

FORUM

A Plataforma FÓRUM de Conhecimento Jurídico® é composta por um conjunto de cinco módulos que possibilitam a experiência inédita de pesquisar, ao mesmo tempo, em revistas científicas, informativos, livros, códigos e vídeos, que reúnem todo o conhecimento gerado, certificado e sistematizado pela FÓRUM, com atualização diária.

FÓRUM Revistas | Periódicos

- A&C - Revista de Direito Adm. e Constitucional
- Direitos Fundamentais e Justiça - DFJ
- Fórum Administrativo - FA
- Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP
- Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA
- Interesse Público - IP
- Revista ABRADT Fórum de Direito Tributário - RAFDT
- Revista Brasileira da Infraestrutura - RBINF
- Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR
- Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil
- Revista Brasileira de Direito Eleitoral - RBDE
- Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM
- Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro
- Revista Brasileira de Direito Público - RBDP
- Revista de Contratos Públicos - RCP
- Revista de Direito Administrativo - RDA
- Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS
- Revista de Direito Empresarial - RDEmp
- Revista de Direito Público da Economia - RDPE
- Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ
- Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC
- Revista Fórum de Direito Civil - RFDC
- Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDPE
- Revista Fórum de Direito na Economia Digital - RFDED
- Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT
- Revista Fórum Justiça do Trabalho - RFJT
- Revista Fórum Trabalhista - RFT

Declaro, para os devidos fins, que a Editora Fórum é fornecedora exclusiva dos periódicos listados acima, em todo território nacional, relativamente a todos os direitos de edição, distribuição e comercialização, bem como sobre as marcas das publicações que constam na declaração de exclusividade.

Revista Brasileira de DIREITO PROCESSUAL RBDPro

DOUTRINA ARTIGOS

- A aplicação da *disregard doctrine* aos grupos econômicos de fato: a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale como fundamento teórico-jurídico legitimador
Arlete Inês Aureli, Renato Vaquelli Fazanaro
- Medidas atípicas de execução e o modelo constitucional de processo: uma análise do art. 139, IV, do CPC à luz dos parâmetros constitucionais no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Carine Emille dos Santos, Rainer Bomfim, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia
- Publicismo e privatismo no Direito Processual Civil na lição de José Carlos Barbosa Moreira
Christiano Alves Monteiro de Castro, Renata Christiana Vieira Maia
- Discovery norte-americana entre dois mundos: comparações e tendências
Diego Martinez Fervenza Cantoario
- A efetividade da tutela jurisdicional e o compromisso com os escopos políticos do processo
Dionis Mauri Penning Blank, Cláudio Tessari
- O dever de cooperação no Código de Processo Civil: breve estudo a partir da ética da alteridade de Emmanuel Lévinas
Elisângela Padilha, Carla Bertoncini
- Os discursos das decisões judiciais
Felipe Bizinoto Soares de Pádua
- A flexibilidade dos procedimentos em litígios estruturais: uma análise do destino da ADPF nº 347
Gisele Santos Fernandes Góes, Samira Viana Silva
- A fundamentação de decisões preferidas em recursos repetitivos da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: uma análise de 2016 a 2021
Guilherme Gomes Vieira
- Tutelas provisórias e direito fundamental ao contraditório: um diálogo com a doutrina de Eugenia Ariano Deho acerca da teoria da tutela cautelar
Igor Raatz, Natascha Ancheta
- Controle de decisões judiciais imotivadas: representação, inconstitucionalidade e compensação por prejuízos anormais ou injustos
Juliana Melazzi Andrade
- A reclamação coletiva como instrumento de estabilização da jurisprudência do STJ: análise da Reclamação nº 36.476/SP
Luiz Rodrigues Wambier, Arthur Mendes Lobo, Vinícius Caldas da Gama e Abreu
- A utilização da decisão monocrática como ferramenta de celeridade processual nas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Ceará
Mariana Dionísio de Andrade, Beatriz Frota Moreira, Lívia Maria Xavier Santiago da Silva
- Da reparação fluida e dos fundos no PL nº 1.641/2021 (Nova Lei da Ação Civil Pública)
Sérgio Martin Piovesan de Oliveira

NOTAS E COMENTÁRIOS

- Má prestação da atividade jurisdicional e prerrogativas do advogado
Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias



FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO



REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL - RBDPro
ano 30 · n. 120 · outubro/dezembro 2022 - Publicação trimestral

120

120

ISSN 0100-2589

Revista Brasileira de DIREITO PROCESSUAL RBDPro

ano 30 · out./dez. 2022

ABDPRO
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL



FORUM

FORUM

Revista Brasileira de DIREITO PROCESSUAL

RBDPro

Adormecida por aproximadamente 16 anos, a tradicional *Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDPro renasce. Inicialmente produzida no seio da cidade de Uberaba, MG, pela Editora Vitória, e, depois, editada, por muitos anos, pela Forense, agora, nesta novíssima fase, a empreitada é assumida pela entusiasta equipe da Editora Fórum.

E a novidade surge em boa hora. Afinal, as mudanças na legislação processual são uma constante. Na busca de maiores celeridade e efetividade, as alterações legislativas assumem a dianteira e obrigam o jurista a revisitar institutos e conceitos, muitos dos quais já se tinham por consolidados, para, se necessário, conferir-lhes um novo colorido, mais adequado aos novos tempos. À doutrina e aos veículos editoriais responsáveis por sua divulgação atribui-se responsabilidade inquestionável nesse propósito.

É diante desse cenário de transformações que a RBDPro ressurge. Sua aparência encontra-se renovada, mas seus propósitos e objetivos permanecem os mesmos que levaram à sua criação, quando dirigida pelos notáveis Edson Prata e Ronaldo Cunha Campos. Enfim, o que se pretende é proporcionar um espaço, de alcance nacional e internacional, apto a fomentar o debate científico e a contribuir com o desenvolvimento da ciência processual, mediante a difusão de ideias inovadoras e de qualidade comprovada.

E-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: editorial@rbdpro.com.br.

www.editoraforum.com.br

A efetividade da tutela jurisdicional e o compromisso com os escopos políticos do processo

Dionis Mauri Penning Blank

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: dionisblank@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5181555838698145>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6301-4651>.

