I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

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

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini
Juraci Mourão Lopes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-062-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os trabalhos apresentados desenvolvem e aplicam o objeto de investigação do grupo de maneira variada e plural. Há trabalhos explorando teoricamente decisões judiciais isoladas ou uma linha jurisprudencial já formada, contrastando-as com abordagens teóricas que servem para evidenciar a maior ou menor rigor racional e sua convergência com princípios e regras jurídicas. Há revisão de debates teóricos estritos e fundamentais, bem como o necessário aprofundamento em ideias de autores clássicos.

Vale ressaltar a prevalência de alguns juristas e suas respectivas construções teóricas como as mais frequentes referências teóricas para as abordagens. Entre os nacionais, merece destaque Lenio Streck com sua Crítica Hermenêutica do Direito, utilizado em investigação em diversos ramos do Direito. Há, ainda, o sempre presente Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito. Contudo, merece especial atenção o incremento do estudo de autores da tradição analítica, própria do mundo anglo-saxão.

Se Ronald Dworkin já era autor recorrente em estudos de teoria do direito e da decisão judicial no Brasil, há algumas décadas, seu debate com Herbert Hart, que é indispensável mesmo para entender a teoria não positivista do Direito como Integridade do primeiro, vem recebendo cada vez mais atenção dos textos submetidos ao presente Grupo de Trabalho. O próprio pensamento de Hart vem sendo prestigiado, não só na contraposição à Dworkin, mas como meio de revigorar o positivismo jurídico tão criticado quanto mal compreendido nas últimas décadas. Daí é compreensível que surjam trabalhos com base em Jeremy Waldron, jurista que bem dialoga com o positivismo e o não positivismo analíticos, e Wittgenstein, cuja filosofia é incorporada como premissa em muitos da jurisprudence.

O realismo jurídico reencontra muito bem seu espaço nas discussões acerca da aplicação da inteligência artificial nos processos judiciais. Se os realistas americanos dos anos 20 e 30 do Século XX reduziam o Direito a uma predição do que seria decidido nos tribunais, os vários algoritmos que controlam diversos programas conseguem realizar essas predições com grau de precisão e acuidade inimagináveis há 100, buscando mesmo elementos não percebidos pelo próprio julgador. Esse é um tema que se encontra explorado no presente volume.

O primeiro artigo apresentado intitula-se A COMEMORAÇÃO AO GOLPE DE 1964: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO DIREITO dos autores Tainan Natércia da Piedade

Andrade Monteiro , Tais Vasconcelos Cidrao e Juraci Mourão Lopes Filho. O artigo trata de decisões divergentes sobre a comemoração do aniversário do golpe de 1964 à luz da teoria dos direitos fundamentais, analisando o porquê desses desacordos, utilizando-se das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin, tratando-se, pois, de um estudo de caso destrinchado por pesquisas iminentemente bibliográficas e documentais.

No segundo artigo A DECISÃO DO JUIZ NO REALISMO JURÍDICO DE ALF ROSS E A POSSIBILIDADE DA SUA EMULAÇÃO POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL de Murillo Cesar De Mello Brandao Filho , Mariana De Siqueira e Vladimir Da Rocha França, os autores procuram examinar a tomada de decisão pelo juiz como fonte do direito no pensamento empírico de Alf Ross diante da inovação tecnológica disruptiva, verificando a possibilidade de sua emulação por robôs (algoritmos) desenvolvidos por inteligência artificial.

Na sequência, Marcelo Matos de Oliveira e Luís Carlos Balbino Gambogi escrevem sobre A ILEGIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SOB O ENFOQUE DA TEORIA DE JEREMY WALDRON, artigo no qual questionam se caberia ao Supremo Tribunal Federal exercer o judicial review sobre a antecipação do cumprimento da pena sem a comprovação definitiva da culpa (Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário 964246/SP). O marco teórico adotado é a dignidade da legislação de Jeremy Waldron. Utilizar-se-á, com predominância, o raciocínio dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No artigo ATIVISMO JUDICIAL E SOLIPSISMO JURÍDICO: UMA BREVE ANÁLISE DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Luis Felipe Leão Saccol, buscam demonstrar a relação existente entre ativismo judicial e solipsismo jurídico. Utilizam como base as mudanças de paradigmas ocorridas entre o CPC de 1973 e o CPC de 2015 a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, questionando se o CPC 2015, aprovado democraticamente pelo Congresso Nacional, está sendo aplicado corretamente pelo Poder Judiciário?

Luís Antonio Zanotta Calçada e Janriê Rodrigues Reck no artigo ATIVISMO JUDICIAL NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 E AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 buscam analisar o Ativismo Judicial correlacionando-o com as decisões do Habeas Corpus nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, todas do Supremo Tribunal Federal, com o fito de avaliar se essas podem ser caracterizadas como ativistas.

No artigo CONTRAPONTOS E APROXIMAÇÕES HISTÓRICAS DO MODELO JURÍDICO COMMON LAW NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: ATUAL MUTAÇÃO PROGRAMÁTICA NO SISTEMA JURISDICIONAL PÁTRIO, Ana Luiza Novais Cabral e Sidiney Duarte Ribeiro, verificam que o modelo jurídico brasileiro, antes considerado de alta inflexibilidade, atualmente tem se assumido de forma híbrida com a introdução de institutos trazidos de outros sistemas, principalmente o common law. Utilizando-se de uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, observam importantes fatores que influenciam diretamente na introdução de novos institutos no constitucionalismo brasileiro.

