROS; SANTOS, 2018, p. 165)

Cumprido, inicialmente, diferenciar a judicialização, que consiste “[...] em uma espécie de 'fuga' cada vez mais acelerada dos temas políticos [...] para dentro do mundo do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários” (VERISSIMO, 2008, p. 408), do ativismo judicial.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que

⁷ "É correto dizer [...] que o Brasil passou a conviver, efetivamente, com os dois modelos de controle de constitucionalidade das leis (difuso e concentrado) a partir da Constituição Federal de 1988, visto que, antes de 1988, embora houvesse a possibilidade de o STF exercer o controle de constitucionalidade pela via direta (modelo concentrado), prevalecia, de fato, o modelo difuso, com a predominância do recurso extraordinário. (MUZZI FILHO; MURTA, 2016, p. 87)

lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, p. 6)

É ainda importante salientar que o oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta adotada no Brasil até o advento da CR/88. Por meio dela,

[...] o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, p. 7)

O termo ativismo não possui um conceito unânime e, segundo a pesquisa empírica de Koerner, desde que o vocábulo começou a ser utilizado, teve sua validade posta em questão, tendo sido formuladas diversas propostas para torná-lo mais preciso e empiricamente útil. Concluiu dizendo que as críticas ao uso analítico do termo têm sido tão duradouras quanto as tentativas de defini-lo (KOERNER, 2016) e, ainda, que

o tema do ativismo judicial coloca o problema de determinar o papel apropriado do Poder Judiciário, o modelo de decisão judicial e o comportamento dos juízes, de modo a justificar a atuação de juízes não eleitos na democracia constitucional. Com ele, supõe-se que haja um padrão histórico objetivo para apreciar e determinar as formas legítimas de atuação dos tribunais e se investe num conjunto de representações sobre o Judiciário - a exterioridade das normas, a abstração das categorias, a neutralidade dos juízes e a fixidez das decisões judiciais. (KOERNER, 2016)

Para definir o ativismo este trabalho partir-se-á do pressuposto de que "os direitos fundamentais devem preponderar, como regra geral, frente a demais normas do ordenamento jurídico, mesmo outras de natureza constitucional" (TEIXEIRA, 2012). Até porque "o constitucionalismo processual contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetiva-las pelo crescimento de novos instrumentos do Processo Constitucional." (BARACHO, 2004, p. 131).

Assim, com o EDD e a incumbência constitucional do Judiciário, de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, este passou a ser provocado diante de situações de inércia do Legislativo e do Executivo, ensejando uma atuação considerada proativa, ou seja, o fenômeno do ativismo judicial.

Surge, neste momento da pesquisa, a necessidade de diferenciar o ativismo positivo do nocivo:

[...] o ativismo judicial positivo aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição, enquanto denominaremos nociva toda prática ativista que fuja desse quadro ou busque, sobretudo, fazer preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político. (TEIXEIRA, 2012)

Desta forma, no sentido positivo, um juiz ativista é aquele que atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição da República e, portanto, diante deste dever de dar efetividade à CR e de uma possível omissão administrativa ou legislativa, o Judiciário não pode corroborar com o espaço jurídico vazio deixado pela norma, cabendo ao magistrado preenchê-lo a fim de dar efetividade ao direito (TEIXEIRA, 2012).

Neste sentido foi o discurso do Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto, no qual tratou do tema ativismo judicial:

[...] dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos. [...] práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (BRASIL, 2012, p. 9-10)

O problema é que, apesar das omissões do Executivo e do Legislativo legitimarem o Judiciário a intervir na tutela dos direitos fundamentais, o Judiciário, por inexistir participação popular na escolha de seus membros⁸, não pode ser o regular promotor dos objetivos fundamentais da República brasileira.

Ademais, algumas condutas ativistas são nocivas, pois lesam o equilíbrio da ordem constitucional e da estabilidade interinstitucional e não necessariamente ocorrem para fazer valer direitos fundamentais:

1. Atuação como legislador positivo: é a forma mais flagrante de ativismo judicial nocivo, pois decorre de comportamento do Judiciário que tem por fim extrapolar sua condição de imparcialidade e produzir construções normativas incompatíveis até mesmo com o que as modernas técnicas hermenêuticas oferecem em termos de preenchimento de lacunas jurídicas e de resolução de conflitos entre normas.

⁸ "Por um lado, na jurisdição ordinária, os juízes são selecionados mediante concurso público, sem qualquer participação popular na escolha, enquanto no âmbito dos tribunais superiores, sobretudo no caso do Supremo Tribunal Federal, os nomes dos magistrados são escolhidos pelo chefe do Executivo, inexistindo também a mínima participação popular nesse processo. (TEIXEIRA, 2012)

2. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes: ocorre quando o Judiciário vai além das suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes a outros Poderes. Embora seja uma modalidade sutil de ativismo judicial, uma vez que a quase totalidade das matérias que competem aos Poderes Públicos pode em algum momento ser objeto de exame pelo Judiciário, a conduta deste encontra limites que devem ser respeitados e muitas vezes estão postos pela própria natureza da causa em julgamento.