Cláudio Tessari

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor visitante de vários cursos de pós-graduação *lato sensu* e LLM. Sócio do Instituto de Estudos Tributários (IET). Sócio do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Comissão Especial de Direito Tributário da OAB/RS. Advogado tributarista. E-mail: tessari.tpadv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9748008854079452>.

Resumo: É inviável a dissociação entre o Direito e a Política, sendo o próprio processo um instrumento estatal para a realização dos fins políticos situados algumas vezes detrás da legislação. A participação do cidadão é apresentada como um valor democrático inalienável para a legitimidade do processo político, cabendo à função jurisdicional garantir institucionalmente a sua promoção. O Poder Judiciário tem assumido o protagonismo na resolução de conflitos político-sociais, caracterizando a judicialização do Direito e das relações sociais, a qual tem uma de suas consequências na ampliação do direito humano e fundamental ao acesso à justiça, que é uma das perspectivas de análise do direito à tutela jurisdicional. Este artigo tem por objetivo investigar as relações entre a efetividade da tutela jurisdicional e o compromisso com os escopos políticos do processo, notadamente sob o enfoque dos temas democracia, judicialização e ativismo judicial. Para isso, utilizou-se o método de abordagem dedutiva, o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. O processo é concebido como um instrumento estatal para a realização de fins políticos, estabelecendo-se como ferramenta de imunização de diferentes conflitos sociais e jurídicos. A democracia brasileira enfrenta uma forte crise de representatividade, de legitimidade e de funcionalidade do Poder Legislativo, não sendo o Poder Judiciário apto sozinho a efetivar as disposições constantes do texto constitucional, surgindo o ativismo como peça fundamental para alcançar a tutela de demandas sociais de forma efetiva, em que pese sua realização deva ser cuidadosa para não causar afronta à ordem democrática e/ou lesão à separação dos poderes. A espécie/modelo de jurisdição que atenda aos fins e as exigências do bem comum, adotado pelo sistema processual civil brasileiro, autoriza a prática do ativismo judicial, inclusive para obstar a vedação ao retrocesso de conquistas sociais.

Palavras-chave: Democracia. Processo. Política. Judicialização. Ativismo.

Sumário: Introdução – **1** Democracia, participação, processo e escopos políticos – **2** Judicialização e direito fundamental à tutela adequada e efetiva – **3** Ativismo judicial – **4** Uma jurisdição que atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum –Conclusão – Referências

Introdução

O maior compromisso do processo é a paz social. O caminho para alcançá-la passa pela significação política que tem e pelas repercussões econômicas que acarreta. O processo é um instrumento de imunização dos conflitos jurídico e social, sabendo-se que a resolução de um não implica a resolução do outro. Acima de tudo, o processo dialoga com as diferentes dimensões (social, política etc.), dando conteúdo especialmente às normas (processuais).

A participação da sociedade é um elemento importante no cenário político, considerando que o Estado nem sempre pode ser reconhecido como um mediador confiável, pois, às vezes, afasta-se da sua função principal, que é servir ao povo, gerando privilégios e aliando-se a forças econômicas. A democracia, que é fundamental para a existência de um Estado de Direito, deve ser marcada pelo aumento da participação na vida pública, nas decisões, no controle e na fiscalização, no tratamento e no acesso da informação.

Não há viabilidade na dissociação entre a Política e o Direito, sendo o próprio processo um instrumento estatal para a realização dos fins políticos situados algumas vezes detrás do ordenamento. A participação, dentro desse cenário, é apresentada como um valor democrático inalienável para a legitimidade do processo político, cabendo à função jurisdicional garantir institucionalmente a sua promoção.

O Poder Judiciário tem assumido o protagonismo na resolução de conflitos político-sociais, caracterizando a judicialização do Direito e das relações sociais, a qual é consequência de inúmeros fatores históricos, políticos e sociais, mas também da própria ampliação do acesso à justiça. O direito humano e fundamental ao acesso à justiça é uma das perspectivas de análise do direito à tutela jurisdicional, em conjunto com a adequação e a efetividade da tutela, destacando-se o Judiciário como uma espécie de última instância, diante da insegurança e da falta de compromisso dos demais Poderes.

Nesse contexto, o ativismo judicial surge como uma atitude, como a escolha de um modo específico e proativo de interpretar o texto constitucional, expandindo o seu sentido e o seu alcance, que não tem consenso na possibilidade de sua realização, mas que deve ser encarado como parte da solução e não do problema, considerando que está colocado especialmente em casos de retratação do Poder Legislativo, sob pena de não serem atendidas demandas sociais importantes de maneira efetiva.

Sendo assim, este artigo tem por objetivo investigar as relações entre a efetividade da tutela jurisdicional e o compromisso com os escopos políticos do processo, notadamente sob o enfoque dos temas democracia, judicialização e ativismo judicial, e respondendo ao seguinte questionamento: a espécie/modelo de jurisdição que atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum, adotado pelo sistema processual civil brasileiro, autoriza a prática do ativismo judicial?

Para isso, utilizou-se o método de abordagem dedutiva, o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, dividindo-se o trabalho em quatro partes principais, quais sejam, a) democracia, participação, processo e escopos políticos; b) judicialização e direito fundamental à tutela adequada e efetiva; c) ativismo judicial; e d) uma jurisdição que atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum.

1 Democracia, participação, processo e escopos políticos

Segundo identifica Calmon de Passos (1988, p. 83), não existiria pureza no Direito: “O jurídico coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. [...]. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, estritamente técnico, foge desse comprometimento”. O processo, dialogando com as várias dimensões, carrega consigo significação política e variadas repercussões econômicas, sem descuidar da paz social, que é o seu maior compromisso.

Nesse particular, destaca Calmon de Passos (1988, p. 83-84) que “[...] não constitui despropósito associar-se processo a democracia, porquanto, com esse relacionamento, pretende-se, justamente, denunciar a necessária dimensão política do processo jurisdicional [...]” e compreendê-lo como uma ferramenta para lidar com o conflito e não apenas para solucioná-lo. Cuida-se de adotar o processo como um instrumento de imunização dos conflitos jurídico e social, com a ciência de que a resolução de um não significa a necessária resolução do outro.

O processo, como técnica de formulação de normas jurídicas e de efetivação do direito conserva, e necessariamente deveria fazê-lo, as conotações políticas e econômicas que conformam o próprio direito a que ele se vincula, instrumentalmente. [...].