No artigo DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ADMINISTRATIVA: A FUGA PELA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, os autores Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Taynara Silva Arceno expõem as críticas da discricionariedade judicial e da discricionariedade administrativa sob o viés da Crítica Hermenêutica do Direito e da teoria da Decisão Judicial, desenvolvidas pelo professor Lenio Streck.

Josemar Sidinei Soares no artigo FILOSOFIA, CULTURA E POLÍTICA JURÍDICA apresenta a Filosofia como instrumento capaz de auxiliar a Política Jurídica no exame crítico da cultura jurídica vigente. Questiona se pode a filosofia ser instrumento de auxílio da Política Jurídica no exame crítico do direito enquanto manifestação cultural.

No artigo O PÓS-ESCRITO DE HART E A QUESTÃO DA FILOSOFIA POLÍTICA: RONALD DWORKIN E A CRÍTICA AO POSITIVISMO HARTIANO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CAPÍTULO 6 DA OBRA "A JUSTIÇA DE TOGA", Hugo Jose De Oliveira Agrassar, realiza uma análise do capítulo 6 do livro A justiça de toga de Ronald Dworkin com as críticas ao positivismo de Hart com base na evolução das teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico.

No artigo O SISTEMA DE REGRAS EM HERBERT HART, Vitor Hugo Duarte das Chagas analisa bibliograficamente o conceito de Direito de Herbert Hart como um sistema de regras primárias e secundárias, portanto, é feita uma análise da filosofia analítica da linguagem, que influencia o pensamento de Hart.

Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos no artigo OS JOGOS DE LINGUAGEM NA FILOSOFIA DE WITTGENSTEIN E O CONHECIMENTO OBJETIVO DE KARL POPPER: CONJECTURAS DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO PARA UMA TEORIA DA DECISÃO verificam se as conjecturas da Teoria

Neoinstitucionalista do Processo e os jogos de linguagem propostos por Wittgenstein podem conferir legitimidade na construção de decisões no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No artigo PARA ALÉM DA NORMA POSITIVADA: OS MODELOS DE COMPORTAMENTO JURÍDICO ATITUDINAL E ESTRATÉGICO, Izabella Cecília de Lima e Silva, disserta acerca dos modelos de comportamento judicial, notadamente quanto aos aspectos extralegais que têm o condão de influenciar no processo de tomada de decisão dos membros do Poder Judiciário.

Os autores do artigo RELATIVIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL À LUZ DA TEORIA PURA DO DIREITO, Paola Domingues Jacob e Veronica Lagassi, examinam a possível relativização do Ativismo Judicial com base na aplicação da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen. Demonstram como o processo de Judicialização presente no Supremo Tribunal Federal acabou se enveredando para um Ativismo Judicial, confrontando assim com os ideais defendidos pelo Minimalismo, e por via de consequência, pela Teoria Pura do Direito.

Como se observa, tem-se uma seleção valorosa de abordagens, que bem refletem a importância da temática em estudo.

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - Centro Universitário Christus

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Centro Universitário das faculdades Metropolitanas Unidas /FMU e Centro Universitário Eurípedes de Marília/UNIVEM

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ATIVISMO JUDICIAL E SOLIPSISMO JURÍDICO: UMA BREVE ANÁLISE DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

JUDICIAL ACTIVISM AND LEGAL SOLIPSISM: A BRIEF ANALYSIS OF THE (IN) APPLICABILITY OF ARTICLE 489 OF THE CIVIL PROCEDURE CODE FROM THE HERMENEUTIC CRITIC OF LAW

Guilherme Augusto De Vargas Soares [1]
Maria Eduarda Vier Klein [2]
Luis Felipe Leão Saccol [3]

Resumo

O presente artigo busca demonstrar a relação existente entre ativismo judicial e solipsismo jurídico. Tal análise utilizará como base as mudanças de paradigmas ocorridas entre o CPC de 1973 e o CPC de 2015 a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. Este ensaio tem como problemática a (in) aplicabilidade do CPC 2015: o CPC 2015, aprovado democraticamente pelo Congresso Nacional, está sendo aplicado corretamente pelo Poder Judiciário? O método utilizado no trabalho é o fenomenológico-hermenêutico, cuja matriz teórica está concebida nas teses de Heidegger e Gadamer, seguindo a linha da Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Solipsismo jurídico, Processo civil, Crítica hermenêutica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to demonstrate the relationship between judicial activism and legal solipsism. Such analysis will use as a basis the paradigm changes that occurred between the 1973 CPC and the 2015 CPC based on the Hermeneutic Critic of Law. This essay has as a problem the (in) applicability of CPC 2015: is CPC 2015, democratically approved by the National Congress, being applied correctly by the Judiciary? The method used in the work is the phenomenological-hermeneutic, developed by Lenio Streck.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Legal solipsism, Civil procedure, Hermeneutic critic of law

---

[1] Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/RS. Membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado.

