

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIELA FERNANDES DE SOUZA

**ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: ENTRE A UNIFORMIZAÇÃO
DE JURISPRUDÊNCIA E A CLÁUSULA GERAL DE INTERPRETAÇÃO
CONFORME A CONSTITUIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

**Cidade de Goiás
2021**



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome(s) completo(s) do(a)(s) autor(a)(es)(as): GABRIELA FERNANDES DE SOUZA

Título do trabalho: ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: ENTRE A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E A CLÁUSULA GERAL DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(à)(s) autor(a)(es)(as) e ao(à) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **Bruna Pinotti Garcia Oliveira, Professora do Magistério Superior**, em 11/06/2021, às 17:02, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **GABRIELA FERNANDES DE SOUZA, Discente**, em 11/06/2021, às 17:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2128371** e o código CRC **4D5DAD57**.

Referência: Processo nº 23070.025893/2021-19

SEI nº 2128371

GABRIELA FERNANDES DE SOUZA

**ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: ENTRE A UNIFORMIZAÇÃO
DE JURISPRUDÊNCIA E A CLÁUSULA GERAL DE INTERPRETAÇÃO
CONFORME A CONSTITUIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia jurídica apresentada à Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas da Regional Goiás da Universidade Federal de Goiás, como trabalho de conclusão do curso de bacharelado em Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Bruna Pinotti Garcia Oliveira.

**Cidade de Goiás
2021**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Souza, Gabriela Fernandes de

ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: ENTRE A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E A CLÁUSULA GERAL DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Gabriela Fernandes de Souza – 2021.

Orientação: Profa. Dra. Bruna Pinotti Garcia Oliveira.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Goiás, Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas, Goiás, 2021.

1. Constitucionalização do processo civil. 2. Ativismo judicial. 3. Uniformização de jurisprudência. 4. Precedentes. 5. Segurança jurídica.

CDU 342.56(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos nove dias do mês de junho do ano de dois mil e vinte um iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: ENTRE A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E A CLÁUSULA GERAL DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015”, de autoria de GABRIELA FERNANDES DE SOUZA, do curso de Direito, da Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas da UFG. Os trabalhos foram instalados pela orientadora Profa. Dra. Bruna Pinotti Garcia Oliveira (UAECSA/UFG) com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Profa. Dra. Maria Carolina Carvalho Motta (UAECSA/UFG) e Profa. Dra. Sofia Alves Valle Ornelas (UAECSA/UFG). Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição da estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora deliberou e considerou o TCC **aprovado**.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Bruna Pinotti Garcia Oliveira, Coordenadora de Curso**, em 11/06/2021, às 16:50, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Sofia Alves Valle Ornelas, Professora do Magistério Superior**, em 11/06/2021, às 16:55, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Maria Carolina Carvalho Motta, Professor do Magistério Superior**, em 11/06/2021, às 16:56, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2128343** e o código CRC **2A68B1F8**.

Aos meus pais, Vanderley e Miriam.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente a Deus, sem o qual eu nunca teria capacidade de realizar esse trabalho, muito menos concluir o curso de forma tão incrível.

À minha orientadora, Bruna Pinotti, que de forma extremamente humana me acolheu durante esse período de pesquisa, em um tempo difícil para todos, não me deixou sem rumo e me norteou com excelência para que eu alcançasse esse objetivo. Sem você eu continuaria perdida em 2020. Obrigada.

Aos meus pais, Vanderley e Miriam, que nunca hesitaram em prover tudo que eu precisei nessa jornada longa e com percalços que somente eles conhecem. Pelos sacrifícios e pelo amor, obrigada.

À minha irmã, Jordana, que é minha maior incentivadora e minha melhor ouvinte.

Aos meus familiares, pelas orações.

Aos meus amigos que me ouviram falar com tanta paixão de tantas histórias vividas nesse período e que com certeza me ajudaram a evoluir a cada dia, obrigada pelo apoio de sempre.

Às mulheres fortes que muito me ensinaram no período que estagiei no MPGO, Thaís, Luísa, devo muito pelo conhecimento que vocês bondosamente me transmitiram.

Vocês fazem parte de quem eu sou hoje, sou imensamente grata a todos.

*“Ninguém pode entrar duas vezes no mesmo rio,
pois quando nele se entra novamente, não se
encontra as mesmas águas, e o próprio ser já se
modificou. Assim, tudo é regido pela dialética, a
tensão e o revezamento dos opostos. Portanto, o real
é sempre fruto da mudança, ou seja, do combate
entre os contrários”.*
(Heráclito)

RESUMO

A partir da constitucionalização do direito brasileiro mudanças ocorreram em diversos âmbitos, principalmente no processual, que passou a dar maior atenção à garantia dos direitos fundamentais. Antes mesmo da formulação de um Código de Processo Civil pós-Constituição Federal de 1988, uma importante mudança saltou diante do ordenamento jurídico, que foi a mudança do comportamento do Poder Judiciário frente ao trato das demandas. Porquanto, houve alto no fluxo da judicialização, o que impulsionou o Judiciário, anteriormente tímido em suas decisões, a julgar os casos com a devida liberdade constitucionalmente conferida, o que aponta diretamente ao ativismo judicial, que são decisões proferidas que consideram em suas fundamentações algo além da lei, como os princípios, valores e costumes, tanto quanto o contexto da demanda. Após aprofundar estas noções num primeiro momento, o trabalho traz o contraponto dessa nova realidade jurídica com os princípios do garantismo processual e da segurança jurídica, ao analisar os efeitos das decisões no sistema que agrega traços do *civil law* e do *commom law* e ao abordar como a força vinculante das decisões pode ou não prejudicar a estabilidade jurídica. Por fim, num balanço entre os extremos, buscou-se fazer uma análise da interação destes institutos no sistema processual civil brasileiro, produzindo maior conhecimento acerca dos precedentes, concluindo que, diante destes institutos inovadores, o sistema jurídico brasileiro se encontra imaturo para estabelecer um equilíbrio que traga ao processo mais eficiência e objetividade sem perder segurança jurídica e estabilidade judicial.

Palavras-chave: Constitucionalização do processo civil. Ativismo judicial. Uniformização de jurisprudência. Precedentes. Segurança jurídica.

ABSTRACT

After the constitutionalization of Brazilian law, changes occurred in several areas, mainly in the procedural, which started to give greater attention to the guarantee of fundamental rights. Even before the formulation of a Civil Procedure Code after the 1988 Federal Constitution, an important change jumped in front of the legal system, which was the switch in the behavior of the Judiciary when dealing with demands. Because there was an increase in the flow of judicialization, which prompted the Judiciary, previously shy in its decisions, to judge cases with due constitutional freedom, which directly points to judicial activism, which are decisions rendered that consider in their foundations something in addition to the law, such as principles, values and customs, as well as the context of demand. After deepening these notions at first, the work brings the counterpoint of this new legal reality with the principles of procedural guarantee and legal security, by analyzing the effects of decisions in the system that aggregates traces of civil law and common law and in addressing how the binding force of decisions may or may not harm legal stability. Finally, in a balance between the extremes, an attempt was made to analyze the interaction of these institutes in the Brazilian civil procedural system, producing greater knowledge about the precedents, concluding that, in the face of these innovative institutes, the Brazilian legal system is immature to establish a balance that brings more efficiency and objectivity to the process without losing legal security and judicial stability.

Keywords: Constitutionalization of civil procedure. Judicial activism. Standardization of jurisprudence. Precedents. Legal security.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 – ATIVISMO JUDICIAL E NEOCONSTITUCIONALISMO	11
1.1 Conceito e origens do ativismo judicial	11
1.2 Neoconstitucionalismo, interpretação constitucional e ativismo judicial	15
1.3 Aspectos positivos e negativos do ativismo judicial	18
1.4 Constituição Federal de 1988 e os caminhos para o ativismo judicial no Brasil	21
CAPÍTULO 2 – GARANTISMO PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA	25
2.1 Conceito e princípios do garantismo processual	25
2.2 Garantismo processual e estabilidade das decisões	29
2.3 Força vinculante das decisões judiciais nos diferentes sistemas processuais.....	32
CAPÍTULO 3 – ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	36
3.1 Constitucionalização do direito processual civil e o Código de Processo Civil de 2015 ...	36
3.2 Direito processual civil constitucional e cláusulas gerais de interpretação: abertura de caminhos para o ativismo judicial	39
3.3 Instrumentos do CPC para garantia da estabilidade das decisões	42
3.3.1 Uniformização de jurisprudência.....	43
3.3.2 Precedentes judiciais.....	46
3.4 Ativismo judicial no Brasil e a instabilidade de um sistema que objetiva a estabilidade ..	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

Há muito se discute sobre como as relações entre sociedade são reguladas, como enfrentar os conflitos que existem entre as pessoas e como resolvê-los da forma mais justa. É nesse contexto que o Direito surge e com ele todas as suas variantes que foram criadas ao longo do tempo para suprir as mais diversas demandas. Num conflito entre dois indivíduos, emerge a necessidade da intervenção de um terceiro que analise os dois pontos e encontre o ponto de equilíbrio entre eles: essa é a justiça.

Com a evolução dos tempos tudo ganha forma e o processo judicial é criado, com leis, normas e princípios que regulam todo um sistema jurídico. São marcos que compõem a história do direito. Um destes destaques, na ordem brasileira, é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Desde a promulgação da Constituição em 1988, todo o texto constitucional passou a ser baseado no princípio do Estado Democrático de Direito. A efetivação verdadeira dos princípios postos foi e continua sendo um desafio, principalmente porque é uma proposta feita em um processo de redemocratização, com uma concepção inovadora quanto aos direitos fundamentais.

A CF/88, ao postular acerca destes direitos fundamentais e princípios processuais, como o devido processo legal, visando a garantia processual, permitiu a ampliação da atuação do magistrado ao decidir nas causas que lhe couber, ampliando a interpretação cuidando para que o dispositivo legal se encaixe ao caso concreto da melhor forma, mais justa, o que muitos classificam como postura judicial ativista. Com a CF/88 foram recuperadas as garantias dos magistrados, mais do que isso, foi dado maior poder de atuação visto que o Judiciário passou a ser o garantidor dos direitos sociais que foram reconhecidos, principalmente com o instituto do controle de constitucionalidade. Neste momento, o Judiciário passou a ser um Poder Político, como é apresentado no primeiro capítulo do presente trabalho.

Apontando para o segundo capítulo será desenvolvido mais acerca de como o Código de Processo Civil de 2015 objetiva concretizar o sistema de precedentes no Brasil, tradição do sistema do *common law*, que fixa o caso concreto como fonte principal, ao contrário do *civil law*, que compreende a lei como fonte principal. Foi esse mesmo Código que trouxe pela primeira vez a figura explícita dos precedentes, visando dar efetividade aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia.

A ideia é trazer à realidade o garantismo processual, fundado no conhecimento de que no *common law* os precedentes são regidos pelos seguintes atributos: “igualdade, previsibilidade, economia e respeito”; isso com o fito de construir estabilidade e maior

eficiência ao Poder Judiciário. Neste sentido, desenvolve-se o capítulo 3, com o intuito de demonstrar que, ao se deparar com um conflito, o juiz deve enfrentar a lide proposta, sempre observando a Lei vigente, os princípios correspondentes ao Estado Democrático de Direito e os precedentes, agindo com imparcialidade.

É isso que a sociedade espera do Estado, na figura do Poder Judiciário, uma solução para seus conflitos, confiante de que as decisões decorrentes das diferentes demandas que surgem todos os dias serão pautadas naquilo que a sociedade construiu, por meio de um processo democrático e legítimo, diretamente ou por meio da representatividade no legislativo.

Todas essas questões que compõem esta pesquisa foram desenvolvidas com o intuito de compreender melhor cada instituto e como, após serem confrontados, eles permitem refletir sobre os impactos do Código de Processo Civil de 2015 na forma como o Direito será operado. Predominantemente, o que se busca é esclarecer se o ativismo judicial é prejudicial ou não à democracia do Estado, compreendendo qual o efeito desse debate no direito processual civil, especialmente quanto à instituição da cultura de precedentes.

Ao tratar desse problema, foi realizada uma pesquisa qualitativa, porquanto a análise dos dados coletados identificará resultados valorativos, marcadamente subjetivos. Em relação ao objetivo geral, a pesquisa é exploratória, considerando a revisão de bibliografia. O trabalho se desenvolve pelo método analítico-doutrinário, colacionando doutrina especializada para situar um debate teórico no campo da constitucionalização do processo civil.

CAPÍTULO 1 – ATIVISMO JUDICIAL E NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1 Conceito e Origens do Ativismo Judicial

Ao tratar de questões que parecem demonstrar a postura proativa e expansiva dos magistrados, fala-se em ativismo judicial. Muito se especula acerca deste tema que é tratado tanto de forma positiva quanto negativa. Seja qual for a tratativa, todas as formas sempre irão considerar aspectos que envolvem o processo de interpretação expansiva das leis postas no ordenamento jurídico vigente.

De acordo com a doutrina, o termo ativismo judicial começou a ser utilizado no ano de 1947, momento no qual o historiador político Arthur M. Schlesinger Jr. teve a atribuição de redigir um artigo acerca da postura de cada um dos membros da Suprema Corte Norte-Americana frente ao período histórico pós-crise de 1930, com o país vivendo a movimentação política proveniente do *New Deal*. (CAMPOS, 2013)

A partir da análise realizada por este historiador o termo foi popularizado nos Estados Unidos da América, principalmente por envolver o *New Deal* e os novos programas federais. O aspecto político do ativismo judicial foi evidenciado e muito se discutiu acerca do papel do Poder Judiciário como garantidor dos direitos das minorias e da dissociação do Direito e da Política.