Conclusão necessária a retirar-se é a de que política, economia e direito são indissociáveis, interagindo entre si, determinando uma realidade única: a da convivência humana politicamente organizada.

Por outro lado, o processo, como técnica de formulação e realização do direito, está fortemente comprometido com a carga ideológica, política e tem implicações econômicas que se identificam no ordenamento jurídico a que instrumentalmente ele vincula. (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 86-87).

Norberto Bobbio (2018, p. 35) descreve ser necessário chegar a um acordo quando se fala de democracia, destacando que o único modo seria caracterizá-la como “[...] um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. E Bobbio

(2018, p. 34) acrescenta: “[...] se me perguntassem se a democracia tem um porvir e qual é ele, admitindo-se que exista, responderia tranquilamente que não o sei”.

É atual a afirmação do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (2008, on-line), no sentido de que a sociedade “[...] não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”.

Nessa direção, a participação é uma marca importante no cenário político, tendo em conta, conforme Calmon de Passos (1988, p. 93), que “[...] o Estado não é neutro, nem é sempre um mediador confiável. Ele tem uma fisionomia e expressa, não raramente, interesses em conflito com os da sociedade civil”. O Estado gera privilégios, alia-se a forças econômicas, distanciando-se da sua função primordial, que é servir à sociedade. Dessa forma, já alertava em seu precioso texto o referido autor (1988, p. 93):

[...] é essencial à democracia participativa institucionalizar controles, pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico. Não a ponto de paralisá-los, fazendo-os inoperantes, mas suficientes para detê-los, quando tornados ameaçadores.

Nessa linha de pensamento, e do mais sintético possível [...], a democracia participativa reclama: participação nas decisões, sempre que possível; controle de execução, em todas as circunstâncias; acesso às informações, assegurado, no mínimo, a respeito de assuntos mais graves, a setores representativos da sociedade civil.

De acordo com Bercovici (2013, p. 787), a democracia representa uma espécie de conflito:

A maturidade de uma democracia política é aferida exatamente pela capacidade de seu sistema constitucional em resolver os conflitos sem que tal resolução venha a seduzir setores da mesma sociedade a pensarem em alternativas fora da democracia, fora da disputa política legitimada pelo poder constituinte, como é o caso do Brasil e de sua constituição dirigente. Como não poderia deixar de ser, nossa Constituição Federal é provocadora e solucionadora dos conflitos. Portanto, assumimos a posição de que direito constitucional e jurisdição constitucional nada mais são do que direito político, portanto, qualquer questão de controle da constitucionalidade será sempre uma questão de poder constituinte, ou, em outras palavras, uma questão política – no Brasil e em qualquer país do mundo. A política a tentar esconder a política é que consiste numa atitude fora da democracia, devendo ser banida dos embates democráticos e republicanos.

Nos termos de John Dunn (2014, p. 188), não existiria razão para considerar a democracia um valor político inquestionável e de conteúdo prático evidente, visto que qualquer tentativa de defini-la estaria “[...] fadada a ser inherentemente confusa

ou politicamente mistificadora. Ela não é e nem poderia ser um exercício inocente de elucidação histórica ou esclarecimento conceitual. O que ela poderia aspirar a ser é no máximo um projeto de higienização política [...]”.

Nessa ótica, Giannattasio pondera que (2014, p. 161), “[...] se, por um lado, do ponto de vista normativo, não há Estado de Direito sem democracia, por outro, a democracia sempre demanda alguma espécie de institucionalização jurídica [...]”, o que relevaria a relação entre direito e democracia. Tal relação, conforme o autor (2014, p. 161), ocorre de modo que “[...] cada momento de sucessão de paradigma democrático é acompanhado por modalidade nova do direito, destinado a lhe conferir balizas institucionais, de caráter normativo-jurídico, para seu funcionamento”.

Barroso (2013, p. 924), a respeito do direito e da política, refere que:

Na concepção tradicional e idealizada, direito e política integram mundos apartados, que não devem se comunicar. Para realizar tal propósito, o Judiciário é dotado de garantias que visam a assegurar sua independência e os órgãos judiciais são vinculados ao direito posto, sem exercer vontade política própria nem atividade criativa. Essa pretensão de autonomia absoluta do direito em relação à política é impossível de se realizar. As soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais. Nesses casos – ao menos neles –, a experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham, tenha ele consciência ou não, papel decisivo nas conclusões a que chega.

Streck, Tassinari e Lima (2013, p. 754) defendem que:

[...] ao analisar a difícil relação entre o Direito e a Política, é possível demonstrar a importância da autonomia funcional do Poder Judiciário para a defesa da supremacia constitucional, destacando que a não interferência da Política nas decisões judiciais é um elemento imprescindível para o fortalecimento das novas democracias. Sem dúvida alguma, a jurisdição constitucional cumpre um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, ao impedir que manifestações autoritárias por parte do poder político possam prejudicar a autonomia do Direito. Desse modo, essa inovação institucional deve ser encarada como uma conquista do constitucionalismo contemporâneo, que, após a Segunda Guerra Mundial, concedeu maior destaque à atuação do Poder Judiciário.

Nessa linha de raciocínio, Miarelli e Lima (2012, p. 21) sustentam que a “[...] efetiva democracia depende [...] de um Estado amparado pelas leis, mas depende, principalmente, de um poder genuinamente independente e imparcial, apto a infligir o efetivo cumprimento destas leis”. Por sua vez, Ovídio Araújo Baptista da Silva (1988, p. 133) destaca que a democracia somente poderia “[...] ser aquela que privilegia e estimula a participação, tão intensa e constante quanto seja possível [...]”.

A ideia de democracia demanda a expansão da participação na vida pública, nas decisões, no controle e na fiscalização, no tratamento e no acesso da informação. Significa uma espécie de expansão do poder público, ultrapassando as fronteiras do estritamente político, em que o indivíduo apenas figura como cidadão, para alcançar as relações sociais, considerando o indivíduo também na sua variedade de papéis, de acordo com os ensinamentos de Calmon de Passos (1988, p. 93).

Considerando esse vínculo inafastável entre o político, o econômico e o jurídico, o processo jurisdicional pode ser encarado sob diferentes vieses, conforme também ensina Calmon de Passos (1988, p. 94-95). Inicialmente, caracterizava-se como mero instrumento de poder político (mera praxe, forma disciplinada, agir racional e arbitrário do governante). Na sequência, revestiu-se de caráter de garantia constitucional (exercício de direito público subjetivo). Atualmente, o processo pode ser encarado como um instrumento político de participação.