[2] Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX. Pós Graduanda em Direito Penal e processo Penal pela ABDConst. Advogada.

[3] Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS. Advogado.

INTRODUÇÃO

Vivemos em tempos de ativismo judicial. Não é novidade dizer que principalmente com o advento da Constituição de 1988 o protagonismo judicial passou a ser um tema que cada vez vem ganhando mais espaço nos debates acadêmicos dentre juristas dos mais diversos campos de atuação.

Trabalhar a problemática do ativismo judicial acaba por ter uma relação com a noção de discricionariedade judicial que, de acordo com STRECK, aparece nas teorias positivistas e pós-positivistas a partir da descoberta da indeterminação do direito (STRECK, 2017. p. 69).

No contexto brasileiro isso se dá – e não exclusivamente por isso – em decorrência do período pós-autoritário em que a sociedade brasileira tentou se reerguer, restaurando a democracia. Todavia, com um Supremo Tribunal Federal que constante tinha a sua autonomia e composição atacada, uma postura autorrestritiva, ou seja, com forte deferência à literalidade da lei, era uma situação que o ambiente político impunha aos juízes da Suprema Corte.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o supremo Tribunal Federal, ao menos nos primeiros anos de atuação, seguiu uma postura autorrestriva, justamente em decorrência de não saber como o ambiente político iria reagir às suas decisões. Com o passar do tempo, principalmente em decorrência do fato de o Poder Executivo não ter mais "influenciado" as decisões da corte, esta passou, aos poucos, a assumir uma postura ativista.

Desde então, vivenciamos constantemente o anseio por um judiciário que tenha como objetivo a concretização de direitos fundamentais e, não menos importantes, das promessas e objetivos impostos pelo constituinte originário, tudo em decorrência do fato de que, conforme os ávidos defensores do ativismo *à brasileira*, o juiz teria um espaço discricionário no momento da decisão, momento este em que poderia moldar a sua vontade ao caso concreto (STRECK, 2017. p. 70).

A dimensão do problema envolvendo a discricionariedade judicial é exaustivamente abordada na matriz teórica formulada por STRECK. Em um primeiro momento, o referido jurista afirma que o estudo da discricionariedade deve ser refletido a partir da chamada "morte do método". Ou seja, em que pese o fato de que não se possa mais falar em método não há que se falar em escolhas de sentidos, tendo em vista que o magistrado possui como função a de julgar, não a de escolher.

É a partir desse problema que se inicia a análise do artigo 489 do Código de Processo Civil. Como bem se sabe, a Constituição de 1988 traz em seu texto um dever primordial inerente aos magistrados: o de fundamentar as decisões. Com o advento do novo Código de Processo

Civil, foi incorporado no texto infraconstitucional processual no artigo 489, §1º, os critérios para considerar uma decisão como não fundamentada, sendo esta uma grande conquista para o Estado Democrático de Direito.

Todavia, nos primeiros meses de aplicação do novo Código de Processo Civil, diversos tribunais deixaram de aplicar o referido dispositivo processual. É nesse momento que surge o seguinte questionamento: pode o tribunal deixar de aplicar a lei sem que isso seja considerado ativismo judicial?

Ademais, o que Humpty Dumpty e o ativismo judicial tem em comum? A capacidade de dar as palavras o sentido que bem entender a partir da vontade do intérprete. Quando Lewis Caroll publicou o icônico livro "Alice através do espelho" no ano de 1871, mal sabia ela que em seu texto estaria contida uma das maiores discussões envolvendo filosofia da consciência e os limites de atuação do judiciário.

1 ATIVISMO JUDICIAL: ENTRE A ORIGEM E O CONCEITO

A discussão acerca do ativismo judicial – e de atitudes de autorrestrição judicial - remonta ao início da Constituição Federal de 1988, quando o Brasil passou por um processo de redemocratização, tendo em vista o período ditatorial que perdurou por mais de mais de 20 anos em *terrae brasilis.*

Todavia, se compararmos a produção teórica brasileira acerca do presente tema, está recém engatinhando, tendo em vista que a primeira manifestação do termo "ativismo judicial" remonta à década de 40 do século passado nos Estados Unidos da América com o artigo publicado por Arthur Schlesinger Jr na revista Fortune, vol. XXXV,n.º 1, em janeiro de 1947, intitulado "The Supreme Court: 1947" (KMIEC, 2004. p. 1445 e 1446).

Dessa forma, através do artigo publicado pelo historiador supra citado, "[...] o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular." (TEIXEIRA, 2012. p. 39).

Referindo à capacidade de desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, Schlesinger chamou de "ativistas judiciais" (*judicial activists*) os juízes Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge. Já os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram rotulados de "campeões do autocomedimento" (*champions of self-restraint*), por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense. Em uma posição intermediária, o presidente da Suprema Corte

naquele ano, Frederick M. Vinson, e o juiz Stanley F. Reed não seriam plenamente caracterizáveis como desse ou daquele lado.

Após separar em grupos os juízes que compunham a Suprema Corte em 1947, Schlesinger afirmara que

> The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as na instrument to permit the other branches of government to achieve (KMIEC, 2004. p. 1446).