No contexto norte-americano é que se encontra a estruturação do ativismo judicial. Tal postura ativista já era notada de forma expressiva na história da Suprema Corte Norte-Americana. Contudo, não era caracterizada com esse termo de “ativismo judicial” – que hoje em dia é amplamente discutido de forma política e jurídica – até que Arthur M. Schlesinger Jr. assim o cunhasse. Nesta análise, Arthur M. Schlesinger Jr. também notou a divisão dos juízes entre ativistas e os autorrestritivos. (CAMPOS, 2013)

Juízes ativistas tomam decisões de caráter político e de criação positiva do direito, orientados por seu sentido de justiça social, sem fidelidade ao sentido literal do texto constitucional. No entanto, juízes “campeões da autorrestrição judicial” são humildes na interpretação da Constituição e deferentes às decisões dos demais poderes do governo ainda que contrárias às suas convicções políticas ou morais (CAMPOS, 2013, p. 4705).

Essa divisão é importante para que fosse possível criar o conceito de ativismo judicial, que para o autor americano seria o exato oposto de autorrestrição judicial, ou seja, os juízes ativistas fazem o papel de substituição da vontade do legislador pela própria para que as liberdades civis e os direitos da minoria sejam defendidos ativamente.

Os juízes autorrestritivos defendem que o Judiciário não tem a função de tomar decisões de cunho político, enquanto os ativistas tinham uma visão expansiva, na qual as decisões deveriam ser tomadas objetivando maior justiça social, acolhendo o ponto de vista das minorias que não tinham como conquistar plenamente direitos ou liberdades individuais, como bem pontua o Luís Roberto Barroso (2009, p. 12):

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual 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. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

A partir do momento em que a Suprema Corte obteve uma maioria de magistrados ativistas o conceito tomou força e surgiram decisões de grande relevância que deram outro caráter ao perfil do judiciário americano. O principal momento em que todo o ocidente passou a notar uma postura mais ativa do judiciário foi no pós-Segunda Guerra Mundial, tendo em vista o momento sombrio que a sociedade viveu, com diversas atrocidades e retirada de direitos fundamentais, considerou-se ser prudente que fosse estabelecido o Estado Democrático de Direito, tendo por poder principal o Judiciário, como forma de assegurar que momentos como os que foram vividos até o final do ano de 1945 não voltassem a existir. (CAMPOS, 2013)

Era algo que a sociedade ansiava, que houvesse alguém para recorrer quando se via desamparada, havia uma comoção pública em torno disso. Portanto, a missão era reconstruir a sociedade, seguindo princípios democráticos, para apagar os traços ditatoriais deixados pela guerra. Há de se considerar, ainda, que as grandes crises econômicas e outros diversos fatores sociais davam à sociedade a certeza de que deveria haver maior interferência do Judiciário para gerar segurança jurídica.

Estes imbróglis pós-guerra deram força ao processo de constitucionalização e judicialização, que no Brasil apenas cresceu após a Ditadura Militar (1964 - 1985) com a publicação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tornando mandatório reestabelecer o bem-estar social (BARROSO, 2009). O período ditatorial no Brasil trouxe uma

crise no Judiciário e no Legislativo, já que foi tirada a autonomia e a normatividade desses citados poderes. Com o fim deste período, deu-se início à discussão sobre o que seria necessário fazer para redemocratizar a sociedade brasileira e quais medidas tomar para que a nova Constituição pudesse ter efetividade em suas normas.

Desde a primeira vez em que o ativismo judicial foi apresentado à sociedade norte-americana até os dias atuais, este fenômeno sofreu diversas mutações e vários estudos são desenvolvidos com o fim de entender os efeitos dessa postura, como ela de fato ocorre e como a sociedade lida com isso. A concepção prévia do ativismo judicial era de que o magistrado tinha uma conduta ativista quando decidia sempre de forma a interpretar a lei para que os direitos fossem garantidos. Porém, hoje esse conceito tomou novas proporções, como elucida Luís Roberto Barroso (2009, p. 6):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Assim como na Suprema Corte Americana, no sistema brasileiro a postura dos magistrados passou a ser ativista para dar maior eficácia ao texto constitucional já existente, de forma a abranger e dar efetividade aos direitos das minorias, trazendo ao Supremo Tribunal Federal uma função jurídico-social, anteriormente não existente em razão das diversas supressões feitas no período de 1964. Além de permear na seara dos outros poderes de Estado quando o Judiciário julga necessário.

A respeito, o professor Elival da Silva Ramos (2013, p. 116) elucida:

Ativismo Judicial é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Nessa senda, a visão que Elival da Silva Ramos possui do conceito de ativismo judicial é menos otimista do que aponta Luís Roberto Barroso, pois pra ele além de ultrapassar os limites estabelecidos para esse poder, o Judiciário adentraria de forma perspicaz em áreas essencialmente designadas ao demais poderes.

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu maiores prerrogativas e ampliou o campo de atuação do Judiciário, o magistrado foi motivado a se posicionar de forma proativa em questões que afligiam a sociedade de forma contundente, o que tornou o Judiciário mais acessível aos olhos da população, suprimindo a ansiedade existente anteriormente, tal como um herói que solucionaria todos os problemas, personificação do juiz Hércules, que é uma associação feita por Ronald Dworkin. (TEIXEIRA, 2012)

O Brasil, ao sair de um momento histórico, no qual até mesmo o Congresso Nacional foi fechado, enfrentou nova fase no final da década de 80, que foi voltado à redemocratização, entretanto, positivar uma nova constituição recheada de direitos não traria à sociedade confiança deliberada na lei.

O momento pós-constituição era de distância entre o texto e a realidade, uma vez que colocar em ação tudo o que o legislador propôs levaria ao enfrentamento de costumes e tradições, o que desencadeou o início da luta do Judiciário para tirar a lei do mundo utópico, ou seja, para que ela deixasse de ser apenas uma folha de papel que alteraria a realidade, como tradicionalmente traz o pensador Ferdinand Lassalle (1993).

Havia receio por parte do Judiciário em assumir o papel incumbido pela Constituição de garantidor de direitos, regras e princípios postos. Foi apenas a partir dos anos 2000 que essa suspeição começou a ser superada e o Superior Tribunal Federal passou a encarar de fato o dever de ser intérprete da Lei Maior. De acordo com Barroso (2015, p. 27), “foi o início da superação do positivismo normativista e de sua crença de que a decisão judicial é um ato de escolha política”.

As implicações de o Judiciário, principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, assumir o papel de redentor muito afetam nas consequências de decisões tomadas em um caso concreto específico que atingem casos subsequentes, que são as decisões *erga omnes*, uma vez que a partir da criação de um precedente que vai contra o que vinha sendo decidido até o momento configura-se uma virada de chave em todo o sistema, além do fato de que a mudanças de tradições surtem efeitos que incomodam a sociedade, já que para sentenciar o juiz escolhe uma série de argumentos expostos por uma parte em detrimento da outra, o que causa polêmicas e gera discussões.

Entretanto, esse poder dado ao Judiciário dá ao ente um caráter político, uma vez que ao decidir o caso concreto ele tem a chance de alterar a realidade de várias outras partes e implementar um padrão favorável a uma classe e desfavorável a outra. Esse caráter político dá vazão aos que querem usar o ativismo judicial como sobrepeso em discussões de caráter essencialmente político, principalmente no que diz respeito aos parlamentares.

1.2 Neoconstitucionalismo, Interpretação Constitucional e Ativismo Judicial

A partir da promulgação da Constituição de 1988, surge o neoconstitucionalismo, que trouxe a ideia de somar o constitucionalismo e a democracia com o objetivo de abranger o Estado Democrático de Direito, que era o novo modelo de Estado.

Em ordem da nova organização político-jurídica, o ponto de partida passou a ser a dignidade da pessoa humana. Vindo de um momento pós-ditatorial, de retirada de direitos e de total desestruturação de institutos jurídicos, a constitucionalização do direito ocorreu expressivamente com foco na busca da normatização e efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade.

Como cita Barroso (2009), constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito, ou seja, a norma constitucional passou a ter *status* de norma jurídica e o que anteriormente era visto como uma situação puramente do âmbito político passou a ser tratada pelo Poder Judiciário.

Quando há uma violação dos direitos fundamentais é gerada uma pretensão resistida, que dá ensejo a uma ação judicial e, nesse caso, o Judiciário tem o dever de debater o caso concreto em favor da defesa e garantia do direito. O legislador positiva a norma, mas é diante do caso concreto que ela toma forma nas mãos do Judiciário.

A intenção com o neoconstitucionalismo é de dar ao texto constitucional força normativa real. Com a supremacia da Constituição, tudo passa a ser baseado no texto que ela traz, ela é a pedra angular do direito nessa nova fase. Por isso, muito se fala em constitucionalização dos ramos do direito, uma vez que eles foram reformulados para ter eficácia juntamente à Constituição.

As inovações do direito constitucional, portanto, são consequência da necessidade que surgiu de pontuar o que são direitos fundamentais e garantias individuais, principalmente reconhecendo o princípio da dignidade da pessoa humana, que deu embasamento para todos os outros que o sucedem. A Constituição é a força normativa base do Estado Democrático de Direito, tem caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, não há como ignorar a

potência desta norma, considerando, ainda, que o texto constitucional é permeado de princípios e normas de ordem pública.

Partindo dessa premissa sabe-se que o direito mudou de perspectiva a partir desta nova fase. Um diferente norte foi estipulado para as tomadas de decisões. Fica muito claro que o Brasil tem uma nova política, na qual o objetivo é respeitar e preservar as liberdades civis. De forma a desenvolver o país mirando o bem-estar social, a igualdade e a justiça social.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 trouxe consigo percepções para o sistema judiciário brasileiro, tanto que o Supremo Tribunal Federal passou a ter a maior característica de intérprete da Constituição e assegurado de toda a letra constitucional. A atribuição de interpretar aquilo que o legislador positivou é de extrema responsabilidade.

O Direito é um sistema complexo que tem a atribuição de estabelecer regras, direitos e deveres que guiarão a sociedade. O sistema brasileiro é contemplado com um número exacerbado de normas, mas elas por si só não têm eficácia, é necessário um terceiro intermediador que é figurado como juiz, que aplicará a norma.

A grande questão é que por se tratar do regramento de seres humanos, os casos concretos podem ter peculiaridades próprias, tornando cada conflito único, de forma que o juiz vai ter a necessidade de encontrar a norma que mais se assemelha à pretensão e a interpretar conforme o caso é proposto.

A hermenêutica jurídica é o caminho para dar à norma o aspecto prático necessário que a dará vida, conforme bem conceitua Luís Roberto Barroso (2003, p. 75):

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto.

De forma simples, é esperado dos magistrados que, ao serem provocados a agir num conflito entre duas partes, identifiquem a norma que melhor se adequa com a finalidade de resolver tal embate, dar uma solução ao problema apresentado – é a chamada subsunção.

Para além da hermenêutica jurídica, existe o instituto da interpretação constitucional, que é um novo sistema no qual a lei tem sempre que ser interpretada à luz da Constituição, ou seja, novos critérios foram estabelecidos para que a interpretação estivesse de acordo com os princípios constitucionais, como, por exemplo, o da supremacia da Constituição.

Essa concepção surgiu com a evolução do texto da Carta Magna e com ela a ideia de que de acordo com a hierarquia das normas, todas que vierem abaixo da CF não poderão ter conteúdos que divergem do texto constitucional, mas que além disso todos os casos concretos deverão encontrar solução compatível com o texto, conforme os escritos de Barroso (2005, p. 12) eloquentemente assinalam:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Ressalta-se a parte final da citação na qual o autor traz o intérprete como parte do processo de criação do direito, ou seja, o juiz age de forma ativa ao exercer seu papel constitucional e dar à norma sentido pleno, trazer à realidade dos fatos uma norma antes abstrata, mas que ao ser analisada de forma detalhada e específica para determinado caso, toma forma, sendo moldada a alcançar a solução ideal.

Há de se enfatizar que mesmo quando não houver uma lei posta no ordenamento jurídico que legisle acerca da lide das partes, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo quarto assevera que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

De qualquer forma, o juiz de direito é responsável por essa aplicação, mas o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guarda da Constituição, tem a competência constitucional de estabelecer precedentes no ordenamento, isso ocorre quando um assunto extremamente divergente entre os juízos gerando alta demanda vem à Corte Superior para ser apreciada, o que surtirá efeito em forma de súmula, que pode até mesmo adotar formato vinculante.

Segue trecho da Constituição de 1988, que dispõe sobre esta questão:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas

federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [...]

O ativismo judicial tem raízes na interpretação constitucional dos magistrados, que sempre devem almejar alcançar os fins sociais e as exigências do bem comum (art. 5º da LINDB), além da melhor solução mediante as lides propostas; e no poder dado pela constituição (positivado de forma vaga) para que as decisões do Superior Tribunal Federal tenham eficácia ou efeitos vinculantes a depender da demanda, assim criando positivamente o Direito.

1.3 Aspectos Positivos e Negativos do Ativismo Judicial

Muito se fala nas formas que o ativismo judicial é conceituado, alguns sobrepesam a positividade e outros a negatividade, mas o fato é que todos focam em seus efeitos antes de considerar classificá-lo, a exemplo de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2013, p. 4695):

O Supremo tem utilizado um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas expansivas de seu novo espaço institucional: além de suprir lacunas legislativas; ele expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirma direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais para conformá-los à Constituição; falta com deferência à capacidade jurídica e epistêmica dos outros poderes; amplifica os próprios poderes processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e na aplicação de políticas públicas. Isso tudo é ativismo judicial.

