



DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA (R) EVOLUÇÃO EM BUSCA DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL?

Flávia Elaine Soares Ferreira¹

RESUMO

O presente trabalho abordou o ativismo judicial sob a perspectiva de princípios constitucionais e processuais. Preocupou-se, também, com a análise de posicionamentos ativistas, levando-se em consideração a possibilidade de choque entre funções do Estado garantidas pela Constituição de 1988 e asseguradas pelo Estado Democrático de Direito. Esta pesquisa teve como fundamento a efetivação dos direitos, analisando-se a atual função da jurisdição. Desse modo, embora um posicionamento mais ativista possa ser mal aplicado e afrontar os poderes constituídos, fundamento de severas críticas doutrinárias, pode ser a forma mais célere de efetivação da jurisdição.

Palavras-chave: Processo. Efetividade. Ativismo.

ABSTRACT

This study addressed the judicial activism from the perspective of constitutional principles and procedures. It has also been concerned with the analysis of placements activists, taking into account the possibility of collision between the state functions, guaranteed by the Constitution of 1988 and secured the democratic rule of law. This research was predicated on the realization of rights, analyzing the actual role of jurisdiction. Thus, although a more activist position can be misapplied and defy the powers that be, the doctrinal basis of severe criticism, can be the fastest way of effective jurisdiction.

Key words: Process. Effectiveness. Activism.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal promulgada em 1988 ficou conhecida como Constituição Cidadã, haja vista que trouxe extenso rol de garantias fundamentais, objetivando a proteção do cidadão brasileiro em face de arbítrios estatais praticados no período ditatorial.

Além dos diversos direitos e garantias trazidas pelo Texto Constitucional, referido diploma normativo se preocupa com a efetivação destes direitos através de alguns princípios processuais explícitos e outros implícitos.

O legislador constitucional reformador, recentemente, demonstrou preocupação com a duração dos processos, o que ensejou na edição de uma emenda constitucional² que acrescentou ao texto a celeridade processual com a finalidade de efetivação do direito em tempo hábil. A importância do ativismo judicial no estudo do direito processual é

¹ Advogada Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos, Graduada em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos – e-mail: flaviaesf@hotmail.com, Especialista em Direito Civil Contemporâneo e Direito Processual Civil pelo INBRAPE, Especializanda em Direito Constitucional pela UNESA.

² Trata-se da Emenda Constitucional número 45 de 2004, conhecida como Reforma do Judiciário, que acrescentou ao artigo 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, para tratar da razoável duração do processo como sendo um direito reconhecido aos litigantes. Tal emenda trouxe diversas mudanças, como por exemplo, em relação à competência e até mesmo fiscalização dos órgãos do Judiciário, criando o CNJ (Conselho Nacional de Justiça).



ARTIGO DE REVISÃO

contemporânea, haja vista que o posicionamento do Judiciário é hoje o que determina a efetivação dos direitos assegurados, mas nem sempre aplicados.

A inércia do Judiciário pode, por vezes, significar a distribuição de injustiças, objetivo inverso de sua finalidade.

O desenvolvimento deste trabalho surgiu através de uma análise doutrinária, bem como de algumas decisões proferidas que demonstram um posicionamento cada vez mais ativista do Judiciário.

Objetivou-se entender o significado do ativismo judicial, a aplicação deste à realidade, e compreender referido posicionamento numa perspectiva em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

A citação de decisões judiciais que demonstram o ativismo foi fundamental para demonstrar a efetiva aplicabilidade deste posicionamento e a importância deste na efetivação de direitos.

O posicionamento mais efetivo do Judiciário é garantia da aplicação de direitos, e mais ainda, da aplicação efetiva de direitos fundamentais.

A evolução atual do Direito Processual Civil nos mostra a finalidade primordial de garantir o acesso à Justiça, além da razoável duração do processo. Haja vista que um processo que demora em aplicar o direito pode causar mais injustiças do que a ausência da jurisdição.

Uma jurisdição sem efetividade é questão de ordem pública. De nada adianta as diversas conquistas que possibilitaram o acesso à Justiça, se esta, não é efetiva.

DO ATIVISMO JUDICIAL

O significado da terminologia seria no sentido de uma postura mais ativa e efetiva do juiz de direito que, com sua atuação, pretende dar maior aplicabilidade às normas.

Acerca do posicionamento ativista, há crítica doutrinária no sentido de que referido posicionamento, por vezes, afrontaria a separação dos poderes, e, até mesmo, seria postura que faria sobressaltar o judiciário, frente aos demais poderes constituídos.

Nesse sentido, afirma Dworkin (1999, p. 451/452):

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Seguindo a nova interpretação constitucional, o ativismo judicial teria a função de dar maior eficácia às normas constitucionais. Diferentemente do pensamento inicial, crítico, que visualizava a postura ativista como afronta ao Estado Democrático de Direito, o ativismo pautado nos princípios constitucionais e com o objetivo de dar efetividade aos mesmos não afrontaria o Estado Democrático de Direito.

A postura ativista por parte do Judiciário nem sempre significa que haja afronta à separação dos poderes, mas que este resolva a lide a ele submetida, função da jurisdição, motivo pelo qual não há afronta ao Estado de Direito, pior seria se o judiciário, ainda que



acionado, se mantivesse inerte, em postura similar ao Legislativo ou Executivo, dependendo do caso em análise.

Afinal, deve socorrer-se ao judiciário aquele que não vê alternativa para solução de seus conflitos.

O neoconstitucionalismo é uma nova forma de compreensão e interpretação do direito constitucional. Tal movimento é decorrente de um processo histórico de conquista e consolidação dos direitos fundamentais e também da institucionalização do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que durante a segunda guerra mundial, os Estados Totalitários realizaram diversos absurdos e afrontas à dignidade básica dos seres humanos.

Na referida época, os descasos cometidos estavam revestidos sob o manto da legalidade, haja vista que as normas que passavam por processos legislativos eram consideradas legais e aptas à produção de efeitos, independentemente do conteúdo normativo.

Este sistema normativo pode ser visualizado nas idéias de Kelsen (2000), quando referido autor menciona a existência de dois tipos de sistemas normativos analisados conforme a natureza da norma fundamental, assim sendo: os sistemas estáticos e os sistemas dinâmicos de normas.