[...] A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Na se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais [...]. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra legem do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo. (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 95).

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (1988, p. 121-122) trabalha um cenário de planos do processo (social, jurídico e político), os quais orientariam uma mudança de mentalidade:

[...]. Fala-se do escopo social magno de pacificar com justiça, ao lado do outro, social também, de educar para a defesa dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios. Fala-se também no escopo jurídico de atuar a vontade do direito, negando-se criatividade à função do juiz. E fala-se, com bastante ênfase, nos escopos políticos do processo. Da integração dessas três perspectivas é que pode nascer algo realmente capaz de orientar reformas no sentido do aprimoramento dos deficientes sistemas processuais postos à nossa disposição. O benefício maior que toda essa guinada metodológica se propõe a trazer é o da mudança da mentalidade dos processualistas e dos juízes, para que, com consciência dos objetivos a realizar mediante o uso do processo, eles possam legitimar perante a sociedade e a história as tarefas que lhes cabem.

Nessa perspectiva, identifica-se o comprometimento do sistema processual com a política por intermédio de três vetores, a saber, o poder estatal de decidir imperativamente, o culto à liberdade do cidadão (restrição do exercício do poder do Estado) e a garantia de participação dos cidadãos no destino da sociedade política. Segundo Dinamarco (2013, p. 199), a “[...] participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições”.

Dinamarco (2013, p. 199-200) observa que:

[...]. O próprio direito tem inegavelmente um fim político, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam detrás da própria lei.

[...]. Além de decidir, ele (Estado) impõe imperativamente o que decidiu e a imunização das decisões, no sentido de que, soberanamente, não admite revisões do decidido. Havendo decidido, produz efeitos imediatos sobre a situação das pessoas e em certa medida espera que cada um paute seu comportamento segundo os ditames da decisão imperativa. Quando necessário, impõe por si mesmo a disposição das coisas segundo os parâmetros fixados na decisão. Essa é a síntese da atividade jurisdicional, exercida diuturnamente em número indefinido de casos, com afirmação da autoridade e exercício do poder.

O referido autor (2013, p. 201) acrescenta que a “[...] confiança no Estado pacificador e respeitoso do valor liberdade é indispensável fator legitimante do poder, do ordenamento e do Estado mesmo”, destacando que:

Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia.

Ainda, em recente atualização de sua obra, Dinamarco (2023, p. 21), a respeito da visão instrumental, elucida que:

A visão instrumental que está no espírito do processualista moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do constituinte e do legislador brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente – medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta de tutela jurisdicional coletiva. O próprio Código de Processo Civil mostra-se também imbuído desse espírito, abrindo portas para a maior amplitude das tutelas jurisdicionais, como p.ex. ao banir a vetusta regra da interpretação restritiva do pedido (CPC-73,

art. 293 – CPC-15, art. 322, §2º), ao instituir o incidente de resolução de demandas repetitivas e o de julgamento de recursos repetitivos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça etc. É indispensável que também o intérprete fique imbuído desse novo método de pensamento e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem.

Acrescenta Dinamarco (2023, p. 22):

Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é hoje uma tendência universal. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação autossuficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.

Com base nisso, não há como se dissociar a Política e o Direito, sendo o próprio processo jurisdicional um instrumento estatal para a realização dos fins políticos situados algumas vezes nos bastidores da legislação, firmando-se como uma ferramenta de imunização do conflito, dando significado às normas (processuais). A participação, nesse cenário, é apresentada como um valor democrático inalienável para a legitimidade do processo político, cabendo à função jurisdicional garantir institucionalmente a sua promoção.

2 Judicialização e direito fundamental à tutela adequada e efetiva

Conforme evidencia Felipe Dutra Asensi (2011, p. 212):

Historicamente, o Judiciário foi tradicionalmente associado a um poder inerte, que se conteria a apenas reproduzir o conteúdo previsto na lei. Emblemática, aqui, é a ideia de Montesquieu de que o Judiciário seria apenas a ‘boca da lei’, ou seja, sua função seria de mero tradutor do texto jurídico, afastando qualquer tipo de subjetividade ou papel proativo na realização do direito.

Não obstante, a relevância institucional do Judiciário no Brasil não se reduz ao âmbito da política. Num contexto welfareano em que há uma pluralidade de normas de eficácia plena e programática que visam, em algum grau, impor um dever de agir ao Executivo, o Judiciário tem sido cada mais acionado para resolver conflitos, efetivar direitos e implementar políticas públicas. O resultado desse processo se expressa na ampliação da criatividade do magistrado e dos poderes institucionais que lhes foram atribuídos no momento da interpretação e aplicação da lei, ganhando relevo o pós-positivismo.

Luiz Werneck Vianna *et al.* (1997) caracterizam a judicialização como um movimento de discussão que tem o Poder Judiciário como protagonista na resolução dos conflitos político-sociais. Por sua vez, John Ferejohn (2002, p. 14) distingue três modos nos quais o Judiciário tem tomado novos e importantes papéis na relação com o Legislativo: a) o Judiciário se tem visto cada vez mais apto a limitar e regular o exercício do Legislativo impondo limites importantes ao poder das instituições parlamentares; b) cada vez mais, o Judiciário se tem convertido no lugar de onde surgem decisões políticas significativas; e c) os juízes têm se apresentado mais dispostos a regularem a condução da atividade política.

[...] a perspectiva que enfatiza o movimento de judicialização, seja da política, seja das relações sociais, evidencia que o Judiciário passa a ocupar centralidade no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições – tais como o Ministério Público e a Defensoria Pública – se apresenta como um agente proponete de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Porém, existem outras formas de atuação das instituições jurídicas e sociais que não remetam necessariamente a um processo de judicialização, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre a política e as relações sociais. Denomina-se essa perspectiva de juridicização. (ASENSI, 2011, p. 213).