Esse aspecto expansivo alcançado por Campos (2013) traz à superfície a visão negativa que o ativismo judicial possui, porquanto em muitos casos, num processo, vai ser necessário decidir pela argumentação de uma das partes, conforme já é claro. Dessa forma, no momento no qual a parte preterida observar a sentença e o juiz tiver interpretado uma lei em sentido extensivo e essa parte julgar ter sido injusto, ela apontará o ativismo como algo negativo para a sociedade como um todo.

À luz da Constituição o magistrado não está errado em decidir desta forma. Há uma grande diferença entre erro judicial e ativismo judicial, uma decisão que é desfavorável para um grupo social ou segmento político não significa instantaneamente um erro. Esse poder de afirmação de direitos e interesses substantivos desenvolvem uma narrativa importante ao se

considerar grandes decisões que são tomadas todos os dias e que movimentam a política, fato que leva parlamentares a girarem em torno dessa questão, fazendo disso pauta para fins eleitorais.

Isso significa dizer que o ativismo judicial pode ligar o Judiciário e o Executivo de forma direta e que, a depender da linha de pensamento de cada juiz da suprema corte, a balança pode pesar mais para um lado e, assim, os ocupantes de cargos governamentais podem argumentar que juízes de posição ativista tomam decisões de caráter político, o que poderia afetar a democracia.

Nessa linha, o posicionamento político do Judiciário afetaria decisões que deveriam ser tomadas pelo Executivo. Já no âmbito do Legislativo, a proatividade ao criar o Direito, na forma de decisões, ameaçaria a democracia no sentido de que a legislação positivada em sua essência é de criação daqueles que foram escolhidos pelo povo como representantes de suas vontades, ao contrário do juiz que não foi escolhido por voto popular e ainda participa da criação positiva do Direito, que afeta diretamente a vida de toda a população (CAMPOS, 2013).

Este é um dos principais aspectos negativos que pode ser apontado acerca do ativismo judicial, em razão do forte impacto que a Constituição de 1988 teve ao ser promulgada, justamente por possuir a clara presença do Estado Democrático de Direito, abrangendo direitos fundamentais as individualidades e devolvendo o poder ao povo. Isso pode culminar na insegurança jurídica, que abala o sistema como um todo.

É controverso, no mínimo, dizer que aquele guardião da Constituição também é responsável por mitigá-la. É isso que muitos defendem, já que em debates de importância política e social somente se darão no contexto da Suprema Corte, instituição composta por apenas 11 (onze) ministros (as), que certamente não foram escolhidos pela majoritária opinião popular. Caso o Judiciário extrapole os limites de seus poderes, é esta uma das consequências negativas.

O autor Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 51) reproduz o pensamento de outro aspecto negativo do ativismo judicial, que são as decisões viciadas por decisionismo político:

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 predeterminações 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.

Quando se decide sem objetivar cada detalhe e peculiaridade do caso concreto é o mesmo que fazer uma decisão genérica. Como foi dito anteriormente, cada pretensão resistida é diferente, pois se trata de pessoas que mudam em alta constância. Pré-julgar uma decisão sobre uma lide somente em razão de predefinições que fogem do âmbito, como ideológicas, pode dar causa a decisões sem fundamento, que é um dos principais requisitos de toda sentença.

Noutro passo, o legislador deixou alguns conceitos vagos na Constituição, dando liberdade aos juízes para interpretarem a norma maior, de forma que não há que se falar em ilegalidades. O neoconstitucionalismo trouxe propositalmente essa abertura, que permitiu a ampliação das garantias dos direitos individuais e dos direitos fundamentais.

O STF tem liberdade constitucional para agir de forma expansiva, é essa característica que o permite ser o garantidor da Carta Magna, uma vez que, no caso concreto, diversos direitos podem ser violados e o Supremo que tem função de defender e proteger esses direitos, ocasião na qual uma decisão pode ou não invadir outra esfera de poder.

Assim, embora não se possa falar, em certos casos difíceis, em uma resposta objetivamente correta – única e universalmente aceita –, existe, por certo, uma resposta subjetivamente correta. Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida. E esse intérprete tem deveres de integridade – ele não pode ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria – e tem deveres de coerência, no sentido de que não pode ignorar as suas próprias decisões anteriores, bem como as premissas que estabeleceu em casos precedentes. Um juiz não é livre para escolher de acordo com seu estado de espírito, suas simpatias ou suas opções estratégicas na vida. Um juiz de verdade, sobretudo um juiz constitucional, tem deveres de integridade e de coerência (BARROSO, 2015, p. 35).

Conforme bem elucidada o Min. Luis Roberto Barroso, as decisões do STF não são tomadas deliberadamente, os juízes precisam seguir os ritos, como qualquer outro, inclusive, devem fundamentar de forma adequada todas as suas decisões. O intérprete ante de tudo tem que estar de acordo com o que o legislador propõe inicialmente no texto constitucional.

Contudo, a Constituição permite que o intérprete vá além quando atua na defesa dos direitos fundamentais e dos princípios da democracia, uma vez que é crescente a judicialização das demandas políticas que passaram a ser entregues ao Judiciário para serem discutidas, em razão da confiança atribuída ao poder durante a efetivação da CF/88, a qual é reflexo de uma sociedade complexa (TEIXEIRA, 2012).

Nesse sentido, fica claro para Barroso (2015) que o Supremo Tribunal Federal passou a ser um instituto com função iluminista, pelo seu papel representativo e cada vez mais presente nas demandas e conflitos que são apresentados pela sociedade. Portanto, houve um processo de judicialização de demandas que antes eram comuns de resolução sem que houvesse interferência judicial e como consequência os órgãos judiciais passaram a ser o representante com justificativa para exercer um papel político.

Um dos aspectos positivos é este que o Judiciário consegue dar a uma norma que antes era abstrata e não contribuía efetivamente para a realidade de que tinha o seu direito ferido e passou a interpretar de forma a dar eficácia, dando um novo rumo para decisões de demanda parecida que podem seguir no tempo.

1.4 A Constituição Federal de 1988 e os Caminhos para o Ativismo Judicial no Brasil

A chamada constituição garantista tem caráter imperativo, ou seja, as normas inseridas nela possuem a determinação de uma conduta positiva ou de uma omissão, ganha esse *status* principalmente por exercer supremacia sobre as outras normas do âmbito jurídico (CUNHA JÚNIOR, 2017), o que não anula a imperatividade das demais normativas, mas as submetem ao crivo da Constituição.

Nessa linha, Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 27) discrimina o conceito do princípio da constitucionalidade da seguinte forma: “todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo”. Esse caráter de imperatividade também é válido para decisões administrativas do Estado, que de acordo com os princípios democráticos não podem sobrepor a vontade do legislador constitucional.

Cunha Júnior (2017, p. 29) apresenta parte do relatório do Ministro Celso de Melo na ADI 2.105-MC, julgada em 28 de abril de 2000, que pontua claramente acerca da força normativa da Constituição sobre os outros poderes:

A autoridade hierárquico-normativa da CF impõe-se a todos os poderes do Estado. Nenhuma razão – nem mesmo a invocação do princípio da magistratura – pode justificar o desrespeito à constituição. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois o desprezo pela constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas.

Além de assegurar direitos e garantias a Constituição tem relação direta com a divisão dos poderes do Estado, porquanto nenhum ato pode ser realizado sem que esteja nivelado com as normas postas na CF, de modo que o constitucionalismo é o foco em todos os âmbitos, pois quando se foge dele a segurança jurídica fica ameaçada.

Considera-se, ainda, que aqueles que estão em posição de autoridade no Estado receberam esse encargo de forma legítima e cumprindo os devidos ritos postos na Constituição, que foi feita por representantes do povo, devendo ser seguida em sua integralidade essencialmente após este momento de posse.

Noutro passo, Luís Roberto Barroso (2009, p. 4) pontua de forma perspicaz que:

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Esse debate proposto por Barroso é de suma importância para o entendimento de que o legislador não tem a intenção de politizar o direito e incentivar a interferência entre poderes, mas sim de tornar viável a atuação do judiciário em casos nos quais se observa a necessidade de intervenção, com o intuito de impor o texto constitucional sob decisões inconstitucionais que forem tomadas. Entretanto, almeja-se que a intervenção seja efetuada de forma legal, buscando o melhor para que o bem-estar social seja conquistado e que nenhum abuso ou desvio de poder seja cometido.

O controle de constitucionalidade busca assegurar a supremacia constitucional e a sua força normativa justamente para evitar excessos quando atuar na defesa dos direitos e garantias fundamentais, nesse sentido Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 34) pontua sobre o tema:

Do ponto de vista prático, o controle de constitucionalidade ocorre assim: quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a Constituição, o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constatada a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional e tem retirada, em regra retroativamente, a sua eficácia, deixando de irradiar efeitos, quer

para o caso concreto (no controle concreto), quer para todos ou “erga omnes” (no abstrato).

A grande questão seria mensurar a efetividade deste controle em relação à imparcialidade e à precisão na decisão de uma norma sobre a outra, ambas instituídas pelo legislador competente e democraticamente eleito para representar a sociedade.

A Constituição de 1988 é relativamente nova para os padrões de restauração e modificação de tantos institutos, assim, muitas mudanças ainda estão sendo feitas e a cada ano vão se adequando ao ordenamento jurídico brasileiro. Aos poucos a chamada constitucionalização vai ocorrendo, como é o caso do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe grandes inovações em sua letra e é fator primordial para a constitucionalização do Processo Civil brasileiro, mas a efetivação destes novos institutos ainda é um grande desafio que traz muitas incógnitas consigo, apontadas ao longo desta pesquisa.

Como foi referenciado anteriormente, o art. 103-A e parágrafos seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dão o conceito de que certas súmulas vinculam todos os poderes de Estado e têm por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas. As súmulas, a priori, seriam o conjunto de várias decisões reiteradas transformadas em pequenos verbetes, mas na opinião de outros seria apenas uma ferramenta a mais para interpretação (CIONE, 2018).

As súmulas vinculantes, por sua vez, despontaram a partir da EC n. 45/2004 como uma nova forma normativa do ordenamento pátrio, para além das leis existentes, estabelecidas de acordo com a necessidade de trazer desembaraço diante de controvérsias no Judiciário. Cabe ressaltar que quando alguns dos críticos mencionam que o STF reproduz a função do Poder Legislativo, eles fazem alusão à criação das súmulas, especialmente as vinculantes, sendo este um dos aspectos negativos do ativismo judicial anteriormente mencionados. Todavia, sumular é uma forma efetiva de resolver lides que reiteradamente são provocadas no Judiciário.

Apesar do Barroso afirmar que a Carta Magna é desconfiada do legislador, pode se observar no correr do texto constitucional que muito se faz menção ao papel da lei de determinação do conteúdo da norma, em expressões como “nos termos da lei” e “a lei definirá”, o que diz muito sobre a autonomia dada ao legislador e a reafirmação de seu caráter e suas funções (CIONE, 2018). Portanto, não há que se falar em total liberdade do intérprete constitucional, porquanto a Constituição estabelece de forma clara em seu texto o papel de cada poder e cabe cumprir todas elas.

O imbróglio maior é que por conta de a Constituição ter supremacia sobre todas as normas e o Superior Tribunal Federal ser aquele com atribuição de dar eficácia a essa imposição, ao fim serão necessários alguns posicionamentos que interfiram nas questões previamente estabelecidas por outros poderes, com o fim de assegurar a força normativa da Norma Maior. Este contexto ganha novos contornos com a edição do Código de Processo Civil de 2015, que ampliou o potencial normativo das decisões do Poder Judiciário para além das súmulas vinculantes do STF.

CAPÍTULO 2 – GARANTISMO PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA

2.1 Conceito e Princípios do Garantismo Processual

A discussão que gira em torno do ativismo judicial no âmbito processual é pautada pela necessidade de se estabelecer um critério que seja equânime para que as decisões sejam tomadas, ainda que os princípios de direito sejam tomados como base para a tomada de decisões. O garantismo processual é um dos principais aspectos a serem analisados ao se falar na postura ativista dos magistrados.

O Direito possui diversos princípios norteadores que, além de conferirem base para o processo civil, ajudam a elucidar problemas que surgem no cotidiano. Para melhor compreensão do tema proposto, vale destacar um desses princípios, que têm caráter de norma fundamental, qual seja o princípio do devido processo legal.

Neste sentido, o princípio do devido processo legal é apresentado como uma garantia constitucional, na qual todos têm direito a litigar em um processo que siga um rito estabelecido em lei de forma concatenada.

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo e compreende algumas categorias fundamentais, como a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF) e do juiz competente (art. 5º, LIII, CF), a garantia de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF), de ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, CF) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX, CF). Neste sentido, abre-se espaço para a assimilação da ideia de que o devido processo legal se associa à ideia de processo justo. (THEODORO JÚNIOR, 2017)

Entende-se, portanto, que apenas seguir o rito processual não significa que o devido processo legal foi observado, já que as garantias constitucionais também devem ser respeitadas e asseguradas, caso o contrário não existirá o que é chamado de “processo justo”. É importante frisar que somente assim há compatibilidade com a supremacia da Constituição e com o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a imposição dada pela Constituição Federal de que todas as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas traz à superfície a obrigação do juiz de não somente decidir algo por si próprio, mas sim de verificar em juízo todas as vertentes legais que possam levá-lo ao entendimento trazido em sentença.

Isso aponta ao conceito de que o juiz complementa a obra do legislador com critérios éticos e consuetudinários e efetivamente torna o processo um instrumento de justiça (THEODORO JÚNIOR, 2017), em razão da necessidade que ele possui de usar o que já está

posto em lei, trazer para o caso concreto a partir dos fatos e valores ali apresentados e, então, ponderar como a lei será aplicada. Ao usar a lei vigente, os direitos fundamentais, os princípios constitucionais, a doutrina e, a partir disso, gerar sua interpretação de todo esse conjunto, o magistrado encontra a fundamentação da decisão.