No sistema estático, as normas seriam consideradas válidas, caso seu conteúdo estivesse de acordo com a norma fundamental. Já no sistema dinâmico, as normas eram válidas caso fossem provenientes do sujeito autorizado pela norma fundamental para produção de referidas normas.

Após a derrota dos regimes totalitários, surgiu a necessidade da criação de um catálogo de direitos e garantias fundamentais com o objetivo de evitar abusos do Estado.

A superação do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito, resultou da compreensão de que o direito deve ser compreendido dentro das respectivas relações de poder, sendo intolerável que, em nome da "vontade do legislador", tudo que o Estado fizesse fosse legítimo. (CAMBI, 2007, p.4)

O que legitimaria a vontade da lei seria o fato de que o Legislativo é representante do povo e legitimado para tanto.

Conforme as lições de Marinoni (2005), uma legislação que representasse a vontade geral deveria pressupor a existência de uma sociedade sem desigualdades. Daí percebe-se que a lei não representaria a vontade geral. No entanto, eram consideradas válidas e legítimas. Desse modo, representariam uma vontade política, qual seja a vontade do grupo mais forte no parlamento.

Assim, o objetivo do neoconstitucionalismo pode ser visto como a reaproximação do direito com a ética.

Não basta uma norma que respeita os aspectos formais no momento de sua elaboração, mas deve possuir um conteúdo que esteja de acordo com os valores veiculados na Constituição. Além disso, “há hoje a aplicação do neoconstitucionalismo em todo e qualquer processo de produção de normas” (DIDIER JR., 2009, p. 29) em que haja relações de poder como gênero.

Quanto ao aspecto filosófico, o neoconstitucionalismo seria um equilíbrio existente entre as idéias que o precederam.

Assim, segundo Barroso (2003. p. 3): “O Neoconstitucionalismo é uma expressão do pós-positivismo jurídico. Esta escola da filosofia do direito buscou encontrar



uma posição intermediária entre duas correntes que lhe precederam: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico”.

Enquanto que no período conhecido como Jusnaturalismo, a preocupação do intérprete de Direito com as normas, era de cunho moral e, até mesmo metafísico, haja vista que as normas deveriam ser seguidas, simplesmente em razão da natureza humana.

Referido posicionamento por vezes causou muita desigualdade, sob o manto da natureza humana. Assim, esta teoria, hoje, é criticada por pressupor uma única idéia de justiça, universal e atemporal.

Cada época histórica tem a sua imagem ou a sua idéia de justiça, dependente da escala de valores dominantes nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo. (REALE, 2002, p.375)

Em posição diametralmente oposta ao jusnaturalismo, o positivismo jurídico considera a existência de um sistema puro de normas. Este sistema pode ser analisado na obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, na qual há diferenciação de direito e valor, em nome de uma técnica.

O raciocínio silogístico propugnado por Kelsen (2000) distanciava cada vez mais o direito dos valores, que por serem vagos, não deveriam ser aplicados.

Como herança do positivismo, tem-se a ideia de sistema posto de normas que existem para serem obedecidas. Em razão do excesso positivista, ocorre a reaproximação do direito aos valores morais e éticos.

A inserção de princípios em nosso ordenamento foi de importância salutar para tal reaproximação, em razão destes possuírem maior abstração e, por isso, permitirem ao intérprete a análise no caso concreto numa ideia de justiça.

A Emenda Constitucional número 45/2004 nos trouxe a chamada Reforma do Judiciário que, como principal característica, fez surgir a chamada súmula vinculante, com finalidade de desafogar o judiciário em relação às decisões já pacificadas e votadas em quórum de dois terços.

Apenas o Supremo Tribunal Federal tem o poder de editar referida súmula, que possui eficácia vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a todas as esferas da administração pública.

A edição de tal súmula deve estar pautada nos requisitos exigidos pela legislação para que não haja afronta à separação dos poderes, bem como evitar a possibilidade de o Supremo exercer o papel do Legislativo, ou atividade tipicamente política, como já ocorreu no caso da súmula das algemas (Súmula Vinculante n.º 11), posto que nesta a inexistência de reiteradas decisões acerca do tema, critério salutar para a edição de referidas súmulas, é a crítica quanto à sua edição. É nesse sentido a posição da doutrina, vez que segundo esta, a súmula vinculante 11 não respeitou um critério de sua edição.

Veja-se o enunciado da Súmula Vinculante n.º 11:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.



Outra inovação é a trazida pela Lei 11.276, de 07/02/2006, na qual houve a introdução do § 1º ao art. 518 do Código de Processo Civil, estabelecendo que o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Este dispositivo é conhecido pela doutrina como súmula impeditiva de recursos.

Referido dispositivo, que fora mais tarde regulamentado pela Lei 11.418/06, demonstra mais um tipo de súmula impeditiva de recursos, a súmula de repercussão geral.

A súmula de repercussão geral é uma súmula impeditiva de recursos, porém restrita ao recurso extraordinário. Para que seja editada uma súmula de repercussão geral, o plenário do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação de incidente de análise de repercussão geral, deverá sedimentar sua decisão com a edição dessa súmula, que receberá numeração própria (assim como a súmula vinculante).

Introduziu-se, também, a chamada repercussão geral como critério para admissibilidade do recurso extraordinário, conforme dispõe o art. 102, § 3º, da Constituição Federal.

A finalidade almejada seria a possibilidade de desafogar o Judiciário, contudo sem prejudicar a manutenção do duplo grau de jurisdição e o acesso à justiça. Ressalvada as críticas doutrinárias, no sentido de que o duplo grau de jurisdição não seria obrigatório, posto que, se levado ao pé da letra, tal princípio exigir-se-ia que toda sentença, deveria ser reexaminada por órgão superior do poder judiciário.