Felipe Dutra Asensi (2011, p. 219-220) traça diferenças entre os fenômenos da judicialização e da juridicização: a) na judicialização o Judiciário é chamado para resolver definitivamente um conflito e na juridicização predomina a ideia de consenso pelo diálogo; b) na judicialização está em pauta o monopólio do poder de legislar e na juridicização se objetiva também estabelecer estratégias, diretrizes e compromissos; c) na judicialização não há incorporação de critérios sociais substantivos e na juridicização a incorporação da sociedade civil é pressuposto para a formulação de consensos; d) na judicialização da política ainda é restrita a comunidade de intérpretes e na juridicização há uma pluralidade de atores e instituições no processo de interpretação; e e) na judicialização as demandas chegam sob forte influência da separação de poderes e da aplicação de códigos e na juridicização o cenário é de especificidade dos contextos em que as demandas estão inseridas.

[...]. Tão importante quanto o estudo dos fins de uma ação judicial é o dos meios utilizados pelas diversas instituições para efetivar direitos. Assim, configura-se necessário deburçar-se no estudo de uma nova forma de atuação das instituições jurídicas e sociais que vai além da mera judicialização, o que permite ampliar ainda mais as reflexões sobre os processos institucionais de efetivação de direitos e implementação de políticas públicas no Brasil.

Talvez, assim seja possível compreender uma nova forma de atuação das instituições jurídicas. Inclusive, é possível pensar até a juridicização do próprio Judiciário, que tem frequentemente adotado estratégias extrajudiciais na resolução de conflitos [...]. A ação política passa a ser entendida muito mais como uma regra de sociabilidade, e a juridicização da política e das relações sociais se apresenta como um movimento que denota suas especificidades. (ASENSI, 2011, p. 223).

Nesse ínterim, não é possível atribuir ao fenômeno da judicialização um único fator. É consequência de inúmeros fatores históricos, políticos e sociais. Barroso (2013, 872) argumenta que:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado, e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciar ou não sobre a questão. Todavia, o modo como exercerão essa competência vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Leal e Gervasoni trazem importante apontamento a respeito da judicialização da política (2013, p. 8-11):

[...] há que se ressaltar que não significa, todavia, uma ‘aristocracia judiciária’, incompatível com o sistema representativo previsto na Constituição de 1988. Na verdade, o fato de o ordenamento constitucional brasileiro permitir – cada vez mais – a revisão judicial das decisões majoritárias do Poder Legislativo, por meio de um sistema misto de controle de constitucionalidade, assegurando o respeito aos direitos fundamentais (que se compreendem vinculantes ao Legislador [...]), garante o exercício democrático do poder. [...].

De qualquer forma, enquanto guardião da Constituição, o Judiciário deve fazê-la valer exatamente em nome dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos, ainda que em face dos outros Poderes e em eventual atuação contramajoritária, o que só tende a fortalecer a democracia (cuja ideia identificada apenas com as escolhas da maioria encontra-se superada).

Luiz Werneck Vianna *et al.* (1999, p. 22) apontam a judicialização como uma consequência do Estado de Bem-Estar Social e da ampliação do acesso à justiça:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesma para a adjudicação de cidadania, tema dominante a pauta da facilitação do acesso à justiça.

Nesse sentido, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 878) identificam o acesso à justiça como uma das perspectivas de análise do direito à tutela jurisdicional, em conjunto com a adequação e a efetividade da tutela, descrevendo que o acesso à justiça se relaciona “[...] à amplitude da prestação da tutela jurisdicional, ao momento que pode ser proposta a ação e ao custo financeiro do processo”. Acrescentam os autores (2017, p. 879-887):

A tutela jurisdicional tem de ser adequada para tutela dos direitos. O processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem de ser idôneo à promoção do fim. [...].

A efetividade da tutela jurisdicional diz respeito ao resultado do processo. Mais precisamente, concerne à necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material [...].

É imprescindível para a prestação da tutela jurisdicional efetiva a fiel identificação da tutela do direito pretendida pela parte. Vale dizer: é preciso em primeiro lugar olhar para o direito material a fim de saber qual a situação jurídica substancial que se pretende proteger judicialmente. [...].

Onde há um direito existe igualmente direito à sua realização. Um direito é uma posição juridicamente tutelável. É da sua previsão que advém o direito à sua tutela – posto que o fim do direito é a sua própria realização. A previsão do direito pela ordem jurídica outorga desde logo pretensão à sua proteção efetiva.

Nesse contexto, Luís Alberto Reichelt (2016, p. 2-3) faz importante distinção entre o direito humano e fundamental ao acesso à justiça e o direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional:

O direito humano e fundamental ao acesso à justiça comprehende o acesso efetivo a todos os meios pelos quais as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios. [...] o direito humano e fundamental ao acesso à justiça abarca todo um conjunto de provisões que devem estar à disposição dos indivíduos que vai muito além da existência de uma estrutura do Estado destinada ao exercício da atividade jurisdicional. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional é uma de suas projeções, e comprehende, em uma

primeira aproximação, o direito da parte ao acesso efetivo ao emprego da jurisdição como fórmula destinada à tutela de direitos.

Frederico Augusto Blanco Ramos (2014, p. 181) identifica que a “[...] sociedade, diante da insegurança e da falta de compromisso sentida com as atuações dos outros Poderes, tem no Judiciário ‘a última saída’ na busca da tutela de seus interesses”. Segue o citado autor (2014, p. 181):

[...] a atuação daqueles que foram eleitos representantes da sociedade pela vontade da maioria na tomada de decisão das políticas públicas, deve ser combinada com a atuação dos magistrados, para que a sociedade depositou a esperança de harmonização das controvérsias sociais, além dos casos de omissão dos outros Poderes nas prestações que lhes são correspondentes. O crescimento da importância do Judiciário no contexto social, originando as ‘mutações’ na sociedade, permite uma ampla abertura de interpretações, inclusive de participações mais efetivas dos grupos sociais na atuação estatal.

De acordo com essas premissas, a judicialização, como um fenômeno também marcado pela ampliação do direito humano e fundamental ao acesso à justiça, que tem seu âmbito de proteção ao lado da adequação e da efetividade da tutela, aponta na direção de que inúmeras controvérsias morais, políticas e sociais importantes estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, conforme cita Barroso (2011, p. 231): a) instituição de contribuição dos inativos na reforma da previdência (ADI 3105/DF); b) criação do Conselho Nacional de Justiça na reforma do Judiciário (ADI 3367); c) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); d) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS); e) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); f) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante 11); g) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); h) legitimidade de ações afirmativas e cotas sociais e raciais (ADI 3330); i) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula Vinculante nº 13); e j) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF).