Ainda cabe ressaltar que o Direito e a Moral caminham juntos, mas não se anulam, de forma que as decisões proferidas pelos magistrados seguirão os valores éticos, mas estes não podem colidir com os direitos e garantias fundamentais positivados.

Essa é a base do garantismo processual, que defende a fundamentação do processo por meio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da imparcialidade do juiz. Para o garantismo, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade (RAMOS, 2019).

Enquanto o ativismo judicial traz a ideia de soluções alcançadas pelos magistrados à medida que os problemas aparecem durante a lide, o garantismo almeja que as decisões sejam fruto do que as partes apresentaram no decorrer do processo, cada uma com seus argumentos demonstrados a seu tempo, para que a partir disso o juiz apenas aponte qual deles mais se aproximou do que a lei deseja.

Glauco Gumerato Ramos (2019) introduz e dá seguimento a este debate que pouco é abordado a fundo pela doutrina processualista brasileira, apontando que o debate entre ativismo e garantismo é antigo e ideológico, trazendo a obra do pesquisador Franco Cipriani, sobre a história do processo civil na Europa e o Regulamento de Klein.

Este resgate é importante pois remonta aos primeiros pensamentos acerca da influência que o Código de Processo Civil possui na formação ideológico-política do setor jurídico e na sociedade. Na época do estudo feito por Klein, o Código de Processo Civil vigente chegou a ser considerado inconstitucional, justamente por regulamentar um grande aumento de poderes dos magistrados durante o processo, e registrou-se uma grande insatisfação de diversas influências acadêmicas da época nesta seara. (RAMOS, 2019)

Essa alteração no que já era tradicional causa espanto até os dias de hoje, é o caso das diversas polêmicas envolvendo o tema do ativismo judicial e como ele divide opiniões, já que quando a lei vigente dá aos magistrados poderes é como se eles tivessem uma margem maior para atuação, fato que pode gerar controvérsia entre os estudiosos que defendem que estes profissionais tenham a performance restrita, sem uma maior liberdade interpretativa da lei.

O processo civil de viés garantista se contrapõe ao ativismo judicial exatamente para que as garantias a todos consagradas na Constituição sejam de fato observadas pelos detentores do poder jurisdicional. Estes devem proferir suas decisões com base nas regras preexistentes,

em especial as de nível constitucional, e não com base no próprio arbítrio e subjetivismo que acaba rompendo com os valores democráticos e republicanos e que, perigosamente, fomenta esse ativismo judicial danoso que pode ser observado no dia-a-dia do Judiciário. (RAMOS, 2019)

Nessa senda, o que o Ramos (2019) traz de forma inicial é que o juiz e os demais operadores do direito deveriam agir exatamente de acordo com as condições previamente dispostas na Constituição. Assim, ao exarar uma sentença o juiz deveria se ater aos fatos e à lei, sem que valores pessoais interfiram no resultado final.

O garantismo processual então é “caracterizado pela posição moderada do juiz, com seus poderes limitados na atividade probatória e no impulso processual, com a revalorização do princípio dispositivo” (GUEDES, 2016, p. 123). O garantismo busca um processo fiel ao que está posto na lei, porque essa seria a forma mais correta possível de encontrar uma decisão que não prejudique alguma das partes por consequência unicamente de ações dos detentores do poder jurisdicional.

Fica claro que os erros judiciais que podem ocorrer, já que o Judiciário é composto por indivíduos humanos que não têm controle sobre tudo, comumente se confundem com ativismo, porquanto o ativismo judicial são atitudes tomadas para além do que é previsto pela lei, por exemplo, é tido como possível erro cometido pelo magistrado a omissão em não julgar todos os fatos apresentados pelas partes em juízo, priorizando uma em detrimento da outra.

A escolha entre o ativismo judicial e o garantismo processual civil, que são dois polos, sempre será carregada de sobrepesos políticos que induzirão a um ou outro ponto, por isso surgem diversas posições, como bem coloca Jefferson Carús Guedes (2016, p. 130):

Há novas propostas teóricas em autores que identificam o “processo autoritário” com o inquisitorial e o “processo garantista” com o adversarial, aproximação considerada imperfeita ou simplista, mas possível. Como alternativa intermediária, diante da incapacidade de solução dos modelos extremos, surge a proposta de uma terceira via, pelo processo cooperativo, baseado nos princípios da boa-fé processual, do devido processo e do contraditório, reexaminados e revalorizados. Nesse modelo o órgão jurisdicional assume dupla posição, ora paritária, ora assimétrica. De modo similar, propõe-se um processo civil cooperativo, que sucede ao isonômico e ao assimétrico, baseado o primeiro em uma “dupla posição do juiz (paritária no diálogo, assimétrica na decisão) e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao processo civil cooperativo, manifestando-se ao longo de todo o formalismo processual”.

São diversas modalidades de processo que tentam encaixar as suas próprias convicções entre os citados polos, mas se vislumbra, também, um meio termo, um certo equilíbrio entre o

ativismo e o garantismo, com base nos princípios de direito, que seria uma forma de agregar as divergências em uma corrente que beneficiaria o processo como todo, tanto para as partes como para os demais operadores do direito.

É provável que seja utópico dizer que o processo cooperativo possa ser uma realidade no contexto atual, enquanto os indivíduos têm o seu posicionamento como algo irretocável, principalmente para aqueles que estão há muito tempo no meio jurídico, os quais fazem suas escolhas de estratégia processual de forma passional, o que pode ser prejudicial para a evolução do pensamento e da criação do direito, que nunca está estagnado, principalmente no mundo que tem pensamentos tão plurais.

Falando ainda em princípios processuais destaca-se o da imparcialidade dos julgadores, já que muito se discute acerca deste tópico quando é feita a relação do ativismo com o garantismo. Neste ponto, Adolfo Alvarado Velloso (2019, p. 38) entende da seguinte forma:

A ideia de imparcialidade indica que o terceiro que atua na qualidade de autoridade para processar e sentenciar o litígio deve ostentar claramente este atributo; para tanto, não há de estar colocado na posição de parte (imparcialidade), já que ninguém pode ser autor, ou acusador, e juiz ao mesmo tempo; deve carecer de todo interesse subjetivo na solução do litígio (imparcialidade) e deve poder atuar sem subordinação hierárquica no que toca às partes (independência).

A lide tem início no desacordo entre as partes, no qual elas não têm condições de chegar em um consenso sozinhas, assim, seguem com o caso concreto para litígio de forma que o Poder Judiciário, na figura do juiz, analise o que cada parte oferece de provas e argumentos e com o olhar de fora consiga implementar a solução adequada, com base na lei e nos princípios de direito.

A partir disso, a função exercida pelo magistrado deve mesmo ser eivada de imparcialidade, porquanto quando o juiz se considera inclinado a ter uma visão pessoal dos fatos apresentados ele deve se declarar suspeito, como determina a lei. Para além disso, o juiz deve ter uma falta de interesse acerca do debate, de maneira que as suas preconcepções não interfiram em seu julgamento.

Dado o caráter dual do processo, a imparcialidade do juiz culmina na igualdade das partes. Os dois sujeitos que estão em lados opostos têm o direito a litigar com as mesmas oportunidades. Assim, situa-se a garantia de que o magistrado terá o mesmo empenho ao tratar a causa dos dois. Como cada um tem direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa, também ambos terão igualdade na produção de provas e no julgamento delas.

2.2 Garantismo processual e estabilidade das decisões

Como foi explanado, o garantismo processual, sob o olhar acadêmico, tem seu conceito formado pelos princípios processuais, tais como o devido processo legal e outros. Todos os princípios somados dão forma ao garantismo processual que, como já se infere do termo, preconiza a garantia de que o processo ocorra de acordo com os ritos devidamente cumpridos, conforme determina a lei.

Velloso (2019, p. 51), no artigo “O garantismo processual”, faz uma análise deste instituto, o relacionando ao fato de como o poder midiático influencia no processo judicial:

Já em condições de me referir ao tema, lamentavelmente constata-se que a imprensa que se apoderou dos sistemas de justiça de nossos países insiste em aconselhar aos juízes como devem atuar em seus respectivos julgamentos, tanto através do processo civil quanto do penal. E na maioria das vezes, com exagerada ignorância, reprovam-lhes dura e publicamente se fazem o contrário, sem antes advertir que eles – os juízes – não podem se afastar da normatização constitucional, dos Pactos que integram o bloco constitucional que alcançamos com o advento da democracia e das leis vigentes. Tudo isso não é bom à saúde da República.

É um importante destaque a ser feito, justamente em razão da grande visibilidade que a mídia proporciona aos casos judiciais. Conseqüentemente, a figura do juiz passa a ser cobrada de atitudes incisivas e pontuais de forma rápida e eficaz, aos olhos da grande população que passa a enxergar o caso com os olhos da mídia, que geralmente torna tudo mais passional. Essa exigência pode ser perigosa, já que pode levar o juiz a se eximir de cumprir toda a sequência de atos que é exigida no processo judicial, movido pela comoção popular, a qual não poderia jamais impactar nas ações do magistrado, que deve se manter imparcial aos fatos.

Essa é uma das ameaças ao garantismo processual, porquanto o poder incumbido ao juiz pela mídia e, por seqüência, pela população pode dar o sentido de concentração de poder numa só figura, sendo que ele supostamente sentiria o peso de agir para dar resposta à população, uma vez que, na ocasião de sua sentença, ao ir contra o desejo popular, poderá ser criticado, sendo mais atrativo proferir a decisão que agrada à população, tomando o posto, em casos de grande repercussão, de herói nacional.

Vejamos como é subjetiva tal situação que pode facilmente ser levada para o lado pessoal e acabar ameaçando a garantia do devido processo legal: assim como o juiz ativista surge da ideia de um “juiz Hércules” (TEIXEIRA, 2012), garantidor de direitos fundamentais, o ativismo também está presente nessa exigência por respostas que para serem atingidas podem ferir princípios de direito.

Outra consequência trazida pela pressão midiática e popular é a quantidade de decisões esparsas que tomam espaço no Judiciário, decisões que divergem uma da outra em casos concretos parecidos, justamente porque num caso houve grande movimento da mídia para que decisões fossem prontamente tomadas e no outro não.

A estabilidade das decisões surge da expectativa do litigante de que quando submeter seu problema à jurisdição obterá um resultado parecido com o de outros casos semelhantes ao seu. É uma linha de raciocínio que encontra sentido na essência do direito, que edita diversas leis com o propósito de normatizar situações comuns.

Nesse sentido, o autor Luiz Renato Adler Ralho (2016, p. 90) bem pontua:

A fim de compreender melhor o princípio da segurança jurídica, é importante mencionar que ele tem como objetivo proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Nesse sentido é possível notá-lo como um instrumento capaz de assegurar a previsibilidade esperada pela sociedade que pode advir tanto da lei (ou melhor do Direito positivo) quanto dos juízes e tribunais (ou seja, daqueles que exercem jurisdição). Em razão de que na vida tudo se modifica com velocidade e não há expectativas seguras quanto ao que posso acontecer, o princípio da estabilidade é contrafático, ou seja, mediante as normas buscamos a proteção possível contra a instabilidade dos fatos.

Justamente porque a sociedade em si muda com frequência, não se pode fazer das decisões como se fossem leis. Para a ordem do direito é justo existir a expectativa de se obter decisões no mesmo sentido, contudo, o caso concreto por muitas vezes pode surgir com múltiplas variáveis que irão levar o juiz a outra fundamentação diferente da que ele já teria proferido num caso parecido em um momento anterior.

O que ocorre é que a legislação tem sua devida força normativa e o que se espera dos juízes é que a interpretem e apliquem para cumprir o propósito ao qual foram criadas (RALHO, 2016). Assim, o magistrado provocado deverá tomar o caso livre de qualquer suspeição e julgar de acordo com os fatos apresentados, tomando por base a lei vigente, não as suas próprias opiniões, ou da grande população, ou da mídia, ou de um grupo setorizado que tende a lucrar com possível decisão favorável ou desfavorável.

Fato é que o direito muda com o tempo e as decisões também. Não há como criar um mundo utópico no qual o magistrado na prática não usará de todos os valores que aprendeu ao longo da vida, por que sem dúvidas estes o afetam. O problema está em frustrar o rito e a lei em ordem de cumprir com um intuito pessoal como, por exemplo, quando o magistrado age sem ser provocado, fora dos limites permitidos em lei.

Existe uma linha tênue entre o ativismo judicial e o erro judicial: neste último, a garantia de estabilidade das decisões se perde por completo, o processo pode ser anulado e voltar à estaca zero; no ativismo judicial, a decisão não fere a lei, não há que se falar em erro, o que ocorre é o magistrado colocando uma nova visão acerca da interpretação de determinada lei quando faz a subsunção do caso à norma.

No ativismo, um tipo de caso que vem sendo julgado da mesma forma por anos é tomado com um novo olhar, quando ao se fazer a análise com base nos princípios e nas garantias constitucionais não mais encontra-se sentido julgar da mesma forma, o que leva o juiz a quebrar esse ciclo de estabilidade e criar um novo padrão, criando o direito.

Por outro lado, é importante destacar que, em virtude do princípio da separação dos poderes, a atividade do juiz é limitada, porquanto ele não tem o poder constitucional de positivizar leis, função que é originária do Poder Legislativo.

Nessa senda, retoma-se o que foi dito em relação à mídia e à expectativa da sociedade, uma vez que, a partir do momento em que o magistrado é colocado no lugar de restaurador da ordem, se espera atitudes dele que não foram satisfeitas em outro lugar. É o caso da falta de confiança no Poder Legislativo, que foi gerada com o tempo.