Chiovenda, citado por Marinoni e Arenhart (2007, p. 49), afirma que a origem do duplo grau se deu da seguinte maneira:

[...] não se conhecia, nos tempos primeiros, a pluralidade de instâncias; então, administrava diretamente a justiça o povo ou o rei. Quando, em lugar do povo, passaram a sentenciar determinados juízes, a tendência de quem perdia era lastimar-se do insucesso, exacerbado, ademais, pela efetiva possibilidade de erro e pela má-fé, assumiu, conforme o lugar, forma de um ataque pessoal aos juízes ou procurou estorvar, por outros meios, a execução da sentença. Com a instituição, porém, da hierarquia própria dos regimes monárquicos, afigurou-se natural que a sentença do funcionário dependente sofresse impugnação perante o superior, até o rei, a quem todos respondia. Daí uma série, freqüentemente numerosa, de instâncias: conflitos, questões, inconvenientes ao infinito.

Outros doutrinadores asseguram que tal instituto estaria presente em nosso ordenamento como decorrência do devido processo legal.

Nesse sentido é o entendimento de Sarlet (2007, p. 105):

Com efeito, não restam dúvidas de que, sob o título de direitos decorrentes, o Constituinte reconheceu - como já frisado - expressamente a possibilidade de se deduzirem novos direitos fundamentais (no sentido de não expressa ou implicitamente previstos), com base no regime e nos princípios da Constituição.

A possibilidade de uma desvalorização do juiz de primeiro grau é criticada pela doutrina, pois, em determinados casos se considera que a sentença seria mero procedimento para se chegar ao segundo grau, momento em que a decisão passaria a surtir efeitos, críticas



ARTIGO DE REVISÃO

que estão amparadas, especialmente, na regra geral do duplo efeito (devolutivo e suspensivo)³, concedido à apelação.

Assim, os recursos não seriam indispensáveis em todos os casos, mas tão somente quando as decisões afrontariam o direito, uma vez que a simples protelação da eficácia de uma decisão judicial se torna má-fé processual e deve ser punida segundo os ditames do Código de Processo Civil.

Esse tem sido o posicionamento dos tribunais superiores, que entendem que o duplo grau de jurisdição deve estar garantido somente quando a Constituição assim assegura, de forma a possibilitar a produção imediata dos efeitos da sentença. E não como forma de protelar a eficácia da decisão judicial.

O sistema recursal, da maneira que é manejado pelos operadores do Direito, nos leva ao absurdo de ser preferível uma decisão interlocutória, que de imediato passará a produzir os efeitos, tendo em vista que o recurso de agravo de instrumento tem como exceção a possibilidade de se conceder o efeito suspensivo⁴, diferentemente da apelação, na qual referido efeito é a regra. Seguindo esse raciocínio, a sentença, teria menos eficácia jurídica do que a decisão interlocutória.

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 601.832 o Supremo afastou a tese que defendia o duplo grau obrigatório em razão da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José, da Costa Rica). Nesse sentido, demonstra a ementa do julgado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao

³ O efeito devolutivo devolve ao tribunal a matéria recorrida, enquanto que o efeito suspensivo suspende os efeitos da decisão de primeiro grau até que seja julgado o recurso.

⁴ O efeito suspensivo no agravo de instrumento será concedido quando ficar comprovado o perigo de dano.



ARTIGO DE REVISÃO

recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas. 6. Agravo regimental improvido (grifo do autor).

Assim, é correto afirmar que não há obrigação de se estabelecer um duplo grau em toda e qualquer hipótese, lembrando-se que tal garantia seria implícita em nossa Constituição Federal e, decorrente do devido processo legal.

Desse modo, o duplo grau de jurisdição não é indispensável levando-se em conta inclusive outra garantia constitucionalmente assegurada, qual seja, a garantia de duração razoável do processo, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

As diversas reformas que vêm alterando nossos diplomas legais têm, sobretudo, a finalidade de conceder o acesso mais célere ao Judiciário. Nesse sentido, podem-se notar a reforma no Código de Processo Civil que possibilitou a tutela antecipada, e a inclusão na Constituição Federal como garantia fundamental, a razoável duração do processo.

Posicionamento ativista verificado na eficácia das políticas públicas conseguidas pela politização do Judiciário

O papel do Judiciário brasileiro está cada vez mais focado na aplicação dos direitos fundamentais, desse modo, pode-se visualizar a influência e até mesmo a “elaboração” de políticas públicas pelo Poder Judiciário, que até então estavam restritas ao âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal postura é muito criticada, pois, tecnicamente, estaria havendo afronta aos poderes constituídos, ou seja, o Judiciário estaria adentrando às demais esferas de poder. Ao determinar mediante decisão judicial a entrega de um medicamento não fornecido pelo Sistema Único de Saúde haveria afronta ao Poder Executivo, a quem cabe disponibilizar e organizar protocolos de tratamento, e ao Poder Legislativo, a quem compete a missão de disponibilizar as verbas orçamentárias.

O processo de judicialização é proveniente da terceira onda renovatória⁵, em razão de que os direitos outrora conquistados devem ser agora efetivados; assim, o Judiciário seria investido da capacidade de interpretar o conteúdo constitucional, daí, nota-se a influência da Constituição nas relações privadas, indo além de suas funções típicas, de aplicação da lei ao caso concreto, mas aplicando a norma de acordo com os princípios constitucionais.

⁵ Segundo os ensinamentos de Cappelletti (1988): a primeira onda dirige-se à garantia do acesso à Justiça às pessoas mais pobres. A Lei da Gratuidade de Justiça (Lei 1.060/50) pode ser apontada como o primeiro instrumento destinado a possibilitar o acesso dos pobres ao Judiciário.

A segunda onda renovatória se associa à ruptura da noção de conflitos individualistas que marcavam o Direito. As demandas ficaram conhecidas como coletivas (referindo-se aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos). Surge daí, as ações especificamente destinadas à tutela de direitos e interesses de natureza coletiva. No Brasil, tem-se como exemplo de legislação coletiva a referente à Ação Popular (Lei 4.717/65) e à Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

A terceira onda renovatória do Acesso à Justiça determina a busca por uma concepção mais ampla de acesso à Justiça, por meio de reformas internas na legislação processual que tem a finalidade de tornar a Justiça mais efetiva. É com este fundamento que nascem os Juizados Especiais (Leis nº 9.099/95 e 10.259/01), que visam a simplificar a prestação jurisdicional, Possibilitando um acesso mais efetivo e célere.