A partir dessa identificação da postura dos juízes que compunham a Suprema Corte, Schlesinger chega a conclusão de que "[...] os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devam atuar ativamente na promoção de liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, mesmo se, para tanto chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador. Ao contrário, os juízes campeões da autorrestrição judicial têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com deferência à vontade do legislador" (AZEVEDO CAMPOS, 2014. p. 44).

Kmiec comentando o artigo de Schlesinger, afirma que este, já em 1947, havia identificado uma relação entre direito e política no ativismo judicial, afirmando que, para os ativistas, a corte não pode escapar da política e, dessa forma, deveria ser permitido usar o poder político para alcançar propósitos sociais sadios.

Assim, como o direito estaria indissociavelmente ligado à política, não haveria uma resposta correta, tendo em vista que escolhas políticas seriam sempre inevitáveis.

No outro espectro da corte tínhamos o grupo de Frankfurter-Jackson que, de maneira contrária ao grupo de Black-Douglas, defendia um ideal de autorrestrição que, para eles, era como uma abdicação de responsabilidade, pois esse grupo de juízes defendia uma deferência à compreensão legal da norma a partir do seu Status quo (KMIEC, 2004. p. 1447).

Para o grupo da "self-restraint", que são extremamente céticos quanto o sentido individual de justiça dos juízes, a lei tem um sentido fixo, e o desvio desses sentidos é inapropriado, não importando quais grupos irão se beneficiar desse desvio.

Ademais, Kmiec demonstra que:

> At its heart, then, the Frankfurter-Jackson school seeks "to resist judicial supremacy, either of the right or of the left, in the name of deference to the legislative will and rests on faith in the separation of powers and the democratic process.The Champions of Judicial Restraint, according to Schlesinger, understand the judicial role much as Justice Holmes did "If the legislature makes mistakes, it is up to the legislature to remedy them. Any other course will sap the vigor of our democracy by encouraging legislatures in an irresponsibility based on na expectation that the courts will backstop their wild pitches (KMIEC, 2004. p. 1448).

Imperioso destacar que, na interpretação de Vischinkeski, o artigo de Schlesinger peca no sentido de que haveria uma imprecisão terminológica da expressão acerca desta ser positiva ou negativa, e qual seria a melhor postura, seja no ponto de vista político ou jurídico, pois o próprio autor americano afirma que o ativismo se justificaria caso ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos (TEIXEIRA, 2012. p. 39).

Todavia, com o passar do tempo, conforme afirma Vischinkeski, a postura ativista passou a ser incorporada pelos demais tribunais americanos:

> Durante a década de 1950 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais. O expressivo crescimento de programas federais, durante o período do New Deal, demandava uma atenção específica para o impacto das suas ações nos contextos concretos das realidades locais, tornando o Judiciário espaço derradeiro no processo de garantia dos direitos das minorias. Surgiram então as ações afirmativas como instrumento político de combate à desigualdade social decorrente de fatores como sexo, raça, etnia, religião ou qualquer outra forma de discriminação (TEIXEIRA, 2012. p.40).

Continua o referido jurista gaúcho afirmando que:

> “[...] No governo do presidente Lyndon Johnson, o Civil Rights Act, de 1964, representou o primeiro passo de um programa social que naquele ano e no ano seguinte faria entrar em vigor uma série de leis cujos dois objetivos principais eram: auxiliar pessoas de baixa renda por meio de programas de incentivo à educação e de proteção à saúde, e estimular a economia para que novas vagas fossem abertas a pessoas que historicamente se encontravam excluídas, ou marginalizadas, dentro do sistema educacional e do mercado de trabalho. Foi nesse contexto que o ativismo judicial ganhou fôlego em solo estadunidense e passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficientes (TEIXEIRA, 2012. p.40).

Em que pese a primeira manifestação do termo “ativismo judicial” tenha se dado com o artigo publicado por Schlesinger, há um consenso teórico em afirmar que as decisões proferidas em *Marbury v Madison, Dred Scot v Sandford* e *Lochner v New York* são as maiores decisões ativistas da história do constitucionalismo americano.

2. O QUE SE ENTENDE, AFINAL, POR JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E NO QUE ELA SE DIFERE DO ATIVISMO JUDICIAL?

Com o processo de redemocratização instaurado pela constituição de 1988, é possível afirmar com TASSINARI que a forma de exercer a jurisdição constitucional foi modificada e, em consequência disso, duas expressões, com o passar do tempo, acabaram se tornando comuns, quais sejam, judicialização da política e ativismo judicial (TASSINARI, 2013. p. 27).

Em que pese o fato de que ambas as expressões tenham como ponto em comum o alto grau de judicialização que o Brasil passa a comportar no período pós 1988, inexorável que devemos explicitar as suas especificidades conceituais.

O fenômeno da judicialização da política não necessariamente depende da vontade de agir do órgão judicial, em que pese TASSINARI afirme que tal tipo de judicialização se dê com a relação de ao menos três elementos: Direito, Política e Judiciário (TASSINARI, 2013. p. 27).