Sendo assim, a judicialização no Brasil, consoante demarcado, é fruto do modelo de constitucionalização e do sistema de controle de constitucionalidade adotados, sendo uma circunstância resultante do desenho institucional e não uma opção política do Poder Judiciário. Devidamente provocados, a maneira pela qual vai ocorrer o exercício da competência por juízes e tribunais é que vai deliberar a existência ou não do ativismo judicial.

3 Ativismo judicial

Barroso (2011, p. 230) introduz a existência de diferentes causas para o fenômeno da judicialização:

[...]. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais [...]. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, prefererem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

Dessa forma, a respeito do ativismo, Barroso (2013, p. 874) defende que:

[...]. 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. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Barroso (2013, p. 874) descreve a existência de diversos precedentes de postura ativista oriundos do Supremo Tribunal Federal: a) imposição de fidelidade partidária e vedação do nepotismo; b) verticalização das coligações partidárias e cláusula de barreira; e c) greve no serviço público, criação de Município e políticas públicas de saúde insuficientes. Em todos os casos, o Poder Judiciário estaria distante da sua função típica, aproximando-se de uma função que mais se assemelharia à de criação do próprio direito. Nesse particular, ensina Teresa Arruda Alvim Wambier (2001, p. 393-394):

[...] hoje se entende que o juiz ‘cria’ direito. Pensamos que o juiz ‘cria’ direito no sentido de poder engendrar soluções para casos que não sejam rotineiros, que não estejam ‘prontas’ no sistema (para que a situação fática se encaixe automaticamente nelas). Mas essa soluções, sob pena de se deixar definitivamente o valor segurança, devem ser ‘criadas’ a partir de elementos constantes do sistema jurídico, somados, combinados, engrenados etc. e não com base em elementos que o sistema não tenha encampado (‘juridicizado’). O repertório com que

conta o juiz para ‘criar’ soluções normativas é, portanto, conhecido previamente e limitado. A base dessa ‘criatividade’ está nos elementos do sistema e naqueles que o sistema tenha ‘assumido’, embora, em sua gênese, possam ser estranhos no direito. Esse é o moderno sentido do princípio da legalidade: o juiz se vincula à lei, ‘filtrada’ pela doutrina, pela jurisprudência e pelos princípios que se ligam aos direitos fundamentais. Quanto mais o caso que há de ser decidido pelo juiz se aproxima de um hard case, mais ‘livre’ será o processo de ‘criatividade’ do juiz. Quanto mais rotineiro for o caso, mais próximo do esquema subsuntivo tradicional o juiz estará.

Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins (2022) ponderam que:

Hoje, reconhece-se que o juiz atua, em alguma medida, como criador do direito. Isso ocorre, embora o direito posto, e especificamente o direito codificado, exerça função relevante com relação à atuação do juiz, que se consubstancia num tema extremamente atual e complexo. Entretanto, hoje se consegue enxergar criatividade do juiz na atividade interpretativa.

Basta pensarmos na relevância que o tema precedentes teve para o legislador do CPC/15, que criou hipóteses em que o afastamento de decisões jurídicas do teor do que tenha sido antes decidido, por exemplo, em recursos repetitivos, gera a possibilidade do manejo da reclamação.

A importância dada às súmulas e a criação da súmula vinculante também são um reflexo da consciência do legislador no sentido de que, em certa medida, o direito é fruto da atuação do Poder Judiciário.

Indubitavelmente, não se concebe mais a noção de direito como algo destacado da atividade do juiz: a jurisprudência.

Nem da doutrina, na medida em que adote essa postura de contribuir para a operativização do sistema positivo.

Os objetivos da aplicação do princípio da vinculação à lei, inherente, como se disse, ao Estado de Direito, são os de gerar uma jurisprudência iterativa e uniforme e certa margem de previsibilidade, o que gera segurança. Porém, esses objetivos são atingidos com a vinculação à lei, vista sob esse enfoque, que abrange também a doutrina e a jurisprudência.

Assim, diríamos que a vinculação do juiz à lei se amolda por meio da doutrina e da jurisprudência, como se esses dois elementos desempenhassem uma função de “engate lógico” entre a lei e os fatos. Daí pode se extrair o conceito de direito: um fenômeno que se apoia na lei, na jurisprudência e na doutrina. [...].

O princípio da legalidade, tal como entendido modernamente, não pode levar, como de fato não leva, a uma situação de automatismo na aplicação da lei, já que o direito não é a lei. O juiz está vinculado ao direito: lei, doutrina e jurisprudência.

Atento a essa “criação” do direito pelo juiz, Barroso (2011, p. 235) apresenta o ativismo como uma atitude, como a escolha de um modo específico e proativo de interpretar o texto constitucional, expandindo o seu sentido e o seu alcance, destacando

que, legitimamente exercido, “[...] procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”.

Sob outra perspectiva, Elival da Silva Ramos (2015, p. 131) sustenta o ativismo de forma negativa:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há [...] uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Na mesma direção, Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 56-57) afirmam que:

[...] o ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judiciaлизação, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.

O ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, criado pelo Direito, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiramente, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retrataram a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga. Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.

No entanto, é indiscutível que a democracia brasileira enfrenta forte crise de representatividade, de legitimidade e de funcionalidade do Poder Legislativo, e o Poder Judiciário não é apto, sozinho, a efetivar as disposições constantes da Constituição Federal, surgindo o ativismo como peça fundamental para a concretização do texto constitucional, aproximando, de fato, o juiz da “criação” do Direito.

Nessa linha de raciocínio, é preciso identificar se o ativismo judicial é parte da solução ou do problema, justamente porque uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário vem sendo demandada, assim como é necessário averiguar se o ativismo se

reveла uma afronta direta ou não à ordem democrática e/ou à separação de Poderes, até porque é notória uma espécie de transferência das questões controvertidas para o Poder Judiciário, o qual não tem alternativa de se pronunciar ou não sobre a problemática.