ARTIGO DE REVISÃO

Assim, o papel do juiz da atualidade vai além do papel de um juiz do século passado. O que influi também na preparação humana dos novos juízes, incluindo-se matérias como sociologia e filosofia nos concursos, exatamente na tentativa de humanizar a figura do magistrado que não deve se focar, exclusivamente, na aplicação da lei, mas aplicá-la da forma mais eficaz, e que vá solucionar o conflito e, não como uma simples resolução silogística e matemática de subsunção do fato à norma.

Pode-se verificar que houve uma explosão de litígios, pois o Judiciário tornou-se mais acessível à grande parte da população, com a instalação das defensorias públicas e campanhas de conscientização.

O ativismo judicial tem sido questionado em relação às suas finalidades e possíveis conseqüências e é resultado inclusive da força normativa da Constituição, propugnada por Konrad Hesse. Nesse sentido, afirma Valle (2009, p. 36): "A constitucionalização do Direito e a ênfase na efetividade do Texto Fundamental foram fatores determinantes para se ampliar a judicialização no cotidiano".

Atualmente, o Poder Judiciário possui participação mais ativa na efetivação dos direitos sociais. Contudo, o que muito se discute é se o ativismo judicial é decorrente da vontade do magistrado de influenciar na realização de política pública (o que afrontaria a separação dos poderes) ou cumprir seu papel de aplicar o direito quando acionado.

A terminologia ativismo judicial é mais utilizada como crítica por aqueles que não concordam com tal posicionamento ativo do Judiciário, enquanto que deveria ser entendido como parte do processo de efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, a aplicação do ativismo judicial como forma de efetivação dos direitos sociais precisa ser compreendida quando analisada conforme a ordem constitucional de 1988 e sua preocupação com a justiça social e a atual hermenêutica constitucional.

Mudança de posicionamento: o ativismo do Supremo na aplicabilidade dos efeitos do Mandado de Injunção e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão

Em relação aos direitos e garantias fundamentais, há direito subjetivo outorgado pela Constituição investindo o indivíduo no poder jurídico de exigir a criação da norma que dê aplicabilidade aos preceitos contidos na Constituição.

A omissão inconstitucional pode ser absoluta ou relativa. No caso da omissão absoluta, há um completo vazio normativo, enquanto que no caso da omissão relativa, há uma atuação incompleta do Poder Público na regulamentação ou operacionalização do preceito constitucional.

Para tanto, existem duas formas de controle jurisdicional das omissões inconstitucionais no Direito brasileiro: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é processo objetivo, concentrado de guarda do ordenamento constitucional, afetado por lacuna normativa ou pela inexistência de ato normativo ou administrativo, insatisfatório ou insuficiente.

Por outro lado, segundo dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º inciso LXXI: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".



ARTIGO DE REVISÃO

Referido remédio constitucional deve ser proposto perante o Supremo Tribunal Federal quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 102, I, q).

Nas hipóteses em que a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (Constituição Federal art. 105, I, h), o mandado de injunção será interposto perante o Superior Tribunal de Justiça.

O julgamento de mandado de injunção também pode estar na competência do Tribunal Superior Eleitoral que deverá julgá-lo, em grau de recurso, quando este tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral, conforme art. 121, § 4º, inciso V da Carta Magna. Em relação aos efeitos do mandado de injunção, os mesmos dependem da posição majoritária adotada no Supremo Tribunal Federal, ou seja, uma posição concretista ou uma posição não concretista.

De acordo com a posição concretista, o Judiciário, ao acolher o mandado de injunção deve, além de declarar a omissão legislativa ou administrativa, emitir decisão com a finalidade de atender ao caso concreto independente de qualquer regulamentação.

Em sentido diametralmente oposto, a posição não concretista defende a tese de que no julgamento do mandado de injunção não deve haver criação jurisprudencial do direito, ainda que dentro de um caso concreto, mas que a finalidade seria, apenas, comunicar a mora inconstitucional para que o poder competente realizasse sua função.

Na visão de Moraes (2008), a posição concretista será dita geral quando a decisão for *erga omnes*; enquanto que será denominada individual quando seus efeitos cingirem-se às partes do caso concreto (*inter partes*); por outro lado, será direta quando regular o caso concreto independentemente de regulamentação legal e será considerada intermediária quando designar prazo para a elaboração da norma faltante.

Importante salientar que os institutos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se confundem. Em comum, existe a falta de norma reguladora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A ação de inconstitucionalidade por omissão somente pode ser proposta pelos entes arrolados no art. 103 da Constituição Federal⁶, enquanto que o mandado de injunção

⁶ Art. 103 Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.



ARTIGO DE REVISÃO

pode ser impetrado por qualquer pessoa, que acredite ter seu direito subjetivo prejudicado por falta de norma regulamentadora. Os efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão são *erga omnes*, enquanto no mandado de injunção são *inter partes*.

Contudo, a posição adotada pelo Supremo em alguns julgamentos demonstrou que os efeitos do mandado de injunção podem ser os mesmos da ação de inconstitucionalidade por omissão, tal qual previsto no art. 103, § 2º da Constituição Federal, anulando a diferença entre institutos tão diversos.

Quanto às diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre os efeitos da decisão no mandado de injunção, estas podem ser sintetizadas nos seguintes grupos, a partir da sistematização de Lenza (2010):

a) Posição concretista geral: através da normatividade geral, o Supremo “legisla” no caso concreto, produzindo a decisão efeitos *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa pelo Poder Legislativo;

b) Posição concretista individual direta: a decisão que efetiva o direito valerá somente para o autor do mandado de injunção, diretamente;

c) Posição concretista individual intermediária: julgado procedente o mandado de injunção, o Judiciário fixa ao Legislativo prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Poder Legislativo, o autor passa a ter assegurado o direito.

d) Posição não concretista: predominante por muito tempo no Supremo, a decisão apenas decretaria a mora do poder omisso, reconhecendo-se formalmente a sua inércia.

A partir do julgamento dos mandados de injunção referentes à regulamentação do direito de greve no serviço público, tendo em vista a inexistência até aqui de lei regulamentando o art. 37, VII, da Constituição Federal, o Supremo mudou seu entendimento da posição não concretista para a consagração da posição ou teoria concretista geral.