Alguns dos fatores que poderiam explicar essa demasiada judicialização poderia ser o dirigismo constitucional, fatores sociais e a inflação legislativa, aumentando, dessa forma, o espaço para discussões e a consequente abertura das portas do judiciário debates antes travados unicamente dentro do legislativo. Vale dizer, com Lenio Streck, há um aumento da dimensão hermenêutica do direito: quanto mais direitos são constitucionalizados ou mais leis são editadas para regulamentar toda uma plêiade de matérias, maior será o espaço – possível – de concreção dessa normatividade, atividade que se realiza no âmbito da jurisdição, no enfrentamento das questões concretas e das demandas apresentadas pela sociedade (OLIVEIRA, 2013. p. 7).

Com a expansão do espaço de discussão sobre questões, em sua grande maioria, morais e políticas, as cortes – principalmente àquela encarregada de interpretar a constituição – assume um papel de notável relevância nos governos e suas decisões acabam por interferir nos processos políticos destes.

Assim, podemos explicar o fenômeno da judicialização da política a partir de dois enfoques: *o constitucionalismo dirigente* e a *inflação legislativa* pós 1988. Como já afirmado neste trabalho, a promulgação da constituição de 1988 se deu num período pós-autoritário, ocorrendo, dessa forma, uma verdadeira redemocratização do estado brasileiro.

No que tange à criação legislativa, esta diz respeito, obviamente, a uma produção demasiada do produto legislativo. Temas que deveriam ser produto de longo debate passaram a ser aprovados rapidamente pelo Congresso Nacional com o escopo de - e não somente – atender ao clamor social. Veja, por exemplo, o aumento de tipos penais com um objetivo pífio de garantir a segurança através da simbologia inerente à tipificação de um crime.

Assim, uma constituição rica em direitos fundamentais, naturalmente, requererá mecanismos que garantam a eficácia destes direitos. Dessa forma, o papel do Poder Judiciário ganha extrema relevância com o novo desenho constitucional que surge (BARCELOS, 2018. p. 245).

Portanto, podemos classificar a constituição brasileira como dirigente pois em diversos trechos da carta maior podemos verificar seu comprometimento com o futuro, estabelecendo metas a serem cumpridas e programas que devem ser implementados pelo Estado e pela Sociedade.

Nesse sentido temos OLIVEIRA, que afirma que:

> A Constituição Federal Brasileira de 1988 é tratada como uma constituição dirigente por que traz consigo uma preocupação que vai muito além da manutenção do status quo ou da mera organização estatal. Muito acima disso, a nossa constituição vigente visa ter, em si e por si mesma, uma capacidade de fomentar a transformação social, de modo que se propõe a estabelecer diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, além de vincular o legislador ordinário à realização de políticas públicas que (não só, mas além de tudo) contribuam – direta ou indiretamente – para a redução gradativa das mazelas sociais presentes no Brasil contemporâneo (OLIVEIRA, 2013. p. 10).

A professora TASSINARI, ao tratar do tema, parte da premissa que:

> A judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada. [...] a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatos originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas (TASSINARI, 2013. p. 32).

Uma das descrições mais usuais acerca do ativismo judicial consiste na invalidação de atos do legislativo, ou seja, no nível mais tênue, o fenômeno acima mencionado seria aquele tipo de ocasião em uma corte judicial intervêm e derruba atos emanados pelo legislativo.

Todavia, a falta de deferência para com os atos do legislativo, por si só, não se traduz numa atitude ativista por parte dos magistrados, tendo em vista que mesmo que uma determinada decisão derrube diversos atos legislativos claramente inconstitucionais, tal fato,

isoladamente, não poderia se enquadrar como uma postura ativista. Em resumo, o mero exercício da *judicial review* não pode ser considerado um ato ativista.

Nesse sentido, GRAGLIA defende que:

> By judicial activism I mean, quite simply and specifically, the practice by judges of disallowing policy choices by other governmental officials or institutions that the Constitution does not clearly prohibit. In other words, the Court is engaging in judicial activism when it reaches beyond the clear mandates of the Constitution to restrict the handiwork of the other government branches (GAGLIA, 2004. p. 1464).

O Estado Democrático de Direito brasileiro surge a partir de um processo de redemocratização instaurado com a constituição federal de 1988. Tal acontecimento foi possível através do exercício de um Poder Constituinte Originário que, dentre suas principais características, é ilimitado, autônomo e inicial.

Ilimitado, pois não sofre nenhuma limitação do direito que a ele preexiste. Autônomo, pois somente cabe àquele que o exerce estabelecer os termos em que a nova constituição será estabelecida e qual direito será implantado. E por fim, inicial, pois instaura uma nova ordem jurídica em solo nacional, rompendo com a anterior (CUNHA JR, 2014. p. 198).

Com a instauração da nova ordem jurídica, ocorre uma verdadeira institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição Federal e na forma por ela prescrita (RAMOS, 2018. p. 113).

É justamente com o princípio da separação dos poderes que se dá a divisão do exercício do poder que será exercido por tais órgão. A Separação dos poderes decorre do próprio texto constitucional de 1988, no qual, em seu artigo 2º, aduz que *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o judiciário.*

Nesse sentido, aduz José Afonso da Silva quando afirma que:

> A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como seve de uma forma de organização jurídica das manifestações do poder (SILVA, 2017. p. 111).