Observando todas as particularidades, como defende Barroso (2011, p. 234), encara-se o ativismo como parte da solução e não do problema, porque o ativismo, no caso do Brasil, instala-se “[...] em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Nesse novo universo, cortes como o Supremo Tribunal Federal passaram a desempenhar, simultaneamente, o papel contramajoritário tradicional, função representativa, pela qual atendem a demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário. No desempenho de tal atribuição, o juiz constitucional não está autorizado a impor as suas próprias convicções. Pautado pelo material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhe interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história. Com a dose certa de prudência e de ousadia. O conjunto expressivo de decisões referidas no presente trabalho, proferidas sob a Constituição de 1988, exibem um Supremo Tribunal Federal comprometido com a promoção dos valores republicanos, o aprofundamento democrático e o avanço social. No desempenho de tal papel, a Corte tem percorrido o caminho do meio, sem timidez nem arrogância. (BARROSO, 2015, p. 46-47).

Conquanto a fronteira seja tênue, o debate a respeito do ativismo judicial não revela uma afronta direta à ordem democrática e/ou lesão à separação de Poderes, desde que a sua utilização seja eventual, controlada, de modo que a atuação mais efetiva do Poder Judiciário represente ganhos em termos de tutela de direitos. Nesse particular, destaca-se a manifestação de Galvão (2015, p. 97):

Diferentemente do que correntemente se apregoa quando do tratamento da temática, jamais, em Estados de Direito, defender-se-á quaisquer manifestações totalitaristas, por se mostrarem, obviamente, contrárias aos ideais do desenvolvimento do Estado, pós contexto oitocentista. O que se pretende, mediante a realização de posturas ativistas, não é fragilizar ou comprometer o esquema organizatório-funcional do Estado, mas, antes, garantir-lhe legitimidade mediante a boa e coerente atuação das funções estatais, a partir da busca por utilidade nas decisões vinculadas à competência precípua de cada um de seus órgãos. Há que se ter condições de aperfeiçoar continuamente as funções precípuas de cada órgão estatal para que se possa ter verdadeiramente um cenário racional do próprio Estado.

Não obstante, como bem alerta Barroso (2011, p. 269):

[...] deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público.

De qualquer forma, o citado Ministro do Supremo Tribunal Federal tem integral razão em sua nota final a respeito da realização do ativismo judicial pelo Poder Judiciário (2008, on-line):

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Nessa direção, o Poder Judiciário não pode ser visto como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se converter em usurpação da função legislativa, sob pena de severo comprometimento da legitimidade democrática de sua atuação. Nesse ponto, destaca Barroso (2013, p. 924-925):

Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.[...].

Em suma: o direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer esse fato não envolve qualquer capitulação, mas, antes, dá transparéncia a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia de um nem de outro. A razão pública e a vontade popular – o direito e a política, se possível, com maiúscula – são os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação. Dependendo do ponto de observação de cada um, às vezes, será noite; às vezes, será dia.

Por consequência, o ativismo, com efeito, é uma atitude, legitimamente exercida para buscar o máximo das potencialidades da Constituição, diferenciando-se da judicialização, que é uma decorrência do desenho institucional brasileiro. O Poder Judiciário, comprometido com a defesa do texto constitucional, de modo especial os

direitos fundamentais e os princípios da ordem democrática, buscando o fortalecimento da democracia, não deve silenciar frente às omissões dos demais Poderes.

4 Uma jurisdição que atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum

Uma das características principais do Código de Processo Civil, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, é a efetividade do processo, ou seja, a capacidade de atingir os seus objetivos como instrumento para aplicação do Direito.

Por tal razão é que a “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”, além de observar “a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”, de acordo com as disposições constantes do art. 8º do Código de Processo Civil, que não possui correspondente legislativo no Código de Processo Civil anterior, ou seja, de 1973.

Além disso, no âmbito do Código de Processo Civil de 1973, o juiz só estava autorizado a utilizar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece na “falta de normas jurídicas particulares” (art. 335). Contudo, agora, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, o juiz está autorizado a utilizá-las independentemente dessa condição. Confira-se no quadro que segue:

Código de processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quando a esta, o exame pericial.	Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quando a estas, o exame pericial.

Assim sendo, no âmbito da prestação jurisdicional sob a égice do atual Código de Processo Civil, o ativismo judicial pode e deve ser utilizado para obstar a vedação ao retrocesso de conquistas sociais.

De acordo com Ferreira (2015, p. 2), a ideia da vedação do retrocesso de conquistas sociais tem sua origem na jurisprudência europeia, principalmente na de Portugal e na da Alemanha, partindo da constatação de que ao dever positivo do Estado existe uma imposição de abstenção, ou seja, quando há uma obrigação em

concretizar um direito positivado, nasce para o Estado um dever de não adotar medidas que destituam ou flexibilizem de forma desarrazoada as conquistas alcançadas.

Sarlet (2006, p. 35) argumenta que no âmbito da doutrina constitucional portuguesa, que tem exercido significativa influência sobre o pensamento jurídico brasileiro em relação a tal temática, o que se percebe é que, de modo geral, os defensores de uma proibição de retrocesso, dentre os quais se destaca José Joaquim Gomes Canotilho, sustentam que, após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos.

Canotilho (1999, p. 131), nesse ponto, assevera que, se tal supressão ocorrer, haverá inequívoca infração ao princípio da proteção da confiança – por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito –, que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão das prestações já alcançado, sendo que essa proibição de retrocesso pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, nesse contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução.

Tessari e Jobim (2021, p. 93) identificam que tal concepção encontrou acolhida na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que, já há algum tempo (Processo nº 6/1983, Acórdão nº 39/1984), declarou a inconstitucionalidade de um ato legislativo que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com a revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que esse direito fundamental deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde.

Os referidos autores (2021, p. 93) concluem que, no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso decorre implicitamente do sistema constitucional, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional: a) o princípio do estado democrático e social de direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral; b) o princípio da dignidade da pessoa humana, que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas e, portanto, de direitos fundamentais sociais – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviolabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; c) o princípio

da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no art. 5º, §1º, da Constituição, que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais; d) a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito que encontram fundamento no art. 5º, *caput*, da Constituição; e) a segurança com um valor fundamental constitucional, que está incluída no elenco dos direitos invioláveis, arrolados no *caput* do art. 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade.

Conclusão

A ausência de pureza no Direito revela que o jurídico coabita com outras dimensões (política, social, econômica). Nem mesmo o processo, que, de modo inicial, é visto como um instrumento técnico e neutro, foge a essa contaminação, mostrando estar carregado de significação política e representar impactos práticos importantes decorrentes de sua repercussão econômica. Nesse ponto, o processo pode ser associado à democracia, justamente porque revela a sua feição política e o seu viés de não apenas solucionador do conflito, mas, antes de tudo, ferramenta para lidar com ele.