Com a evolução da jurisprudência, o Supremo começou, então, a admitir que, caso atribuído um prazo para que o Poder Público sanasse a omissão por meio da atuação do órgão legislativo e, decorrido este prazo, se a omissão inconstitucional não fosse sanada, o Poder Judiciário poderia dar aplicabilidade à norma. O caso que representou pela primeira vez esta tendência é que foi julgado no MI 283 do Supremo Tribunal Federal, cujo Relator foi Sepúlveda Pertence, que por isto é considerado pela doutrina como *leading case*:

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



ARTIGO DE REVISÃO

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

Desta forma, o Supremo superou restrições existentes à efetividade do mandado de injunção e reconheceu que a separação de poderes deve ser mitigada sempre que uma interpretação rígida do princípio implique na frustração dos princípios e regras inscritos na Constituição da República, esse posicionamento mais efetivo pode ser notado também nos julgamentos dos Mandados de Injunção números 439 e 429.

Mudança de posicionamento que pode representar uma aproximação do Sistema da *Civil Law* ao sistema da *Common Law*

O posicionamento que vem sendo adotado pelo Judiciário brasileiro é mais ativista, na tentativa de dar eficácia aos direitos assegurados pelo ordenamento. Esse ativismo pode ser verificado também na importância que vêm sendo dada aos precedentes judiciais, ressalte-se a existência da súmula vinculante e a exigência da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que visam dificultar o acesso aos tribunais superiores, possibilitando que tal acesso seja dado quando efetivamente exista controvérsia judicial. Pode-se dizer que estas características demonstram que o Brasil tem se aproximado do sistema da *Common Law*, sistema no qual os precedentes judiciais têm força normativa.

Considerando que a Emenda Constitucional nº. 45/2004 esteve em tramitação no Congresso por aproximadamente 10 anos e que houve a criação da súmula vinculante que surgiu com o objetivo de desafogar o Judiciário, muito embora possa engessá-lo, pois o juiz pode até descumprir a lei se, ao analisar o caso concreto, entender que tal lei não o resolve, mas não pode descumprir a súmula vinculante, pois esta é de observação obrigatória e o seu descumprimento enseja Reclamação no Supremo.

Surge daí a crítica do professor Cassio Scarpinella no I Congresso Estácio de Direito Contemporâneo realizado no dia 05/11/2010, no sentido de que, na forma na qual foi criada a súmula vinculante afrontaria o princípio do juiz natural e do livre convencimento motivado, princípios basilares do Estado de Direito.



ARTIGO DE REVISÃO

Mais uma vez, o Brasil importou um instituto, o dos precedentes, e tentou adaptá-lo ao nosso ordenamento sem atentar que tal instituto destoa, ainda, da realidade fática. Uma vez que está sendo utilizado com finalidade política, veja as inúmeras súmulas vinculantes já editadas sem que tenham o caráter de demandas repetitivas, destoando, desse modo, do próprio fundamento de criação.

Esse período de transição para o sistema da Common Law pode ser visualizado na força que os precedentes judiciais vêm disseminando sobre as demandas, ainda que não vinculativa, mas com força argumentativa. Importante salientar que o sistema da Common Law vincula pela fundamentação, enquanto que a Súmula Vinculante vincula pela literal disposição, o que em muitos casos pode facilitar a má aplicação.

Tal transição ainda tem um longo caminho a percorrer, até que se estabilize a utilização dos precedentes e até mesmo da repercussão geral, que tem a finalidade de blindar o Supremo, até mesmo porque, como guardião da Constituição, não tem como função o julgamento em massa de muitos recursos que outrora chegavam à referida corte em razão da má utilização do sistema recursal brasileiro, na qual muitos preferem ganhar tempo a resolver o litígio.

Alteração promovida pela Emenda Constitucional nº. 66/2010: a emenda do divórcio, que demonstra posicionamento ativista do judiciário

O direito de família está se desapegando aos conceitos ultrapassados de outrora, a prova da culpa para o rompimento da vida comum não é mais considerada fundamental para o decreto da separação do casal, ainda que não haja culpa de algum dos cônjuges, o Estado não tem o direito de intervir nas relações familiares a tal ponto de forma a obrigar a manutenção do casamento.

A edição da Emenda Constitucional nº. 66/2010 veio ao encontro das alterações sociais que exigiam a extinção do prazo de conversão de separação judicial em divórcio ou da separação de fato, que em razão da velocidade de transformação das relações humanas transformou a exigência de prazo para o divórcio direto e para a conversão, em regramento ultrapassado.

A existência de muitas famílias recombinações tumultuava as relações sociais, pois muitos embora legalmente casados, alguns mantinham união com outros companheiros, aguardando o prazo para o divórcio para contraírem novo casamento. A exigência destes prazos causava muitos problemas patrimoniais, entre outros.

Com a publicação da emenda surgiram novas dúvidas doutrinárias: como ficaria a aplicabilidade da norma no que consiste à ausência de revogação das disposições que tratam acerca da separação judicial? A separação judicial teria sido extinta? Ainda permanece a possibilidade de conversão de separação em divórcio?

Muito se questionou acerca da efetividade da emenda, com fundamento de que nada se mencionou em relação aos processos que estavam em curso.

Desse modo, a aplicabilidade da mesma ficou sujeita à interpretação dos juízes de Direito que, na maioria dos casos, optaram por dar aplicabilidade imediata à emenda desde que as partes não se opusessem ao divórcio direto.

Nesse sentido, preleciona Pablo Stolze (2010, p. 11):



ARTIGO DE REVISÃO

Deverá o juiz oportunizar à parte autora (no procedimento contencioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária), mediante concessão de prazo, a adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em requerimento de divórcio. Nesse particular, não deverá incidir a vedação constante no art. 264 do CPC, segundo o qual, “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”. Isso porque não se trata de uma simples inovação de pedido ou da causa de pedir no curso do processo, em desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva e da cooperatividade, que impedem seja uma das partes colhida de surpresa ao longo da demanda. De modo algum. O que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do devido processo civil constitucional.

Caso se recusem, ou deixem transcorrer o prazo concedido *in albis*, deverá o magistrado extinguir o processo, sem enfrentamento do mérito, por perda de interesse processual superveniente (art. 264, VI, CPC).