Dessa forma, o que se pretende com a separação dos poderes é atribuir determinadas funções a órgãos que são independentes entre si e que, por evidente, tem-se como vedada a

participação destes órgãos em funções que não aquelas que tipicamente são atribuídas a eles na constituição (RAMOS, 2018. p. 114).

Todavia, em que pese as atividades dos órgãos estarem delimitadas na constituição, existe a possibilidade de compartilhamento das funções nos limites impostos pela própria carta magna.

Assim, na linha argumentativa de José Afonso da Silva, o princípio da separação dos poderes não possui a mesma rigidez de outrora, tendo em vista que hoje há uma clara necessidade do relacionamento harmônico entre os poderes (SILVA, 2017. p. 111).

Nessa linha de pensamento, é possível afirmar que o Ativismo Judicial se traduz intromissão aquém dos limites estabelecidos pela carta magna dos poderes em detrimento, principalmente, do Poder Legislativo. O que ocorre, em verdade, é a prática do núcleo essencial da função legislativa pelo Poder Judiciário (RAMOS, 2018. p. 119).

Todavia, como bem aduz TASSINARI, o instituto do Ativismo Judicial se diferencia da judicialização da política, expressões estas que ganharam espaço no período pós 1988.

Ademais, na linha argumentativa de BARROSO, a judicialização pode ser compreendida muito mais como uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado no Brasil do que como uma mera vontade política, pois caso determinada norma permite que o cidadão tenha uma pretensão jurídica, cabe ao judiciário apreciar ao direito alegado e julgá-lo (BARROSO, 2012. p. 6).

Consubstanciado no acima afirmado, tem-se que a judicialização da política independe da vontade daquele que irá julgar a demanda. A grande questão acerca de tal expressão que, de uma forma ou de outra, possui uma relação com o Ativismo Judicial, está na incapacidade do Estado em implementar os direitos constitucionalmente previstos, o que acaba por gerar toneladas de ações judiciais pleiteando tais direitos (BARROSO, 2012. p. 32).

O Ativismo Judicial, ao seu turno, se traduz numa atitude positiva no sentido de como o magistrado irá interpretar o texto constitucional, expandindo ou retraindo o alcance da norma (BARROSO, 2012. p. 6).

Na mesma seara, Clarissa Tassinari aduz que a judicialização decorre da maior consagração de direitos e regulamentos constitucionais e que, por consequência, acabam por legitimar os indivíduos a pleitear direitos nas portas do judiciário (TASSINARI, 2013. p. 33).

Ao conceituar o Ativismo Judicial, TASSINARI chega à conclusão que este é caracterizado como uma atuação do Poder Judiciário via competências que não lhe são atribuídas no texto constitucional, invadindo a esfera dos outros poderes (TASSINARI, 2013. p. 36).

Demonstrando algumas das diversas hipóteses em que o Ativismo Judicial se evidencia, BARROSO aduz que:

> A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012. p. 6).

Portanto, verifica-se que o ativismo judicial evidencia um agir do judiciário além dos limites impostos pela constituição, ao passo que a judicialização da política se traduz na ideia de insuficiência dos demais poderes, principalmente do legislativo.

3 A (IN)APLICABILIDADE DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: UMA POSTURA ATIVISTA POR PARTE DOS JUÍZES?

Como olhar o novo com os olhos do novo? É com essa indagação que Lenio Luiz Streck inicia, dentro do capítulo introdutório do livro Verdade e Consenso, a discussão acerca das três equivocadas recepções teóricas no direito brasileiro, quais sejam: a Jurisprudência dos Valores; Ponderação Alexyana; e o Ativismo norte-americano (STRECK, 2018. p. 57).

Todavia, destaca Streck que tais recepções se deram de maneira acrítica, sendo que os três aportes teóricos acima mencionados possuem um traço em comum: o protagonismo judicial.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, que passou a ter vigência a partir do ano de 2016, tivemos um avanço democrático no que tange ao processo, tendo em vista que os diplomas processuais civis anteriores a ele foram promulgados em períodos autoritários (DE VARGAS SOARES, 2017. p. 45).

O professor STRECK já alertava que pouco adiantava haver um diploma legal que obrigava aos juízes enfrentar todos os argumentos das partes se ele tivesse a liberdade de invocar a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal que autorizava o não enfrentamento de todas as questões arguidas pelas partes. O fim do livre convencimento, nesse sentido, foi um grande avanço no campo da teoria do direito no Brasil (STRECK, 2015. p. 2).

Dessa forma, para chegarmos à resposta acerca da (in)aplicabilidade do art. 489 do CPC passa por uma postura ativista do judiciário, devemos passar, necessariamente, pelo enfrentamento da seguinte questão: o que seria uma resposta correta e quando o judiciário estaria autorizado a deixar de aplicar uma lei?

3.1 O art. 489 do CPC e a resposta correta ou "a resposta constitucionalmente adequada"

O CPC de 2016 teve claros avanços em relação ao de 1973. Dentre os principais, podemos citar, com DE VARGAS SOARES, a exigência de coerência e integridade, a existência de elementos essenciais à sentença (o relatório, os fundamentos e o dispositivo), a proibição de decisões surpresa e a expulsão do livre convencimento do texto processual (DE VARGAS SOARES, 2017. p. 50). Para os fins deste texto, me limitarei à expulsão do livre convencimento e a exigência de coerência e integridade.