Isso ocorre devido aos muitos casos de corrupção, que terminaram com representantes do povo sendo condenados à prisão; também ocorre por existir uma demora do Legislativo ao aprovar uma lei que possa alterar a realidade, ao passo que o Judiciário tem o imediatismo das tutelas de urgência que possibilita dar solução de forma mais célere a algumas precariedades que a sociedade enfrenta no campo individual.

Dessa forma, a garantia processual abrange todos esses aspectos que ditam o rumo das decisões, de certo que tudo o que influencia ou gera uma sentença é importante para entender como isso irá afetar de forma gradual o futuro.

Dentro do Estado Democrático de Direito é de suma importância que todos vivam de forma isonômica para poder dar oportunidade de que isso seja realidade, o garantismo processual se faz imprescindível, conforme destacam Santiago e Chaves (2016, p. 4):

O garantismo jurídico, enquanto teoria do direito, contribui, nessa linha argumentativa, para o desenho e a dinâmica do Estado Democrático de Direito, já que a observância e a efetividade dos direitos fundamentais constituem a base da democracia material, ainda que muitos “direitos de” (direitos liberais) e “direitos a” (direitos sociais ou prestacionais) sejam largamente sonegados.

A estabilidade das decisões é como se fosse uma linha de segurança proposta pelo Estado, um princípio para que seja possível o magistrado julgar com algum norte, mas que ainda caminhe para o crescimento e alargamento de conceitos, tais como direitos fundamentais que ainda não têm efetividade.

Assim como o constitucionalismo vem ganhando seu lugar, a estabilidade das decisões vem sendo construída de forma gradativa. Já se pode ver algum efeito pontual, mas não há dúvidas em dizer que são conceitos proporcionalmente novos a serem postos em realidade na operação do ordenamento jurídico.

2.3 Força vinculante das decisões judiciais nos diferentes sistemas processuais

O Poder Judiciário brasileiro tem sido cada vez mais importante para o caminhar da sociedade, a judicialização tem sido cada vez mais abrangente e muito do que se decide hoje nos tribunais tem efeito direto na vida do brasileiro. A constitucionalização tem grande impacto nesse fenômeno também, uma vez que ao se determinar a supremacia da constituição e a intocabilidade dos direitos fundamentais, o legislativo não retroage mais esse ponto e o Judiciário tem o dever de tornar esses direitos em realidade, tomando os conceitos abertos e, como intérprete da Constituição, conferindo-lhes forma.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014), disserta sobre o tema da seguinte forma:

A judicialização da política, dessa forma, protagoniza o papel do Supremo Tribunal Federal para decisões importantes para a sociedade, que tradicionalmente seriam tomadas pelos poderes eleitos pelo povo. Não obstante, o que se verifica é que muitas vezes são os próprios poderes políticos (eleitos) que preferem transferir o debate para a arena do Judiciário, especialmente em casos sobre os quais não se têm maioria na arena política, ou porque não querem enfrentar temas antipáticos do ponto de vista eleitoral. Aliado a isso tem-se no Brasil uma Constituição dirigente que, além de determinar diversos objetivos nos campos políticos, econômicos e sociais, também estabelece um amplo rol de direitos fundamentais e recepção os Tratados Internacionais de direitos humanos como verdadeiras normas constitucionais.

O sistema brasileiro contemporâneo exige do Judiciário essa atuação constante. Ao ser provocado, o magistrado deve tomar a decisão de forma fundamentada, considerando todos os fatos, sendo que cada decisão tem poder vinculante, ao menos para as partes do processo. Na busca pelo Estado Democrático de Direito, pela efetivação de garantias fundamentais, há essa mudança no ordenamento jurídico, do qual não se espera que o direito seja positivado por inteiro

ou que se obtenha a normatização de todos os direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário a adequação e a materialização dos conceitos pré-estabelecidos na Constituição Federal.

Ainda de acordo com Barboza (2014), é assim que a jurisdição é sistematizada:

É nesse viés que o Judiciário brasileiro assume, assim, o papel do *judge-made-law*, tradicional nos sistemas de *commom law*, e é nessa perspectiva que se buscará investigar de que modo é possível um direito jurisprudencial aberto à moralidade política da comunidade, mas que ao mesmo tempo não fique num discurso vazio e descontrolado por parte de seus julgadores. Parte-se da noção de direito como integridade e do “romance em cadeia” de Dworkin, para que se construa o direito a partir de seu contexto histórico e cultural sem rompimentos e sem sobressaltos.

É nesse ponto que os sistemas do direito se encontram e demonstram sua influência no direito brasileiro, que apresenta tradições tanto do *civil law* como do *commom law*. Uma vez que com raízes no *civil law*, o ordenamento jurídico brasileiro vem incorporando traços do *commom law* nos últimos anos.

O conceito de *judge-made-law* tem origem no *commom law*, no qual o juiz faz a lei, em sentido literal. Nesse sistema, a segurança jurídica se encontra justamente no uso dos precedentes como fonte direta do direito. No Brasil, de forma específica, a forma vinculante dos precedentes ganha força quando os tribunais superiores passam a usar as súmulas para vincular as decisões em casos concretos que sejam parecidos, mas que por algum motivo encontram divergências dentre as decisões.

Apenas no ano de 2006, por meio da Lei nº 11.417/06, que foi regulamentado o art. 103-A, CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o qual reconheceu a possibilidade de súmulas com caráter vinculante, restritas ao Supremo Tribunal Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

As súmulas encontram embasamento constitucional para estarem no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que a tradição dos países que tomaram o *common law* como influência principal começa a ganhar força também no Brasil, notadamente a partir de 2004, como bem pontua Barboza (2014, p. 123) em seu livro:

No *common law* se tem segurança jurídica dando-se força de lei às decisões judiciais, algo que era proibido pela tradição do *civil law*. Assim, diversas decisões judiciais ao longo do tempo garantem uma variedade de exemplos de decisões, regras e princípios que devem ser obedecidos. Um conjunto de decisões pode dar mais certeza, segurança e previsibilidade no direito do que apenas leis escritas. Enquanto a certeza e segurança jurídica são argumentos a favor da *stare decisis* nos países de tradição no *common law*, são contra a *stare decisis* no *civil law*.

As súmulas passaram a ser estabelecidas para afastar a insegurança jurídica do ordenamento jurídico, uma vez que, quando assuntos de mesmo conteúdo começam a causar grande divergência entre os tribunais inferiores, a expectativa que se tinha de obter um resultado isonômico era contrariada e o princípio da estabilidade das decisões se tornava frustrado. Dessa forma, ao vincular todos esses casos de mesma ordem por meio de uma única decisão, a jurisdição tem sua estabilidade restaurada.

Vale pontuar que as súmulas possuem suas devidas fundamentações, as quais devem ser somadas à ementa da súmula quando forem utilizadas, para que não tenha equívoco em relação à adequação ao caso concreto. Para além disso, é por meio do controle de constitucionalidade que a jurisdição brasileira toma novas perspectivas em relação à força vinculante das decisões, como define Cunha Júnior (2017, p. 34):

Do ponto de vista prático, o controle de constitucionalidade ocorre assim: quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a constituição, o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constatada a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional e tem retirada, em regra retroativamente, a sua eficácia, deixando de irradiar efeitos, quer para o caso concreto (no controle concreto), quer para todos ou “erga omnes” (no abstrato).

Embora apenas as súmulas vinculantes tenham o propósito normativo *erga omnes* reconhecido na Constituição, o fato é que na prática os Tribunais já vinham adotando por meio das súmulas em geral a busca da uniformização de entendimentos. Neste sentido, na prática, além de dar segurança jurídica e mais celeridade ao processo, as súmulas possuem efeito *erga omnes*, o qual, no caso das súmulas vinculantes do STF, atinge todos os demais tribunais e órgãos da Administração Pública. Por sua vez, o controle de constitucionalidade proporciona ao ordenamento maiores condições de estabilização da Constituição.

O que tem se percebido recentemente, tomando como parâmetro o Código de Processo Civil de 2015, é uma extensão das espécies de decisões que podem gerar os mesmos efeitos que as súmulas comumente geram. No geral, o Brasil, onde tipicamente predomina o sistema do *civil law*, adota no âmbito do Poder Judiciário técnicas que são notadamente do *common law*. Neste viés, fala-se na aproximação dos dois sistemas tradicionais em virtude da regulamentação de um novo método de interpretação, que era antes distante em razão da predominância do *civil law*, mas que agora já constrói novas estruturas ao obter a concretização da norma abstrata, que passa a ser referência na orientação de casos em que possa se aplicar (OLIVER, 2016).

O *stare decisis* é a concepção de que o precedente exige respeito como se tivesse força normativa, sendo um precedente obrigatório, com atividade constitutiva e declaratória, a ser seguido pelos julgadores. Esse é o conceito de Elpídio Donizetti (2015, p. 8):

No Brasil, embora de forma mitigada, aplica-se o *stare decisis*, porém, totalmente desvinculado da ideia de que o juiz deve apenas declarar o direito oriundo de precedente firmado em momento anterior, obviamente, com os acréscimos decorrentes de circunstâncias fáticas diversas. Nos países de tradição anglo-saxônica podemos dizer que o juiz, nas suas decisões, deve respeitar o passado (natureza declaratória da atividade jurisdicional). O fato é que pode haver respeito ao passado (*Common law*) sem *stare decisis* (força obrigatória dos precedentes) e vice-versa. Na Inglaterra, por exemplo, o respeito ao *Common law* é mais visível, ao passo que nos EUA o *stare decisis* é mais evidente, sem tanto comprometimento com o direito dos antepassados.

Como a influência do *civil law* ainda é muito forte no Judiciário brasileiro, essa nova concepção que dá força normativa aos precedentes ainda é embrionária, mas ganhou forças em razão da abertura que o Código de Processo Civil deu em relação ao uso dos precedentes. Não há como negar que o *stare decisis*, notório nos países anglo-saxões, com a constitucionalização do processo civil brasileiro, se aproxima do modelo jurídico adotado no Judiciário pátrio.

CAPÍTULO 3 – ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

3.1 Constitucionalização do direito processual civil e o Código de Processo Civil de 2015

A partir do ano de 1988 uma nova concepção foi estabelecida, um diferente olhar acerca de como lidar com os fatos em sociedade, sua organização, os direitos e deveres de seus membros e a forma como resolver conflitos entre estes.

Em consequência do texto trazido pela Constituição Federal de 1988, viu-se a necessidade, que a cada dia se tornava mais expressiva, de submeter o Código de Processo Civil a emendas, já que para cumprir o propósito do legislador constitucional eram necessários os meios processuais. Após muitas emendas ao texto do Código de Processo Civil de 1973, foram desenvolvidos debates sobre um novo Código de Processo Civil, os quais levaram à aprovação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil de 2015.

Acerca dessa evolução, esclarece Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 25):

A comissão de Juristas, nomeada pela Presidência do Senado, orientou-se na elaboração do AnteProjeto, pelos princípios universalmente preconizados para as leis processuais, que aspirem a dotar o Estado Democrático de Direito de um *processo justo*, e que se apresentam, na ordem constitucional, como a garantia a todos de acesso a uma tutela jurisdicional *efetiva*. Como tal, entende-se aquela que, a par de viabilizar a composição dos conflitos com total adequação aos preceitos do direito material, o faça dentro de um *prazo razoável* e sob método presidido pelas exigências da *economia processual*, sempre assegurando aos litigantes o *contraditório* e a *ampla defesa* (CF, art. 5º, LXXVIII). (grifos do autor)

Nota-se de forma clara a influência plena da Constituição Federal na construção deste novo conjunto de leis, tanto que em ordem de garantir que o Estado Democrático de Direito fosse estabelecido, foi necessário repensar a maneira que seria conduzido o processo judicial dali para frente. Porquanto a Carta Magna preconizou a igualdade entre todos aqueles inseridos em sociedade, para tanto, o Processo Civil não deixaria de sofrer mudanças para alcançar tal meta, num movimento que pode ser chamado de constitucionalização do processo.

É notório o efeito do constitucionalismo garantista em todas as esferas jurídicas, aqui analisado na figura do processualismo civil brasileiro, no qual mudou-se a forma de interpretação do texto da lei para que primeiramente passasse pelo crivo da Lei Maior, assim aplicando ao caso concreto apenas o que tenha conexão com a Constituição, ou seja, fica clara a intenção é não fugir daquilo que o constituinte pretendeu transparecer pelo texto da CF/88.

Como é esperado, ao utilizar a Constituição como norteadora dos princípios e leis, tudo irá convergir para a ideia de justiça, porquanto ao assegurar que todos têm o direito aos chamados direitos fundamentais não haverá o que falar em um processo no qual não se estabeleça o contraditório e a ampla defesa, que são fundamentais para a construção dos fatos do caso concreto para que sejam julgados de forma igualitária, assim como não deverá haver a falta de tutela jurisdicional efetiva, pois cabe ao Estado garantir que todos tenham acessibilidade ao Poder Judiciário e possam demandar como parte em qualquer processo de forma igualitária ao seu contendor judicial.

Pode-se dizer que um longo período separa o CPC/2015 do código anterior, são 42 (quarenta e dois) anos, nos quais as mudanças chegaram de forma gradual e ganharam força com a promulgação da CF/88, ainda assim, o que foi estabelecido com o último código leva algum tempo para adentrar as entranhas da jurisdição brasileira, principalmente devido a relutância existente em face do novo.

Nessa senda, além de ser um momento de inovação, é também sobre mudança de tradições carregadas ao longo dos anos em virtude da influência romano-germânica muito forte no Brasil, que passou a ter maior contato com o *commom law*, principalmente no que tange à construção dos precedentes, como ainda será abordado.