Certamente haverá os que defendam a extinção do feito, neste caso, por impossibilidade jurídica do pedido (de separação). Mas, por coerência com o nosso pensamento anterior, no sentido da manutenção do status quo daqueles já separados judicialmente, reputamos mais lógico e razoável compreendermos, na hipótese, a ocorrência de uma perda superveniente de interesse processual. Até porque, quando da formulação do pedido, existia a sua possibilidade jurídica. Mas, sob um fundamento ou outro – pouco importa – o processo será extinto sem resolução do mérito. Se, entretanto, dentro no prazo concedido, realizarem a devida adaptação do pedido, recategorizando-o, à luz do princípio da conversibilidade, como de divórcio, o processo seguirá o seu rumo normal, com vistas à decretação do fim do próprio vínculo matrimonial, na forma do novo sistema constitucional inaugurado a partir da promulgação da Emenda.

Tal posicionamento coaduna-se com os princípios da efetividade e celeridade processual tendo como fundamento a ausência de prejuízo às partes e até mesmo o princípio da isonomia, considerando que os processos que foram distribuídos após a publicação da emenda se sujeitariam a seu regramento, e aqueles que foram distribuídos dias antes não. Assim, os magistrados entenderam por bem designar prazo para as partes se manifestarem a respeito.

Alguns críticos entendem que as partes ainda possuem o direito à separação judicial; tal entendimento vai à contramão da efetividade da emenda e sua aplicabilidade imediata, que de nenhuma forma prejudica o interesse dos envolvidos, apenas soluciona o conflito de interesses mais rápido.

O instituto do divórcio é mais vantajoso que o da separação, pois, na separação, há somente a dissolução da sociedade conjugal, ou seja, põe-se fim a determinados deveres decorrentes do casamento como o de coabitação e o de fidelidade recíproca. Nesse sentido, o art. 1576 do Código Civil: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”.

Por outro lado, no divórcio, o vínculo matrimonial é desfeito, possibilitando-se novas núpcias. Desse modo extingue-se o vínculo de uma vez, sem a exigência de lapso temporal, que, por vezes, dificultava ainda mais a vida das partes.

Ressalta o professor Pablo Stolze (2010, p. 9):



ARTIGO DE REVISÃO

E o fato de a separação admitir a reconciliação do casal – o que não seria possível após o divórcio, pois, uma vez decretado, se os ex-consortes pretendessem reatar precisariam se casar de novo – não serve para justificar a persistência do instituto, pois as suas desvantagens são, como vimos acima, muito maiores.

Nessa linha, a partir da promulgação da Emenda, desapareceria de nosso sistema o instituto da separação judicial e toda a legislação, que o regulava, sucumbiria, por conseqüência, sem eficácia, por conta de uma inequívoca não-recepção ou inconstitucionalidade superveniente. Note-se, no entanto, que as pessoas já separadas ao tempo da promulgação da Emenda não podem ser consideradas automaticamente divorciadas.

Aliás, este entendimento, a par de gerar grave insegurança jurídica, resultaria no desagradável equívoco de se pretender modificar uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época da sua constituição, sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas.

E quanto ao prazo de separação para conversão em divórcio, que era considerado como prazo de amadurecimento da ideia, tal mister, mais uma vez, não compete ao Estado e sim às partes envolvidas, se as mesmas desejarem reatar, podem novamente casar.

Inserção de um posicionamento mais ativista do Judiciário no Projeto do novo Código de Processo Civil

O projeto de Lei nº. 166/2010, em trâmite no Senado Federal, trata da criação do novo Código de Processo Civil. Tem como maior finalidade a celeridade processual, com o objetivo de desafogar o judiciário, motivo pelo qual traz algumas alterações no processo de conhecimento, concede maiores poderes ao juiz, altera parte do sistema recursal e dá maior aplicabilidade às soluções alternativas de conflitos.

A criação de um novo código que tenta se adaptar à fase pós-positivista é elogiada em razão das diversas alterações que o atual Código já sofreu, e que, por isso, muitos artigos ficaram contraditórios. Porém, é criticada pela maneira como o projeto de lei pretende alterar a atual legislação.

De acordo com referido projeto, o juiz ganha mais força para modular o processo e o procedimento, teria ampla liberdade para dispor das medidas de urgência, ainda que a parte não tenha feito tal requerimento. Poderia, ainda, dispor sobre o ônus da prova e, de acordo com o caso concreto, invertê-lo desde que motivadamente e sem afrontar o contraditório e a ampla defesa.

Salientando-se assim, uma postura mais ativista do juiz, que deve aplicar o direito de forma mais célere, desde que fundamentada, objetivando evitar afrontas ao princípio da ampla defesa.

A maior limitação aos poderes dos juízes seria feita pelos precedentes judiciais que ganham cada vez mais força. Desse modo, o juiz teria ampla liberdade quanto ao fato, porém não quanto ao direito.

Com a finalidade de aproveitamento processual, o art. 10 do PL nº. 166/2010 preceitua que: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”. Desse modo, tal dispositivo dispõe que o juiz não pode decidir sobre qualquer questão, ainda, que de ordem pública sem ouvir as partes. E, quando decidir, deverá fundamentar sempre, segundo o



ARTIGO DE REVISÃO

enunciado do art. 11: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

O projeto de lei que estaria sendo votado para ser publicado ainda este ano, dificilmente seguirá tal ritmo, considerando que referido projeto sofre graves críticas, especialmente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo que publicou manifesto contra referido projeto recentemente. Desse modo, dificilmente pode-se falar em um novo Código de Processo Civil ainda este ano, sem se considerar o período da “*vacatio legis*”.

Nesse sentido é a crítica emanada pelo professor Antônio Cláudio da Costa Machado no manifesto contra o projeto: “O projeto não conta com seis meses de vida e pode ser aprovado por um Senado em final de legislatura que nem tempo teve para discutir e debater assuntos tão importantes para os direitos e liberdades dos brasileiros”.

O manifesto publicado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo repudia o projeto de lei em diversos aspectos, argumentando, sobretudo, que tal projeto, ao conceder excessivos poderes ao magistrado, afrontaria o Estado Democrático de Direito, além do fato de que, a elaboração de um novo código não seria conveniente.