O CPC/16 vem com um dos seus vários objetivos extremamente claros: expurgar o protagonismo judicial da legislação processual, retirando do texto legal todas as expressões que remetam a uma possibilidade de o juiz decidir livremente ou a partir de um poder discricionário. Não é de outra forma que STRECK afirma que:

> Não é fácil acabar com os fantasmas de Oskar Bülow, Menger, Klein, Carnelutti, Couture, Liebman e outros que continuam a atazanar a alma de alguns processualistas brasileiros. Trata-se de uma coagulação de sentidos. Os instrumentalistas – mormente eles – continuam a acreditar que a solução do processo está no "protagonismo judicial". Nisso há um dejà vu,
> que nos remete ao século XIX (STRECK, 2015. p. 4).

E continua afirmando que:

> Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é "prover", "fazer o que seja necessário"; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, o problema da escolha do juiz é, em última análise, o problema da justiça; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei (STRECK, 2015. p. 5).

Tal fenômeno não se mostrou somente no anteprojeto do Código de Processo Civil, mas sim é algo que está presente em grande quantidade na doutrina e na jurisprudência, no sentido

de que no momento da decisão o juiz teria um espaço discricionário no qual poderia moldar a sua vontade (STRECK, 2017. p. 54).

Nesse sentido, STRECK afirma que:

> Da escola do Direito Livre, passando pela jurisprudência dos interesss, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo pós-hartiano até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento em comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço "não tomado" pela "razão"; um espaço que, necessariamente será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz (STRECK, 2017. p. 53).

Dessa forma, o §1º do artigo 489 vem como uma barreira para conter o ativismo judicial, impondo padrões que devem ser observados das decisões judiciais para que não sejam contaminadas por uma nulidade. Todavia, como bem alerta STRECK, uma crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. O ponto criticado pelo professor Streck é que as concretizações dos textos não podem depender de uma subjetividade assujeitadora do julgador (STRECK, 2013. p. 95).

Com o exposto acima, parto para uma breve análise da coerência e integridade. Tal tese foi formulado pelo jusfilósofo americano Ronald Dworkin, sendo este um grande crítico do positivismo jurídico e que se opôs a Hart, seu professor.

Dworkin estabelece que o direito seria uma atividade interpretativa e que tal fato não se traduziria num relativismo no momento da decisão judicial, pois:

> A percepção de uma dimensão interpretativa do fenômeno jurídico parte da divergência – que, por sua vez, representa a parada reflexiva sobre determinada prática jurídica – para afirmara existência de respostas corretas no Direito, constituídas no esforço de, diante da divergência, encontrar a melhor interpretação possível para determinada controvérsia. [...] sendo o Direito a prática social que garante legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc...) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser (STRECK, 2017. p. 33).

Ou seja, como o ato de interpretar faz parte da condição humana, a resposta correta Dworkiniana estaria centrada na ideia de haveria uma abertura interpretativa para o jurista encontrar tal resposta. Dessa forma, a coerência seria a consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si, ao passo que a integridade seria a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância (STRECK, 2017. p. 34).

Dessa forma, exigir coerência e integridade quer dizer que o julgador não pode "seguir a própria consciência", decidindo de outro modo, tendo em vista que não decidir com coerência e integridade significa se valer de um poder discricionário – ou do livre convencimento -, o que acarreta na recorribilidade da decisão por falta de coerência (STRECK, 2017. p. 35).

De acordo com o STRECK, somente existiriam seis hipóteses em que o Poder Judiciário estaria autorizado a deixar de aplicar uma lei, qual sejam:

> a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade stricto sensu) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; as especificidades podem ser encontradas nos respectivos desdobramentos da presente obra;
> b) quando for o caso de aplicação dos critério de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a lex posterioris, que derroga a lex anterioris, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
> c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (verfassungskonforme Auslegung), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua "literalidade") permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação "texto-norma". Como poderá ser visto amiúde mais adiante, a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão;
> d) quando aplicar a nulidade parcial sem reducação de texto (Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido (conforme item específico no capítulo em que discuto esses mecanismos de aplicação do direito);
> e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;
> f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é "suspensa" em casos de "insigni- ficância"). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da applicatio

> hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (ontologische Differenz) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto (STRECK, 2013. p. 347 e 348).

Em que pese o artigo 489 possua uma redação de fácil compreensão, os Tribunais não vêm respeitando a sua literalidade. Em pesquisa realizada para verificar o grau de aplicabilidade do referido artigo, DE VARGAS SOARES analisou centenas de decisões dos Tribunais do país (DE VARGAS SOARES, 2017. p. 42-105).

A conclusão que chegou foi assustadora. Com base neste levantamento de decisões foi possível afirmar que a aplicação e recepção do art. 489 do CPC/2015 não está se dando de forma correta, ou seja, de acordo com o que prevê seu texto legal. Na *práxis*, se observa que os julgadores não estão "olhando o novo com olhares do novo", pelo contrário, continuam a olhar o novo com olhares do velho.