A Constituição, mesmo que seja garantista, por si só não tem força para mudar a forma como as decisões impactam o ordenamento jurídico, veja o trecho a seguir:

Quanto a esse último aspecto, concernente à efetividade dos direitos, é de se considerar, a partir dos aportes de Konrad Hesse, que as normas constitucionais, como de sorte as normas jurídicas em geral, ostentam tão somente pretensão de eficácia. Logo, a Constituição – e seu catálogo de direitos e garantias – somente se constituirá em força normativa ativa se presente um elemento volitivo de agregação: a vontade. Não basta a enunciação de direitos. A democracia substancial, no viés garantista, demanda concretização dos direitos fundamentais, porquanto, como sublinhado, não se basta com a sua mera enunciação formal (CHAVES; SANTIAGO, 2016, p. 4).

Ou seja, caso não houvesse um planejamento para levar o texto constitucional à eficácia, instituindo em cima dos direitos fundamentais os instrumentos que os tornam possíveis, nada do que está posto seria instrumentalizado. Como os referidos autores bem colocaram, a vontade de atingir a democracia em sua essência leva o Estado a se mover em direção à construção das mudanças necessárias.

Com base em estudos próprios, é analisado todo o contexto e aonde se quer chegar. No caso, o constitucionalismo abarca o garantismo para atingir a democracia que é desejada no Estado de Direito, além de analisar os sistemas jurídicos que envolvem essas evoluções.

O Código de Processo Civil de 2015 abrange de forma expressiva os princípios e garantias constitucionais em seu texto, de forma que já nos primeiros artigos o conteúdo da Lei assegura a igualdade entre as partes, por meio da cooperação mútua entre as partes, a consensualidade, a razoabilidade, a boa-fé e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, conforme dispõe em seu art. 8º: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Nessa senda, fica claro que a intenção do legislador é trazer da Constituição o alicerce que irá perpetuar em toda a extensão do texto legal. De forma especial, destaca-se o princípio do devido processo legal, que alcança o viés democrático imprescindível, enfatizado pela CF/88 para que o Brasil passasse a viver o novo momento político e jurídico de forma juridicamente segura e pudesse ter a instrumentalidade necessária para construir novos rumos.

É justamente como Theodoro Júnior (2017, p. 130) define o processo:

Assim, como instrumento da atividade intelectual do juiz, o processo se apresenta como a série de atos concatenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição. Esses múltiplos e sucessivos atos se intervenculam e se mantêm coesos graças à relação jurídico-processual que os justifica e lhes dá coerência pela meta final única visada: a prestação jurisdicional.

Portanto, para que exista a jurisdição tem que haver o procedimento judicial, no qual o processo é materializado, assim, desde os instrumentos até a ação do juiz, todo o conteúdo tem o foco em estabelecer a relação jurídica mais justa, por isso todas as questões passam pelo olhar da Constituição, até para que não haja desequilíbrio processual entre as partes.

Cada processo é único, raramente a composição de um caso concreto, analisando todos os fatos e variantes, será igual à de outro. Contudo, o procedimento, que dá exterioridade ao processo, vai ordenar as diferentes demandas dentro dos atos processuais estabelecidos em lei. Dessa forma, mesmo guiado pela autocomposição e pela autotutela, o processo precisa da segurança jurídica que a instrumentalidade traz (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Nesse sentido, o constitucionalismo, agrega ao processo civil as principais características necessárias à construção de um processo guiado por normas que preconizam o Estado Democrático de Direito, facilitando essa igualdade entre todas as partes.

3.2 Direito processual civil constitucional e cláusulas gerais de interpretação: abertura de caminhos para o ativismo judicial

O Código de Processo Civil de 2015 apresenta uma abertura em relação à atuação do magistrado em frente ao processo, ou seja, com influências do sistema jurídico do *common law* o juiz tem mais liberdade na sua atuação, tanto na interpretação como na aplicação das normas instituídas no ordenamento jurídico.

Isso se dá, principalmente, a partir do princípio da supremacia da Constituição, pois em razão dela o juiz deve interpretar juridicamente de acordo com o texto constitucional, que detém conceitos e princípios muitos abertos, por vezes vagos, ao ponto que o limite de atuação do magistrado é expandido. Como diz Luís Roberto Barroso (2015, p. 30), “toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional”.

A instrumentalidade anteriormente citada, dá ao interprete certa liberdade, como expõem os autores Carolina Castello Branco e Nestor Araruna Santiago (2020, p. 85), citando trechos de Abboud e Lunelli (2015, p. 29-30 apud BRANCO; SANTIAGO, p. 85):

Dessa forma, entendem que a instrumentalidade oferece “aposta explícita na discricionariedade do julgador no momento da interpretação da lei” (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 29), pois compete ao julgador escolher livremente a interpretação que lhe pareça mais justa. Por meio de uma explicação simplificada do escopo jurídico da teoria de Dinamarco, afirmam a existência de um “total desapego da teoria instrumentalista à lei democraticamente posta” (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 30). Em síntese, a teoria da instrumentalidade do processo valorizaria mais o sentimento de justiça e a subjetividade do julgador do que o processo legislativo-democrático (BRANCO e SANTIAGO, 2020, p. 85).

Essa liberdade supracitada surge como forma de dar melhor tratativa aos casos, em razão das particularidades de cada um, assim o juiz teria como cobrir o processo com a lei e os princípios que melhor se adequem à realidade e promovam maior justiça.

É como Barroso aponta em seus estudos, nem mesmo o legislador e nem o constituinte são capazes de normatizar acerca de todas as situações da vida. A sociedade é complexa e plural, sendo que a cada dia isso é potencializado pelas mudanças geracionais, assim é necessário sair

do texto, que é abstrato, para produzir a interação entre a norma e a realidade (BARROSO, 2015).

Não há que se falar em desvalorização da lei e do legislador, eis que a tratativa de todas as situações cotidianas que as pessoas experimentam e desembocam no Judiciário não pode ser exaurida por leis. Assim, é determinante que se tenha a possibilidade de o julgador interpretar de forma aberta e eficaz. Para além dessa perspectiva, o neoconstitucionalismo exige da jurisdição uma reorganização para alcançar a democracia prevista e idealizada, uma vez que se tem a necessidade de tudo ser constitucionalizado. Portanto, uma Constituição Garantista deu forma ao Código de Processo Civil de 2015, permeado de traços garantistas.

Ao comparar o Código anterior, instituído em 1973, em seu art. 126 aborda-se a atuação do juiz frente à interpretação da lei da seguinte forma: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Já o Código de Processo Civil de 2015, nos termos do art. 140, colocou o mesmo seguimento da seguinte forma: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Resta evidente como fica em aberto como o juiz trabalhará em sua interpretação para ter as condições necessárias para proferir sua decisão de forma justa. Essa liberdade não significa falta de responsabilidade, até porque o legislador atribui diversos poderes e deveres ao magistrado, com mais atributos do que haviam no Código anterior.

Ou seja, não é deixar a lei de lado e usar suas ideologias próprias para intervir na lide, mas é o caso de conduzir o processo com base na razoabilidade. Tanto que é cobrado dos magistrados como aplicam os poderes que lhe foram investidos, a exemplo de que todas as decisões tomadas por eles devem ser devidamente fundamentadas. O legislador tem o cuidado de estabelecer que o juiz deve ser submisso ao regime de responsabilidade, sem cometer desvios ou abusos de função, como pontua Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 425):

A um só tempo, portanto, o legislador processual põe nas mãos do juiz poderes para bem dirigir o processo e deveres de observar o conteúdo das normas respectivas. Assim, o juiz tem poderes para assegurar tratamento igualitário das partes, para dar andamento célere ao processo e para reprimir atos contrários à dignidade da Justiça, mas às partes assiste, também o direito de exigir que o magistrado use desses mesmos poderes sempre que a causa tomar rumo contrário aos desígnios do direito processual.

O legislador é extremamente assertivo ao estabelecer em seu texto meios para tornar os princípios estabelecidos pelo constituinte possíveis, como a exemplo da igualdade entre as partes. O legislador dá as ferramentas necessárias para que o hipossuficiente possa se achar em lugar de igualdade jurisdicional, mesmo que por vezes a saturação do sistema jurídico não consiga oferecer a qualidade devida a cada indivíduo. Nessa linha de pensamento, tudo que há no ordenamento passa pelo crivo da Constituição, não é diferente com a interpretação jurídica, porquanto no caso de conflitos o intérprete irá recorrer ao texto constitucional.

É neste momento em que o juiz pode agir com ativismo judicial, uma vez que ao presenciar um caso concreto no qual a legislação não se faz clara o suficiente para elucidar o imbróglio, o juiz passa a construir com base constitucional uma fundamentação para solucionar o seu caso, o que muitas vezes pode gerar um novo conceito dentro do ordenamento.

Tendo em vista o Supremo Tribunal Federal, sua decisão diante de temas controversos pode criar um precedente, que dependendo poderá vincular todos os demais tribunais. Portanto, a construção jurídica envolvida literalmente cria o direito e isso é legal, desde que não ocorra nenhum tipo de abuso. Neste campo, Luís Roberto Barroso (2015, p. 33) disserta sobre a discricionariedade judicial:

O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria – que fique bem claro – mas a que inequivocadamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

O próprio sistema atribuiu essa responsabilidade ao magistrado, que deverá usar da instrumentalidade que lhe foi dada para exercer a função que lhe foi designada. Não há a possibilidade de desconsiderar que o juiz é um ser dotado de conhecimento, ideologias e concepções, que quando pessoais ao ponto de interferir na lisura do processo deverão ser motivo de afastamento do caso; entretanto, é impossível (até mesmo utópico) considerar que o magistrado não será influenciado por alguma ideologia própria em designado momento. Essa é a linha limite entre o ativismo judicial que constrói e o que destrói.

3.3 Instrumentos do CPC para garantia da estabilidade das decisões

O direito, como instituto, desde o primeiro momento busca regular as relações sociais para que a sociedade obtenha um bom convívio. A diferença de como era normatizado no início para a atualidade são os novos instrumentos que foram criados para melhor atender as evoluções sociais que ocorrem.

Nenhuma solução ocorre sem que antes exista um problema, pensando nisso é que se faz a análise de como o direito tem evoluído para tentar acompanhar a sociedade atual que vive permeada de conceitos rasos e que a todo tempo são incitados pela tecnologia, seja por meio de sites, jornais eletrônicos ou aplicativos, o que paradoxalmente, ao mesmo tempo, gera grande desinformação por boa parcela dos cidadãos.

Vão surgindo questões novas, conflitos novos, que muitas vezes o ordenamento não está preparado para lidar. Assim, até que o assunto chegue ao Poder Legislativo, o Poder Judiciário desbrava o campo aberto por meio das decisões. Contudo, para que haja estabilidade dessas decisões, o processo civil se apossa de instrumentos para construir uma base para julgar sobre temas controversos, de forma que não gere insegurança jurídica.

Ainda são poucas as possibilidades de se estabelecer precedentes no Brasil e, mesmo que o *commom law* já exerça muita influência, não se tem uma cultura forte nesse sentido, ou seja, existem poucos precedentes consolidados em relação aos países anglo-saxões. Há uma tendência crescente de que a cultura dos precedentes ganhe cada vez mais espaço, contudo, ainda prevalecem as raízes do *civil law*.

A base da teoria dos precedentes no sistema brasileiro está na uniformização de jurisprudência, prevista no art. 926 do CPC/2015:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Objetivamente, o legislador não tem dúvidas ao normatizar acerca dos precedentes, como se dará sua vinculação, a qual depende da manutenção de estabilidade nos tribunais. Consequentemente, não há que se falar em insegurança jurídica, em tese, quando o legislador é bem claro quanto à consistência que as decisões tomadas nos tribunais devem conter.

3.3.1 Uniformização de jurisprudência

A jurisprudência é uma das fontes imediatas do Direito Processual Civil, juntamente com a doutrina, que são de extrema importância para a construção do direito e para formulação de conceitos importantes pro ordenamento jurídico. Ao desenvolver seu estudo acerca desse tema, o doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 35) aponta para a teoria jus-humanista normativa, conforme trecho abaixo:

A teoria jus-humanista normativa, formulada por Ricardo Sayeg e Wagner Balera, e exposta por Thiago Lopes Matsushita, entende o direito como a síntese do conhecimento humano juridicamente manifestado. Segundo essa teoria, a decisão “mais justa é aquela que acontece da intersecção do texto com o metatexto e o intratexto que, em outras palavras, quer dizer que é da interconexão entre o direito positivo com os direitos humanos e o realismo jurídico é que se chegará à decisão que trará a verdade”.

Nesse sentido, é oportuno dizer que a jurisprudência compõe o realismo jurídico, ou seja, as decisões que decorrem da solução dos litígios compõem um compilado de conhecimento prático, que têm a pretensão de sintetizar melhor os aspectos abstratos da lei. Assim, se dá a construção do direito com base na realidade social do país, de forma sempre atualizada e totalmente variada.

Assim, é enfatizado que o direito não é composto apenas pelas normas positivadas, mas que as relações jurídicas que se formam ao longo dos anos resultam em uma concepção cada vez mais apurada, já que é impossível esgotar todos os temas que são tópicos apresentados a jurisdição.

Nos termos da Constituição Federal, foi estabelecido o direito à igualdade, posto no art. 5º, I, além de se positivarem acerca do contraditório e da ampla defesa. Estas foram maneiras que o constituinte encontrou de tornar o processo mais justo, como forma de equiparar as partes litigantes.

A partir disso, é estabelecido o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, uma vez que o Judiciário precisa de estabilidade e segurança jurídica. Nesse caso, se um tribunal decide de formas diferentes acerca de um mesmo problema, a integridade dessas decisões passa a ser questionada, o que gera instabilidade jurídica, como aponta o trecho a seguir.