Desse modo, necessário se faz transcrever boa parte do manifesto:

A justificativa central da elaboração deste manifesto é a crítica à necessidade e à conveniência da elaboração de um novo Código de Processo Civil.

(...) Alijada do efetivo e cuidadoso debate sobre a oportunidade de criação de um novo CPC, a classe dos advogados se vê surpreendida pela possibilidade de que o Projeto n. 166/2010 seja aprovado pelo Senado Federal até dezembro, o que se mostra inusitado em nossa história democrática: um projeto da grandeza e importância como a de um CPC – apresentado há poucos meses – ser aprovado pelo Senado SEM A DEVIDA MATURAÇÃO DEMOCRÁTICA.

Este grave fato, no entanto, não nos impede de reconhecer que das dezenas de propostas surgidas, muitas parecem realmente interessantes e bem que poderiam constituir – não sem antes passar pelo crivo da discussão, evidentemente – um projeto de mais uma LEI DE REFORMA DO CPC vigente, mas NÃO DE CRIAÇÃO DE UM NOVO CPC, até porque é de todos, sabido que a ineficiência da Justiça brasileira, na seara civil, não decorre diretamente dos defeitos das leis do processo, mas principalmente da inadequada gestão do Poder Judiciário, da administração imperfeita que circunda os nossos fóruns e tribunais. Eis a razão pela qual teria sido importante abrir espaço para a discussão e o debate prévios acerca da alteração do sistema do processo civil brasileiro como um todo.

Antes de se pensar em um novo diploma processual, devemos nos ocupar, no mínimo, com sete problemas que emperram nosso Judiciário e que nada têm a ver com os defeitos do CPC.

1. Ausência da vontade política para criar um Judiciário eficiente;
2. Falta de investimento de recursos orçamentários para o aparelhamento da Justiça;
3. Falta de informatização completa dos órgãos jurisdicionais e administrativos do PJ;
4. Falta de capacitação, motivação e remuneração do pessoal da Justiça.
5. Número relativamente baixo de juízes;
6. Falta de capacitação específica dos nossos magistrados para administrar cartórios e secretarias;
7. Ausência de padronização da rotina administrativo-cartorária;

Parece-nos uma grande ilusão achar que será possível mudar a realidade da nossa Justiça Civil, do dia para a noite, apenas com alterações da disciplina processual, sem que enfrentemos decisivamente as grandes questões administrativas subjacentes, salvo, é claro, se partirmos para a criação de um processo do tipo autoritário como o



ARTIGO DE REVISÃO

que vem sendo desenhado e que permite ao órgão jurisdicional a adaptação do procedimento, retira o efeito suspensivo das apelações e admite a concessão de cautelares sem a ferramenta do processo cautelar. Tais propostas, ao lado de tantas outras de caráter autoritário, ferem garantias do cidadão e, como conseqüência, a própria DEMOCRACIA BRASILEIRA ESTARÁ EM PERIGO se o preço da rapidez e da agilidade processual for a CRIAÇÃO DE UM JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA COM PODERES TÃO AMPLOS.

Nossa preocupação com o Projeto do Senado se funda em, pelo menos, treze pontos que apontam para o surgimento de um novo processo civil autoritário.

1. A possibilidade de o juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito” (art. 107, V). “Quando o procedimento ou os atos, a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o Juiz, ouvidas as partes e observado o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.” (art. 151, § 2º).
2. A eliminação do LIVRO PROCESSO CAUTELAR com o que restarão eliminadas todas as disciplinas dos procedimentos específicos (arresto, seqüestro, busca e apreensão, arrolamento, alimentos provisionais, atentado), o que significa poderes cautelares amplos e incondicionados conferidos aos juízes de primeiro grau.
3. A possibilidade de concessão de liminares, em geral, sem a demonstração de periculum in mora, sob a forma de “tutela de evidência” ou “tutela de urgência” (art. 285, III), significando, mais uma vez, poderes desmedidos aos órgãos jurisdicionais monocráticos.
4. Previsão de que os juízes, ao aplicarem a lei, observem “... sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade...” (art. 6º), o que representa ampliação perigosa do poder jurisdicional, mediante a possibilidade de descumprimento da lei a pretexto de realização de princípios constitucionais de caráter abstratíssimo.
5. Previsão de que “os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados” (art. 847, II), o que representa a volta da ideia de julgamentos vinculantes em afronta à liberdade de julgar e à criação jurisprudencial espontânea.
6. A possibilidade de aplicação de multa cominatória sem qualquer limite de tempo e de valor, em benefício do próprio Estado (art. 503 e parágrafos).
7. Eliminação do efeito suspensivo da apelação (art. 908, caput), o que significará a precipitação das execuções provisórias em afronta à segurança jurídica, já que é sabido que cerca de trinta por cento (30%) das apelações são providas em nosso país.
8. A previsão de pedido de efeito suspensivo, por meio de petição autônoma ao relator, quando a apelação não tenha tal efeito (art. 908, § 1º e 2º), o que vai desencadear o congestionamento dos tribunais, uma vez que, em todas as causas, os sucumbentes acabarão pleiteando a suspensão da execução da sentença.
9. A fixação de nova verba advocatícia toda vez que a parte sucumbente recorrer e perder por decisão unânime do tribunal (art. 73, § 6º).
10. A possibilidade de concessão de medidas cautelares de ofício.
11. A exigibilidade imediata, por execução provisória, de multa aplicada em medida liminar.
12. Exigência de depósito imediato da multa que seja aplicada por ato atentatório do exercício da jurisdição (art. 66, § 2º).
13. A qualificação como “ato atentatório à dignidade da Justiça” o não comparecimento do réu à audiência de tentativa de conciliação (art. 333, § 5º).

Muito se critica a respeito da possibilidade de o juiz adequar o processo às cautelares. Seria uma possibilidade de correção de vício cometido pelo advogado? Mera



preocupação com a celeridade na tramitação do feito que evitaria uma extinção sem resolução do mérito em razão da inépcia da inicial?

De se observar que o novo código traz características do Sistema da Common Law, haja vista que pretende a vinculação dos precedentes como forma de decisão e até mesmo como forma de evitar o conhecimento de recursos.