Ademais, com esta mesma pesquisa realizada, foi possível observar dois posicionamentos distintos entre os tribunais. O posicionamento dominante que se pode examinar, é que alguns tribunais, ou melhor, julgadores, elevam a decisão judicial como um produto divino (um dogma) que jamais deverá ser reformada. Em outras palavras, é possível verificar em diversas decisões analisadas, sentenças extremamente sucintas, sem qualquer fundamentação - por tanto, sentenças nulas ao olhar do art. 489 do CPC/2015 - que não são cassadas em razão dos julgadores sustentar que não há qualquer vício para ser sanado, pois, segundo eles, a fundamentação não precisa ser exaustiva. Ademais, nesta mesma linha, é possível verificar a existência de sentenças sem dispositivo, o que de imediato acarreta nulidade da decisão em razão de ausência de elemento essencial. Em alguns tribunais do país, julgadores sustentam que o dispositivo é mera formalidade da decisão, ou seja, não a torna nula caso estiver ausente. Seguindo neste caminho, foi possível se constatar na pesquisa o que se denomina na prática de "loteria da distribuição", ou seja, duas câmaras que compõem o mesmo tribunal possuir posicionamento extremamente distinto para a compreensão de uma mesma matéria.

Porém, é necessário ressaltar que com os mesmos resultados desta pesquisa jurisprudencial, surge, de forma minoritária, um posicionamento antagônico. Este posicionamento pode ser observado nos tribunais que realmente cumprem o que dispõe o art. 489 do CPC/2015 e as garantias do texto constitucional de 1988. Ou seja, aqueles tribunais que

respeitam a legalidade e realmente cassam decisões que não estão de acordo com os parâmetros legais.

CONCLUSÃO

Como afirmado na introdução deste artigo, vivemos em tempos de ativismo judicial. Isso é algo inegável. O Brasil de 2019, ao que parece, mergulhou no universo criado por Lewis Caroll, no livro "Alice através do espelho", especificamente no momento em que Alice encontra a personagem Humpty Dumpty.

Na oportunidade, Alice pergunta para Humpty Dumpt o que é um presente de desaniversário. De prontidão, este responde que é um presente dado quando não é seu aniversário. Ao ser questionado novamente por Alice sobre o sentido de desaniversário – e de glória, que o personagem afirma significar "um belo e demolidor argumento" – Humpty Dumpty afirma que "quando eu uso uma palavra, ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos". A questão, como bem afirma Humpty Dumpty, não é saber se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes, mas sim saber quem vai mandar.

Esse trecho do livro de Lewis Carrol simboliza de maneira perfeita o problema que gira em torno do ativismo judicial, que é a capacidade de se dar diversos sentidos a um texto legal a partir da própria consciência e da maneira que convém ao juiz.

Todavia, o grande problema acerca do ativismo judicial consiste na falta de um acordo acerca dos elementos ou características que podem elucidar uma decisão ou ato judicial manifestamente ativista, se resumindo a uma mera intervenção indevida do judiciário principalmente na esfera legislativa, o que leva a uma confusão conceitual com a judicialização da política na maioria dos casos (TASSINARI, 2013.p. 147).

E nesse momento que cabe uma diferenciação para que se evitem problemas que há tanto atingem o Brasil. Enquanto a judicialização é contingencial e inexorável, tendo em vista que está se dá, na maioria das vezes, para evitar o alto custo político de determinadas decisões que deveriam ser tomadas no ambiente legislativo, o ativismo se traduz em uma postura dos juízes que, por meio de um ato de vontade, vão além daqueles limites inerentes à sua atuação.

Se a Constituição diz que as decisões deverão ser fundamentadas e com o advento de um novo Código de Processo Civil se estabelecem critérios para definir quando uma decisão não será considerada fundamentada e os Tribunais negam vigência a tais dispositivos, vivemos em tempos onde a Constituição e a lei infraconstitucional não possuem aplicabilidade em um Estado Democrático de Direito em decorrência de um solipsismo judicial. Mais do que nunca,

citando o gato de “Alice no país das maravilhas”, ao que parece, somos todos loucos aqui. Aparentemente, Humpty dumpty estava certo. A questão é saber quem vai mandar. Apenas isso.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as origens da Judicial Review: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall**. 1ª ed. Florianópolis: Habitus Editora. 2018.

BARROSO, Luis Roberto**. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Synthesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, 2012.

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

CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2014.

DEVARGAS SOARES, Guilherme Augusto. **PRIMEIRO ANO DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015: uma análise do artigo 489 do CPC a partir da Crítica Hermenêutica do Direito.**

EDITORS, Biography.com. **John Marshall Biography**. Disponível em: https://www.biography.com/political-figure/john-marshall. Acesso em 29/06/2019.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”. California Law Review**, v. 92, n.5, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo.** 41ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário.** 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação.** In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 10. 2012, Curitiba: ABDConst, 2013.

SMENTKOWSKI, Brian P. **John Marshall: chief justice of United States**. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/John-Marshall. > Acesso em 29/06/2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano**. Revista de Informação Legislativa**,** Brasília, v. 206, p. 33-51, abr. 2015. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512448 >. Acesso em 07/07/2019.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.**1ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.