3. Desconsideração por precedentes jurisprudenciais: ocorre quando, sobretudo em se tratando de precedentes do mesmo Tribunal, a decisão desconsidera ou colide com entendimentos consolidados em jurisprudência firmada sobre matéria análoga ou idêntica, sem que, para tanto, tenha ocorrido alguma circunstância nova a ensejar mudança de orientação jurisprudencial. Trata-se também de espécie de ativismo judicial nocivo difícil de ser caracterizada, pois as decisões judiciais são o espaço adequado para que inovações possam surgir, mas tais inovações não podem carecer de sólida fundamentação normativa (não apenas legal) e adequação às exigências do caso concreto.

4. Decisões judiciais viciadas por decisionismo político: já expomos que essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial, pois, antes mesmo de se conhecer os pormenores do caso concreto, parte-se de determinações e predefinições que fogem dos limites da causa e buscam a satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas que o julgador possui. Ou seja, ocorre quando se busca encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial, por mais incompatível que seja com as exigências regulativas do caso concreto, apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente. (TEIXEIRA, 2012)

Assim, pode-se dizer, em síntese, que ocorrerá o ativismo judicial nocivo, caso o juiz preencha lacunas ou resolva conflitos entre normas de forma imparcial, caso tome para si competências do Legislativo ou do Executivo, caso o magistrado busque algum fundamento legal ou jurisprudencial incompatível com as exigências do caso concreto apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente e caso desconsidere precedentes jurisprudenciais sem que tenha ocorrido nova circunstância a ensejar mudança de orientação jurisprudencial.

Um bom exemplo atual acerca da segunda situação acima exposta - quando o Judiciário vai além das suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes a outros Poderes -, é a afetação de dois recursos especiais – REsp 1.704.520 e REsp 1.696.396 – para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos (cadastrado como Tema 988), sob relatoria da ministra Nancy Andrighi, a partir do qual o STJ vai definir a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC como intuito de verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas no CPC (BRASIL, 2017). Ou seja, o legislador do Código de Processo Civil estabeleceu um rol taxativo para definir as situações nas quais caberá interposição do recurso de agravo de instrumento e agora o Judiciário está analisando a possibilidade de interpretar referida norma (taxativa) de forma extensiva, em clara conduta ativista.

Haveria necessidade de um estudo mais profundo, inclusive das intenções do STJ neste caso específico, para verificar se houve ou não omissão do Legislativo e se se trata de um ativismo nocivo ou positivo. Fato é que a decisão monocrática de afetação do tema, declarou expressamente que “[...] o julgamento deste processo sob o rito dos recursos repetitivos [...] orientará as instâncias ordinárias, com importantes reflexos em institutos de aceleração processual” (BRASIL, 2017), demonstrando a relação entre a celeridade processual e o ativismo.

Importante mencionar, por fim, que a Justiça brasileira “[...] está completamente sobrecarregada e tem imensa dificuldade em dar conta do volume de litígios com que é defrontada [...]” mas, ao mesmo tempo, “[...] engaja-se intensamente nas principais questões de política pública nacionais, vê seus instrumentos de ação aumentarem mais [...]” (VERISSIMO, 2008, p. 411).

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que o Judiciário vai além das suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes ao Legislativo por meio desse sistema de precedentes que, em atitude pró ativa, enseja não só o ativismo, mas também um excesso de demanda judicial que, além de oneroso e contraproducente, por ampliar a quantidade de processos e a pressão jurídica, acaba gerando a necessidade de buscar mais mecanismos de celeridade.

Importante ressaltar que, nessa busca por celeridade, o próprio legislador deu uma importância muito especial para o entendimento dos tribunais ao criar tantos dispositivos no CPC que buscam concretizar uma jurisprudência uniforme e estável, estabelecendo e privilegiando o Sistema de precedentes, o que gera condutas ativistas e juntamente com a celeridade, também priorizada no CPC, enseja menos observância ao contraditório.

E essa menor preocupação com o direito fundamental ao contraditório é passível de gerar muitos problemas já que, conforme visto, é o princípio fundamental que garante às partes a possibilidade de argumentação de forma efetiva para a escolha da norma aplicável ao caso, igualdade de participação e acesso à decisão fundamentada em consonância com o Estado Democrático de Direito.