Em outros dizeres, se a alteração jurisprudencial puder afetar sensivelmente a estabilidade das relações formadas e sob a égide de um velho posicionamento (princípio da segurança jurídica), é perfeitamente possível que o tribunal adote para o caso concreto, bem assim para aqueles pendentes de julgamento que se relacionem com fatos pretéritos, o entendimento já consolidado, anunciando,

porém, para as situações vindouras a mudança pragmática (PRITSCH; JUNQUEIRA; MARANHÃO, 2020, p. 19).

Assim, a jurisprudência de um tribunal é composta por um arcabouço de diversas decisões que servem como um norte que guiará futuras decisões. Diferentemente do precedente, que vincula as decisões, a jurisprudência é usada como fonte do direito, enquanto o precedente tem força normativa.

Há um jargão popularizado no meio jurídico que diz “quem muda jurisprudência é advogado” (autor desconhecido), tendo em vista que o advogado, em nome das partes, impõe debates ao magistrado, que por sua vez deverá analisar o que foi proposto e julgar conforme os fatos, mas o juiz atua diante de provocação, nos termos do princípio do juiz inerte. Por isso, quem traz diversidade de casos são as partes por meio de seus advogados.

À medida que os magistrados vão se posicionando diante dos mais diversos fatos, a jurisprudência vai se construindo e, conforme a lei afirma, esse compilado deve ter estabilidade e coerência, o que não significa o engessamento das decisões, porque a jurisprudência pode ser alterada de acordo com o tempo.

Ademais, a confiança e segurança jurídica implicam que haja durabilidade e permanência “da ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas,” paralelamente à confiança nas situações jurídicas, o que por óbvio só será alcançado com uniformidade e estabilidade das decisões judiciais. De nada adianta haver permanência das leis e da Constituição se não houver confiança e previsibilidade nas decisões judiciais, que também fazem parte da ordem jurídica (BARBOZA, 2014, p. 185).

Em razão da origem do sistema brasileiro no *civil law*, as inovações decorridas do constitucionalismo e materializadas no Código de Processo Civil, ainda há muita discussão acerca de como tornar praticável esse instituto, como impor limites à liberdade que o juiz tem ao criar o direito e, além disso, como fazer com que os magistrados sigam os entendimentos majoritários dos tribunais para que não haja insegurança jurídica (BARBOZA, 2014).

Nesse sentido, mecanismos foram criados para contribuir com o instituto, como elucidada o escritor João Gilberto Gonçalves Filho (2010, p. 57):

Ainda corolário do aspecto de segurança jurídica está o dever do Poder Judiciário de engendrar mecanismos que produzam a uniformidade de entendimentos, tanto para os julgamentos de matéria de mérito, atinentes ao direito material, como para os julgamentos sobre matéria procedimental, de sorte a conferir uniformidade e previsibilidade na atuação das partes e estabilidade para as decisões judiciais, não sendo admissível, v.g., que haja

alteração de uma decisão já tomada sobre matéria cognoscível de ofício apenas porque o juiz mudou ou o entendimento do mesmo juiz mudou, ou que sejam alteradas as decisões liminares de caráter provisório, cautelares ou antecipatórias, pela mesma razão.

Dessa forma, sabe-se que o legislador possibilita mecanismos processuais para justamente evitar a supracitada instabilidade jurídica, o que é feito por meio dos princípios, tais como o da eficiência, da celeridade e economia processual e, imprescindivelmente, o princípio da segurança jurídica. Além de recorrer ao sistema *commom law*, para que a partir dos conceitos nele desenvolvidos seja possível aplicar o uso das jurisprudências de forma correta. É o caso da aplicação da doutrina do *stare decisis*, a abreviação da máxima *stare decisis at non quieta movere*, que significa permanecer com a decisão já proferida, não contrariando pontos que já foram definidos, que mais se aplica no âmbito dos precedentes.

No âmbito dos tribunais superiores, que criam precedentes que vinculam, caso das decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato, quando jurisprudências forem modificadas não poderão ser implementadas sem que haja clareza do tribunal em relação a isso, sendo determinante que exista discussão em relação ao julgado, em razão da uniformidade das decisões (GONÇALVES FILHO, 2010).

A insegurança jurídica também pode ocorrer pela falta de coerência das decisões, como explica o trecho abaixo:

Por outro lado, em virtude do caráter aberto das normas relativas aos direitos e princípios constitucionais, é necessário que os Ministros do STF lhe deem conteúdo e significado. A insegurança a respeito aparece na medida em que essas normas têm conteúdo moral ou político, muitas vezes sem consenso a respeito de sua interpretação por parte da comunidade, e caberá a um grupo de Ministros não eleitos pelo povo a definição da moralidade política da comunidade ao decidir o caso concreto (BARBOZA, 2014, p. 186).

Em razão da importância da jurisprudência para a efetividade do direito na sociedade, a uniformidade, estabilidade, integridade e coerência, são de suma importância, até mesmo para que a sociedade tenha garantias quanto a judicialização de suas demandas, visando os direitos e garantias fundamentais que passam pelo crivo constitucional, mas que são aplicados pela figura do magistrado. Portanto, é necessário a observância de todos os princípios de direito, para que faça sentido existir todo o sistema implementado por meio da Constituição e para que seja atingido o Estado Democrático de Direito.

3.3.2 Precedentes judiciais

O debate acerca do ativismo judicial gira em torno do instituto jurídico do precedente, que é conceituado como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER, 2015, p. 441). Em razão do poder de decisão que a lei concede ao magistrado e, ainda, que essas decisões podem ser utilizadas em outros casos, faz-se a análise de como o empoderamento do juiz pode instigar uma postura mais ativa no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o precedente pode ser definido como *ratio decidendi*, conforme conceitua a doutrina:

A *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. “A *ratio decidendi* [...] constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”. É importante assentar o seguinte: ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter legal, é fruto de sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis, etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise (DIDIER, 2015, p. 442).

De acordo com o entendimento doutrinário, o precedente não é formado unicamente pela ementa ou pelo verbete simular, mas sim pela tese completa que gerou o entendimento final, até porque para a utilização do precedente em outros casos similares é necessário compreender se realmente se aplica ao caso e a similaridade somente poderá ser identificada no tocante à argumentação do magistrado diante dos fatos.

Por isso se diz que o juiz é agente construtor do direito, pois o estudo feito diante de um caso concreto, de suas particularidades, aplicando diversos institutos do direito para chegar a um veredito, de fato faz com que a sua interpretação tenha efeito diante de outros casos parecidos, até mesmo convergindo com o princípio da celeridade. Se um juiz se depara com precedente e, após análise da *ratio decidendi*, entender que se encaixa em seu processo, não há porque deixar de aplicá-lo, uma vez que a fundamentação lhe fornecerá o que necessita para elucidar sua sentença.

Nesse sentido, cabe destacar que o magistrado tem o dever de zelar adequadamente pela fundamentação de suas decisões, de seus julgados, levando em conta o que lhe foi imposto pelo art. 489 e seguintes do Código de Processo Civil quanto aos elementos da sentença, objetivando a eficácia do processo. Sabendo disso, a aplicação dos precedentes não deve ser

feita de forma isolada, pois isso pode gerar generalizações que engrandecem a resistência ao uso dos precedentes, que segundo os pesquisadores Pritsch, Junqueira e Maranhão (2020, p. 7-8), se dá em virtude da novidade jurídica:

Infelizmente, até mesmo em razão da novidade e falta de tradição no uso imperativo de precedentes no sistema brasileiro, tem-se visto, em um extremo, a resistência à observância de precedentes vinculantes, e, no outro, a observância acrítica, rasa ou superficial, baseada apenas na literalidade de “teses”, súmulas ou ementas, como se textos legislativos gerais e abstratos fossem. Quanto a esta última situação, exemplifique-se a súmula, que por seu texto dogmático, imperativo – ainda que seja uma tentativa de sumarizar um precedente – possui uma aparência de comando normativo. Na pressa do dia a dia, ou mesmo na falta de informação ou compreensão do instituto, o operador do direito frequentemente toma o verbete como lei geral e abstrata, buscando uma exegese de seu texto, procurando lhe compreender o significado a partir de sua literalidade e não a partir do contexto fático dos casos que lhe deram origem. Trata-se do fenômeno que pejorativamente se poderia chamar de “súmula-lei” (em analogia aos decretos-leis, instrumentos do Executivo que usurpavam a competência legislativa, de uso frequente em regimes autoritários).

Um dos principais problemas da efetivação do uso dos precedentes é essa utilização de forma errônea, seja por falta de desinformação ou por má-fé. Fato é que, em vista do caso concreto, o precedente somente terá eficácia caso seja similar e o que torna uma lide similar a outra não é unicamente o objeto jurídico que está sendo discutido, mas também os fatos que compuseram aquela causa.

A eficácia jurídica dada ao precedente vai variar de acordo com o ordenamento jurídico de cada lugar. De acordo com a doutrina elaborada por Fredie Didier Jr. (2015), podem ser apontados seis efeitos dos precedentes no ordenamento pátrio: (i) vinculante/obrigatório (art. 927, CPC); (ii) persuasivo; (iii) obstativo da revisão das decisões; (iv) autorizante; (v) rescindente/deseficazizante; e (vi) de revisão de sentença.

Não cabe neste momento analisar todos os efeitos proporcionados por este instituto, contudo, é imprescindível ressaltar o efeito vinculante do precedente, que é estabelecido pelo rol (não exaustivo) do art. 927, do CPC, de forma que os precedentes aqui enumerados devem ser conhecidos de ofício pelo magistrado (art. 1022, parágrafo único, I, CPC). Estes precedentes elencados vinculam interna e externamente, subordinando o tribunal que proferiu a decisão e os tribunais inferiores (DIDIER, 2015).

Mesmo que se tratando de inovações jurídicas originárias de um sistema que não está no cerne do ordenamento jurídico brasileiro, o *commom law*, a jurisdição brasileira deve se adaptar e acompanhar os novos rumos que passam a moldar o direito.

Aponta-se pelo fato de que, no Brasil, o precedente é tratado como meio interpretativo, pelo qual confusões jurídicas e ambiguidades normativas são solucionadas, até mesmo pelo fato da Constituição positivar princípios, direitos e garantias fundamentais demasiadamente amplos e atribuir ao judiciário a responsabilidade de sistematizar tudo conforme a demanda, que é extremamente alta. Contudo, não é somente pra isso que os precedentes são criados, mas, principalmente, para criar o direito “demonstrando que as normas e os princípios jurídicos desenvolvem-se de acordo com as necessidades da sociedade em determinado momento” (BARBOZA, 2014, p. 192).

A relação entre precedente, jurisprudência e súmula pode ser confusa, em razão disso acrescenta-se o trecho a seguir de Didier Júnior (2015, p. 487) que abrange o tema:

À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Fica evidente que os institutos são interligados, mas que não são a mesma coisa, demonstrada a sua diferenciação. Todavia a confusão pode ser feita porquanto todos são provenientes das decisões dos magistrados de alguma forma. A partir do ano de 2015, o sistema de precedentes judiciais tomou força, por ser inserido na legislação pátria por meio do Código de Processo Civil, que também estabeleceu a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão.

A segurança jurídica que se espera desse instituto não significa a proibição de decisões divergentes, mas sim a não frustração da coerência e da integridade quando essa forem tomadas.

Por outro lado, em virtude do caráter aberto das normas relativas aos direitos e princípios constitucionais, é necessário que os Ministros do STF lhe deem conteúdo e significado. A insegurança a respeito aparece na medida em que essas normas têm conteúdo moral ou político, muitas vezes sem consenso a respeito de sua interpretação por parte da comunidade, e caberá a um grupo de Ministros não eleitos pelo povo a definição da moralidade política da comunidade ao decidir o caso concreto (BARBOZA, 2014, p. 186).

A preocupação com a aproximação do *civil law* com o *commom law* está justamente em encontrar o equilíbrio necessário, com decisões que não extrapolem os limites da lei.

3.4 Ativismo judicial no Brasil e a instabilidade de um sistema que objetiva a estabilidade

O sistema brasileiro é regido pelo Estado Democrático de Direito e, após um período vivido em extremos, uma nova fase foi instituída com a Constituição Federal de 1988, buscando encontrar equilíbrio entre os poderes de Estado, entre as pessoas inseridas na sociedade e entre os regimentos a que estes se submetem.

Nesse sentido, foram estabelecidos mecanismos no âmbito processual para que seja possível atingir tal equilíbrio, tais como os princípios informativos do direito processual, incluídos o princípio do devido processo legal e da boa-fé, além de no decorrer do texto legal evidenciar a linha democrática que se segue, com primazia à igualdade entre as partes, como demonstrado nos artigos retirados do Código de Processo Civil, descritos a seguir:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

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

Não há dúvidas de que o legislador objetiva a igualdade, o equilíbrio do ordenamento jurídico. Contudo, como não há previsibilidade de tudo que decorre a partir da promulgação das leis. Algumas brechas passam a gerar conflitos, principalmente quando o texto legal traz inovações ao sistema jurídico já estabelecido.

Nesse contexto surge o ativismo judicial, em brechas e pontas soltas que o legislador deixa, o magistrado tem o dever de exercer sua função. De forma específica, o Superior Tribunal Federal, como intérprete da Constituição, precisa intervir nas situações que lhe foram apresentadas “para assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos” (BARROSO, 2015, p. 25). Isso ocorre por conta da liberdade que o constituinte conferiu aos magistrados.

Entretanto, como ainda se vive um momento de adaptação ao uso da jurisprudência e dos recursos trazidos do *common law*, os tribunais superiores detêm o poder sobre os precedentes, em virtude do controle de constitucionalidade que exercem. Diante dessa questão, os tribunais inferiores, que obrigatoriamente estão vinculados ao entendimento posto, raramente agem com discricionariedade, assim os juízes de primeiro grau possuem certa

liberdade em tomar decisões pro ativas somente nos casos em que as tutelas de urgência são propostas.