O Direito e a Política andam juntos. O próprio processo é concebido como um instrumento estatal para a realização de fins políticos, estabelecendo-se como ferramenta de imunização de diferentes conflitos sociais e jurídicos. A participação do cidadão na sociedade é identificada como um valor democrático inalienável para a legitimidade do processo político, incumbindo à atividade jurisdicional garantir a sua efetiva promoção.

A democracia brasileira enfrenta uma forte crise de representatividade, de legitimidade e de funcionalidade do Poder Legislativo, não sendo o Poder Judiciário apto a efetivar as disposições constantes da Constituição de modo único, surgindo o ativismo como peça fundamental para a concretização do texto constitucional, aproximando, com efeito, o juiz da própria “criação” do Direito.

O Poder Judiciário tem assumido o protagonismo na resolução de conflitos político-sociais (fenômeno da judicialização). A judicialização é vista como uma decorrência do modelo de constitucionalização e do sistema de controle de constitucionalidade adotados, sendo uma circunstância resultante do desenho institucional e não uma opção política do Poder Judiciário.

A judicialização do Direito e das relações sociais, como um fenômeno também marcado pela ampliação do direito humano e fundamental ao acesso à justiça, que tem seu âmbito de proteção ao lado da adequação e da efetividade da tutela, aponta na direção de que inúmeras controvérsias morais, políticas e sociais importantes

estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, que não tem alternativa de se pronunciar ou não sobre a problematização.

Por tudo isso, quanto a temática demande cautela, a discussão sobre a realização do ativismo judicial não revela uma afronta direta à ordem democrática e/ou lesão à separação de Poderes, desde que a sua utilização seja eventual, controlada, de maneira que a atuação mais efetiva do Poder Judiciário represente ganhos em termos de tutela de direitos, reduzindo a falta de segurança e de compromisso sentida com a atuação (ou omissão) dos demais poderes.

Outrossim, a espécie/modelo de jurisdição que atenda aos fins e às exigências do bem comum, adotado pelo sistema processual civil brasileiro, autoriza a prática do ativismo judicial, inclusive para obstar a vedação ao retrocesso de conquistas sociais.

Porto Alegre, 10 de maio de 2020.

The effective judicial protection and the commitment to the political scopes of the process

Abstract: The dissociation between law and politics is not viable, and the process itself is a state instrument for the realization of political ends sometimes located behind legislation. Citizen participation is presented as an inalienable democratic value for the legitimacy of the political process, and the jurisdictional function is responsible for institutionally guaranteeing its promotion. The Judiciary Power has assumed the leading role in the resolution of political and social conflicts, characterizing the judicialization of law and social relations, which has one of its consequences in expanding the human right and fundamental to access to justice, which is one of the perspectives of analysis of the right to judicial protection. This article aims to investigate the relationship between the effective judicial protection and the commitment to the political scopes of the process, notably under the themes of democracy, judicialization and judicial activism. For this, the deductive approach method, the monographic procedure method and the bibliographic and documentary research techniques were used. The process is conceived as a state instrument for the realization of political ends, establishing itself as a tool for immunizing different social and legal conflicts Brazilian democracy faces a strong crisis of representativeness, legitimacy and functionality of the Legislative Power, not being the Judiciary able alone to implement the provisions of the constitutional text, with activism emerging as a fundamental part to achieve the protection of social demands in an effective way, despite its realization, it must be careful not to cause an affront to the democratic order and / or damage to separation of powers. The type/model of jurisdiction that meets the purposes and requirements of the common good adopted by the Brazilian civil procedural system, authorizes to practice judicial activism, including to prevent the regression of social achievements.

Keywords: Democracy. Process. Politics. Judicialization. Activism.

Referências

ALVIM, Teresa Arruda; LINS, Maria Lúcia. *Ação rescisória e querela nullitatis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2022.

ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 205-223.

BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF*. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11. Acesso em: 31 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 225-270.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 864-939, set./dez. 2013.

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, p. 23-50, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC nº 33/2011. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 114-127.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUNN, John. Democracia como espectro, sonho e realidade. In: ASENSI, Felipe Drutra; PAULA; Daniel Giotti de (org.). *Tratado de direito constitucional*: constituição, política e sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 188-196.

FEREJOHN, John. Judicialización de la política, politización de la ley. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n. 184, p. 13-50, 2002.

FERREIRA, Antonio Oneildo. Princípio constitucional do não retrocesso: entre a barbárie e a civilização. *JOTA*, 6 ago. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/princípio-constitucional-do-nao-retrocesso-06082015>. Acesso em: 7 fev. 2023.

GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 88-99, 2015.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. Direitos e democracias: reflexos da democracia deliberativa. In: ASENSI, Felipe Drutra; PAULA; Daniel Giotti de (org.). *Tratado de direito constitucional*: constituição, política e sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 161-175.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; GERVASONI, Tássia Aparecida. Judicialização da política e ativismo judicial: a abertura do processo interpretativo da constituição como mecanismo de democratização da jurisdição constitucional e de participação no tratamento de conflitos. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 14, p. 1-12, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.). *Curso de direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 868-943.

MIARELLI, Mayara Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

RAMOS, Frederico Augusto Blanco. As audiências públicas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da democracia participativa. In: ASENSI, Felipe Drutra; PAULA; Daniel Giotti de (Org.). *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 176-187.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 258, p. 41-58, ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 57, ano 14, out./dez. 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-113.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 737-758, set./dez. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 51-61, 2015.

TESSARI, Cláudio; JOBIM, Marco Félix. O princípio da vedação ao retrocesso social e a denominada jurisprudência da crise: uma mudança de paradigma? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 125, ano 29, p. 91-110, maio/jun. 2021.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. Plenário, Processo n. 6/1983, Acórdão n. 39/1984, publicado no Diário da República Eletrônico n. 104/1984, Série I de 1984-05-05.

VIANNA; Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997.

VIANNA; Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BLANK, Dionis Mauri Penning; TESSARI, Cláudio. A efetividade da tutela jurisdicional e o compromisso com os escopos políticos do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 30, n. 120, p. 125-147, out./dez. 2022. DOI: 10.52028/RBDPRO.V30I120.200504RS.

Recebido em: 10.05.2020

Aprovado em: 24.01.2023