A verdade é que o ativismo é uma patologia constitucional cada vez mais necessária - desde que seja na sua vertente positiva -, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado. Entretanto, ainda que não nocivo, o ativismo judicial deve ser exceção à

regra, ou seja, apenas para proteção de direitos fundamentais a fim de se harmonizar com o atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Bruno Camilloto. Reforma do Código de Processo Civil: “Novo” projeto e velhos problemas. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coords.) **Constituição e Processo: Uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

ARAUJO, Anna Paula Duarte Chaves de. Tutela jurisdicional célere em detrimento dos direitos e garantias processuais. In: CASTRO, João Antonio Lima. (Coord.) **Direito Processual: Estudo Jurídicos Aplicados**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 90, p. 69-170, 2004. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BORBA, Alderico Kleber de. **O direito de influência no novo código de processo civil: contraditório tridimensional**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em <>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. **Exposição de motivos**. Brasília, DF, Senado, 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial No 1.704.520. Brasília, DF, 05 dez. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78658557&num_registro=201702719246&data=20171205&formato=PDF>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto na presidência da Suprema Corte do Brasil. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>> Acesso em: 23 jul. 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional** e estado democrático de direito. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do processo constitucional. In: CASTRO, João Antonio Lima; FREITAS, Sergio Henriques Zandona. (Coords.) **Direito Processual: Estudo Democrático da Processualidade Jurídica Constitucionalizada**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

CASTILHO, Natália de Rezende. Art. 515, §3º do CPC: aplicação, aceitação doutrinária e jurisprudencial e principais consequências. In: CASTRO, João Antonio Lima. (Coord.) **Direito Processual: Estudo Jurídicos Aplicados**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **Aplicabilidade de princípios constitucionais do processo no recurso de agravo no Direito Processual Civil**. Revista Meritum. Belo Horizonte, v. 3, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/858/642>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Carla R. C. C. Z. Poder normativo dos tribunais e o processo constitucional. In: CASTRO, João Antonio Lima; FREITAS, Sergio Henriques Zandona. (Coords.) **Direito Processual: reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

KOERNER, Andrei. **O ativismo judicial como problema intelectual e político nos estados unidos: uma análise crítica**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo Set./Dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452016000300233&lang=pt>. Acesso em 21 jul. 2018.

LEAL, Andre Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hening. A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Sao Paulo: Manole, 2003. Disponível em: <http://fumec.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520417195/pages/_7>. Acesso em: 14 jul. 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Alvaro Ricardo de Souza Cruz, 7)

MADEIRA, Denis Cruz. Reflexões propedêuticas sobre o mérito no processo civil. In: CASTRO, João Antonio Lima; FREITAS, Sergio Henriques Zandona. (Coords.) **Direito Processual: reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. **Comentários críticos à exposição de motivos do novo Código de Processo Civil (CPC):** notas sobre o novo CPC e sua ideologia a partir da análise de sua exposição de motivos. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/z6072K44AgwUc835.pdf>>.

Acesso em: 12 jul. 2018.

MEDEIROS, Rafael Dias; SANTOS, Natália Duarte Boson. **O ativismo judicial e a agenda do Supremo Tribunal Federal.** Salvador: CONPEDI, 2018. Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/ggs4l47h/DfwoY6M77799qK15.pdf>>.

Acesso em 25 jul. 2018.

MUZZI FILHO, Carlos Victor ; MURTA, Antônio Carlos Diniz. **O controle de constitucionalidade no Brasil:** dilemas históricos do Supremo Tribunal Federal e as reformas do século XXI. Madrid: CONPEDI, 2016. Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c50o2gn1/2l2559so/FIb9BUuZnVgL0d7F.pdf>>.

Acesso em: 25 jul. 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo Constitucional.** Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

SENA, Max Emiliano da Silva; MUZZI FILHO, Carlos Victor. **Judicialização dos conflitos sociais:** reflexões sobre a necessidade de soluções dialógicas no Estado Democrático de Direito brasileiro. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, v. 3, 2017.

Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/322583227_JUDICIALIZACAO_DOS_CONFLITOS_SOCIAIS_REFLEXOES SOBRE_A_NECESIDADE_DE_SOLUCOES_DIALOGICAS_NO_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO_BRASILEIRO>. Acesso em: 19 jul. 2018.

SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **A efetividade do processo e a celeridade do procedimento em detrimento dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia:** o mito da urgencialidade. nov. 2017.

Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/isabella_saldanha_de_sousa.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial:** nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista direito GV. v.8, n.1, São Paulo Jan./Jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lang=pt>. Acesso em 21 jul. 2018.

THIBAU, Vinícius Lott. **Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito.** Revista Meritum. Belo Horizonte, v. 3, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em:

<<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/787/631>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O julgamento nos Tribunais:** Colegialidade e Deliberação. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois**: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. Revista Direito GV. São Paulo, 4(2), Jul./Dez. 2008.
Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.