Ao discutir a prática da discricionariedade judicial e de como as decisões jurídicas tomam importância inédita, Luiz Renato Adler Ralho (2016, p. 98) faz a seguinte crítica:

Esse importante comentário demonstra que a vontade do legislador tem pouca ou nenhuma importância vinda a ser substituída pela vontade pessoal dos magistrados. Com isso, afirmou o professor Tércio Sampaio, fez-se surgir o constitucionalismo argumentativo e de princípios, de origem anglo-saxônica. Os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios em um eventual conflito e, por isso, são objetos de ponderação, não de subsunção. Contam mais os fatos e sua repercussão, menos a validade da norma que os regula. Isso resulta numa concepção de direito como prática social confiada aos juízes, uma prática de interpretação e argumentação.

Segundo ele a discricionariedade abre espaço para arbitrariedades, nesse momento emergem os conflitos, uma vez que o magistrado tem um conjunto de normas mais abertas quanto ao seu processo de interpretação, o que para Ralho é causa principal para a desvalorização da norma positivada, induzindo o juiz a aplicar o direito da forma que ele concebeu em seu entendimento, dando uma subjetividade que não deveria às decisões, mas que gera maior efeito social, ou seja, dá maior evidência ao Poder Judiciário diante da sociedade.

Isso gera instabilidade jurídica, uma vez que se aponta inicialmente para o desequilíbrio dos poderes de Estado. Em frente a extrema judicialização que o país enfrenta, como foi dito, o Poder Legislativo passa a ter função secundária quanto aos novos temas que surgem para discussão nos tribunais. Contudo, no exercício do Estado Democrático de Direito, o Poder Legislativo existe para representação do povo, como figura da legitimação da voz da população, sendo que foram democraticamente eleitos e constroem leis democraticamente aprovadas, de forma que quando o Judiciário interfere nessa esfera ele não toma decisões representando o povo, já que este não é seu papel.

Isso ocorre também diante da inércia do Poder Legislativo, sem dúvidas, que demora a tratar assuntos pertinentes à caminhada da sociedade ou até mesmo se abstém de temas controversos, passando o Poder Judiciário a exercer função iluminista, nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2015).

O que caminha para a confusão entre direito e política, destaca-se a ponderação feita por Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 42) sobre esse importante debate:

Entretanto, o problema vai muito além de uma ofensa ao princípio constitucional da separação de Poderes: estamos diante de uma confusão conceitual e funcional entre Direito e Política. O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio de sua própria população. A política encontra-se acometida pela burocracia – e progressiva burocratização – do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política.

É nesse contexto que o magistrado precisa atuar diante de demandas a cada dia mais complexas que exigem conhecimento apurado até mesmo de outras áreas além da ciência do direito, para que possa complementar o vácuo existente na sociedade, que precisa de uma resposta para seus litígios.

O problema não é o fenômeno da judicialização, porque isso de certa forma demonstra que o desejo de tornar o judiciário acessível vem sendo alcançado, mesmo que isso seja reflexo de diversos problemas discutidos pela sociologia. O problema é a subjetividade empregada no julgamento de demandas, que possam pender a balança para o juízo de valor moral do próprio magistrado.

A tendência da busca pelo Judiciário pela sociedade para solucionar seus problemas é cada vez mais crescente, portanto, deve-se encontrar o equilíbrio ideal entre os poderes para que o Estado de Direito se apresente como democrático, como aponta Ralho (2016, p. 100):

A democracia só existe quando são garantidas à sociedade suas escolhas. Deve o juiz é dar à lei uma justa interpretação, ser fiel ao que o povo escolheu, e não ao que pensa ser a melhor ideia para um caso específico. Uma coisa é assegurar o que a Constituição prevê quanto a determinado direito outra é a inovação de lei ou direito não existente, inovando o ordenamento jurídico (RALHO, 2016, p. 100)

Em ordem de um sistema que tanto prioriza o equilíbrio, a estabilidade, não podem haver desequilíbrios naquilo que é mais basilar quanto a ordem, a normatização das regras, pois não se pode permitir que inovações que almejam melhorar o trato das demandas judiciais para qualificar e dar efetividade ao sistema, sejam causa do enfraquecimento de um poder em detrimento do outro.

O ativismo judicial está presente, é fato, mas que ele seja o meio para a evolução democrática do direito, com base nos princípios postos, não em ideologias pessoais daqueles que julgam, para fazer valer suas concepções políticas. Que o papel maior seja o de garantir os direitos daqueles que estão desamparados, criar debates que envolvam todas as partes e alcance o crescimento científico do direito por meio deles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial surgiu tempos atrás no contexto americano no qual o historiador político Arthur M. Schlesinger Jr. teve a missão de documentar a postura da corte americana dos anos 90. Já nesse início foi dado a alguns juízes de Supremo Tribunal do país norte americano o título de juízes ativistas. De forma muito clara, foi pontuado como o ativismo judicial influencia na política da sociedade, como se o Poder Judiciário e o mundo político andassem lado a lado em busca do cumprimento de objetivos de caráter social, como foi feito em todo o programa New Deal.

Mesmo intimidados a assumirem o papel de poder, o Judiciário assumiu a responsabilidade de garantidor de direitos fundamentais, momento no qual a letra da lei tomou forma e saiu do papel para assumir um lugar mais prático em favor da sociedade. No Brasil, o estopim para a valorização do Judiciário se deu com o advento da Constituição de 1988 e da chamada constitucionalização, que deu maior liberdade de atuação e interpretação para os juízes, que por sua vez tomaram pra si o encargo de incorporar a Lei à realidade.

Ante tal fato, muito se fala acerca da extrapolação de poderes do Judiciário, dando a entender que o juiz agir para além da lei seria prejudicial à democracia, tendo em vista o agir do juiz acerca de fatos que não estão postos na legislação. Contudo, para se dar sentença a um litígio enfrentado, tem-se a necessidade de ir além da lei e usar dos princípios e costumes, assim sendo possível proferir o entendimento sobre a causa.

Além de ser legitimado pela constituição, o juiz tem poder de interpretar o que o legislador deixou posto e suprir as diversas lacunas com os métodos investidos em lei. Além disso, por meio dos posicionamentos inovadores dos magistrados é que se vislumbra inovações importantes para a sociedade. Mesmo que cause o debate, não há que falar em ilegalidade quanto às atitudes proativas dos tribunais, uma vez que consuma o princípio da eficácia dos processos.

A grande questão que separa a proatividade da ilegalidade é o controle imposto pelo legislador em lei, registrando os deveres do juiz e como na prática os princípios de direito e os outros mecanismos que os guiam a decidir sempre objetivando o equilíbrio e o processo justo.

Os princípios são determinantes para o entendimento das ações que impelem no ativismo judicial. Um dos termômetros nesse debate é a segurança jurídica, fazendo com que o debate gire em torno do entendimento de como essas decisões que vão além da letra lei têm contribuído com o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no direito processual civil,

que com a constitucionalização abriu mais oportunidades de atuação do magistrado visando dar efetividade ao princípio do devido processo legal.

Ao postular acerca da igualdade entre as partes e a garantia do devido processo legal, são devidamente estabelecidos os limites do juiz que lida com o caso concreto, a garantia processual se dá ao fato de que o juiz (inerte) somente atuará mediante provocação, diante dos fatos e elementos produzidos em fase probatória, além de ter que fundamentar suas decisões, assim enfrentando todos os pontos apresentados pelas partes.

Nesse sentido, enfrenta-se a controvérsia causada pelo novo caráter dado as decisões judiciais que é o da força vinculante, criada para proporcionar maior estabilidade no ordenamento, uma vez que uma decisão pode vincular outras deferidas em situações em que o caso concreto tem similaridade com precedente a ele. O conflito pode ser gerado exatamente quando um tribunal superior sumula determinado tema, de cunho polêmico, que passa a vincular os tribunais inferiores, o que faz esse caráter normativo das decisões serem questionados como algo que dá ao judiciário a autonomia de atuar como Poder Legislativo.

Nesse óbice, entendemos que determinadas decisões somente são tomadas por inércia do legislativo, fato que naturalmente deu ao Judiciário o caráter normativo que a sociedade esperava do primeiro poder, com essa perda de confiança, a alta judicialização, que é um fenômeno a parte, demandou dos juízes um posicionamento acerca de litígios importantes que ganham caráter político diante do cenário social enfrentado. O magistrado foi provocado, ele atua nos limites dos seus poderes. A melhor solução é trazer o Legislativo as origens, que é representar o povo diante de suas demandas, deixando discursos puramente ideológicos que por si só não constroem a normatização que o país carece.

Estas ideias podem ser compreendidas no contexto do Código de Processo Civil de 2015, que foi um marco no ordenamento jurídico brasileiro, por trazer em seu texto normas que aproximam de forma considerável os sistemas do *civil law* com o *commom law*. Com a CRFB/88, o ideal de igualdade entre todos também atinge o processo civil, ampliando os princípios de direito processual para dar maior eficácia no trato dos litígios, maior celeridade, economia processual e igualdade entre as partes, o que facilitou o acesso à justiça.

Como consequência dessa abertura, o traço mais presente do *commom law* é a regularização da construção e utilização dos precedentes. Ocorre que o CPC forneceu mecanismos para a construção desse instituto e, em consequência, para dar eficácia aos princípios norteadores. Fato esse que somado às cláusulas gerais de interpretação das leis deram ao magistrado grande autonomia processual para trazer o processo à realidade, para julgar os casos de forma íntegra, fazendo o uso dos precedentes com coerência, analisando o *ratio*

decidendi formalmente como postula a lei e colocando a uniformização da jurisprudência num lugar de potencial efetividade, viabilizando a estabilidade das decisões entre os tribunais.

Contudo, muito ainda falta para que esse procedimento inovador ganhe maturidade, o que com certeza virá de acordo com a evolução e lapidação da norma, que concorrem com as transformações sociais que o mundo enfrenta todos os anos, de forma cada vez mais rápida e mais complexa, tal como as relações sociais são.

O debate é produtivo e traz à luz problemas que surgem e que devem ser sanados, como a interferência entre os poderes, devendo o Estado ser alinhado com o propósito de construir uma sociedade que se desenvolve de maneira positiva. O ativismo judicial tem sido de grande importância na garantia de direitos fundamentais, que por vezes são abstratos na Constituição, mas ganham forma diante do entendimento produzido pelo Poder Judiciário, por meio de seus agentes, de todas as carreiras.

Assim, conclui-se que ainda há um caminho a ser percorrido para que os institutos, como os precedentes, sejam de fato realidade, mas pouco se sabe acerca do futuro, há três opções: retroceder ao que era posto anteriormente, renovando a aliança com o *civil law*; evoluir ao que já está regulamentado, abraçando o *commom law*; ou, por último, assumir as duas linhas, passando a considerar o sistema brasileiro como híbrido e se adaptar aos debates e conciliar atingindo a almejada estabilidade combinada com a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Patrícia Narciso; CALAZANS, Henrique Reis. **Constituição e Processo Civil: impactos e inovações dentro do novo CPC de 2015**. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11315/1/BD4%20-%20Constitui%c3%a7%c3%a3o%20e%20Processo%20Civil.pdf>. Acesso em: 14 maio 2021
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira**. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/01/Escrevendo-um-romance-por-meio-dos-precedentes-judiciais.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=vjlnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=seguran%C3%A7a+jur%C3%ADdica+processo+civil&ots=YZIyzkctvL&sig=-UGH6Fe_S8hT9cPY1iKntjR2oQ4#v=onepage&q=seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADdica%20processo%20civil&f=false. Acesso em: 12 maio 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 24-50.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 1-42, 1 abr. 2005.
- BRANCO, Carolina Nobre Castello; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Ativismo judicial e a instrumentalidade do processo: um diálogo com georges abboud e guilherme lunelli a partir da obra de cândido rangel dinamarco**. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, jan. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/40889>. Acesso em: 12 maio 2021.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A Evolução do Ativismo Judicial da Suprema Corte Norte-Americana - Parte I**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 2, p. 4693-4741, 2013.

CIONE, Larissa Beshizza. **Ativismo judicial no Brasil e seu impacto no processo de desenvolvimento econômico**. 2018. 120 f. Dissertação (Pós-graduação) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 9. Ed. Ver. Ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 19-57.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. (Vol. II)

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Revista Direito UNIFACS. Salvador, n. 175, jan. 2015.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. **O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do Código de Processo Civil de 2015 – Novos Desafios**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/O-desafio-de-uniformizar-a-jurisprud%C3%A2ncia-e-o-novo-cpc-via+final.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2021.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. **O princípio constitucional da eficiência no processo civil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-17112011-085839. Acesso em: 21 mai. 2021.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 1, 2016, p. 115-139.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** EbooksBrasil. Fonte Digital: Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4134878/mod_resource/content/1/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf Acesso em: 15 abr. 2021.

PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. **O Sistema de Precedentes no Código de Processo Civil de 2015: a superação do positivismo jurídico para a garantia de estabilidade e isonomia nas decisões judiciais**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 303/2020, p. 333 – 368, maio 2020.

RALHO, Luiz Renato Adler. **Efeitos do ativismo judicial sobre o Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Ano 2, vol. 2, n. 1. jan.-jul. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate**. **Revista de Direito Processual Civil**, [s. l], v. 1, n. 2, p. 22-37, jan.-jun. 2019. ISSN 2674-5623.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3.º, do NCPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, n. 41, p. 1-17, set. 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 37-57, jan.-jun. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Vol. I).

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. **Revista de Direito Processual Civil**, [s. l], v. 1, n. 2, p. 33-59, jul.-dez. 2019. ISSN 2674-5623.