Quanto à eliminação do efeito suspensivo da apelação, tal modificação se faz necessária, haja vista que, por má-fé, muitos recorrem para protelar a decisão definitiva, e daí incorremos no equívoco, como já mencionado, de se considerar mais vantajosa a decisão interlocutória, que possui eficácia imediata, como regra, do que a decisão terminativa, que quando recorrida possui o efeito suspensivo como regra.

A condição de obrigatoriedade conferida à audiência de conciliação sob pena de aplicação de ato atentatório à dignidade da justiça, tem como finalidade a aplicação mais efetiva das conciliações, contudo, desvirtua tal instrumento ao obrigar o comparecimento, haja vista que a ausência do réu pressupõe apenas que ele não tem interesse no acordo.

Tal posicionamento seria, de fato, uma forma de se evitar a postergação de feitos que, quando analisados, podem ser submetidos a uma conciliação eficaz e que põe termo ao litígio, contudo resolve tal problema pela via transversal.

A elaboração de um novo Código de Processo Civil em tempo recorde pode auxiliar em muito a solução mais efetiva dos litígios, haja vista que os períodos de tramitação dos projetos de lei acabam por mitigar o objetivo inicial em razão da demora legislativa, como maior exemplo, tem-se o Código Civil de 2002.

Contudo, o mesmo período recorde de elaboração e tramitação de um projeto inovador, que propõe diversas tendências diferentes das já utilizadas, pode causar mais problemas do que soluções, tendo em vista as novas atuações dos juízes de Direito que possuirão maior liberdade para instruir o processo e não receberão preparo para tanto, o que, por sua vez, pode ensejar, ainda, um maior número de recursos.

Há que se mencionar, ainda, que a legislação pátria é rica, em geral, uma das melhores, contudo, a aplicabilidade desta é mitigada face ao aparato institucional que se dá ao Judiciário que conta com poucos servidores e ausência de autonomia financeira o que, por sua vez, impede a resolução dos conflitos de forma mais célere. De nada adianta uma legislação nova e uma mentalidade velha, prejudicada pela escassez de recursos.

Os métodos alternativos de solução de conflitos muito têm a contribuir com a efetividade do Judiciário, haja vista que o Estado possui monopólio da jurisdição, mas não da resolução de conflitos. Ocorre que a legislação da arbitragem, por exemplo, ainda peca pelo excesso de interdependência, haja vista que os métodos coercitivos dependem, exclusivamente, da atuação do judiciário.

Assim, quando o litígio é resolvido pela arbitragem, e cumprida a determinação do árbitro pelas partes, tudo bem, a arbitragem é efetiva nesse caso; diferentemente de quando as partes descumprem a determinação arbitral, haja vista que, neste caso, deverá ser submetido o cumprimento ao Judiciário.

Portanto, inevitável o ativismo judicial, seja em relação às práticas atuais, tendo em vista que as lides exigem tal posicionamento do juiz, que não pode esperar a elaboração legislativa para resolver a lide e aplicar o direito. Entretanto, tal posicionamento deve ser sempre fundamentado e objetivando a aplicação dos princípios constitucionais, pois somente dessa forma evitar-se-á o arbítrio desmedido e a ditadura dos juízes, tão mencionada por aqueles ferrenhos opositores de tal posicionamento.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo em análise neste trabalho consistiu em verificar a evolução do direito processual no que consiste aos posicionamentos do Judiciário, para tanto se analisou a influência das normas constitucionais sobre direito processual e as tendências atuais de aplicabilidade das normas processuais.

Analisando-se a argumentação de parcela da doutrina de que o ativismo judicial seria inconstitucional por afrontar o Estado Democrático de Direito demonstrou-se que a aplicação do ativismo, de forma fundamentada e pautada na interpretação Constitucional, pode ser benéfica para a aplicação do Direito.

Foi necessária uma análise do projeto de Lei do novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, objetivando demonstrar que a tendência ativista não se trata mais de mera aplicação jurisprudencial, mas que passou a influenciar o legislador.

Chegando-se especificamente ao tema: ativismo judicial demonstrou-se que este se preocupa em dar efetividade ao bem jurídico assegurado e não afrontar os poderes constituídos de uma forma de sobressaltar o Judiciário em relação às demais funções estatais.

Em análise de acontecimentos concretos e contemporâneos, pôde-se observar um posicionamento mais ativista dos juízes de Direito, em especial daqueles que se preocupam com a efetividade do comando jurisdicional e não com a sequência de normas pré-estabelecidas, como outrora era comumente visto no ambiente jurídico.

A prática do ativismo é fato, cada vez mais presente no cenário jurídico, deve, contudo, ser fundamentada para que não haja afronta ao princípio da separação dos poderes.

A vinculação das decisões dos tribunais superiores também pôde ser vista como um posicionamento mais ativista, preocupado em garantir que os processos sujeitos aos recursos sejam motivados por questões de direito e, ainda, controvertidas.

Desse modo, não bastaria a simples possibilidade de recorrer, com fundamento de que tal recurso seria utilizado em razão das “brechas da lei”, para ganhar tempo.

A mudança de mentalidade daqueles que lidam com o aparato jurisdicional é essencial, enquanto esta não ocorre, um posicionamento que dificulta a admissibilidade dos recursos é a forma mais palpável de se possibilitar a efetivação da decisão judicial já concedida.

O caos no Judiciário na prestação de um serviço fundamental não será resolvido apenas com um posicionamento mais ativo dos juízes de Direito, haja vista que, aplicado desta forma, esta característica poderia representar afronta à separação dos poderes.

Portanto, o preconceito com o ativismo judicial deve ser dirimido, desde que referido posicionamento esteja pautado na distribuição de Justiça e fundamentado, sobretudo, nas garantias constitucionais, não deve ser visto como o fortalecimento de um Poder do Estado, mas como um instrumento para que este tenha mais eficácia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.



BRASIL, **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **I Congresso Estácio de Direito Contemporâneo**. 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Vitória: Panóptica, ano 1, n.6, 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em 10/10/2010.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Teoria Geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, **O império do Direito**, Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões**. Artigo disponível em: http://api.ning.com/files/jAAfZ4ZIOqsw6Su4T*wOBHOAazuXtP6*Hem94-*7jF6rx30yYmTtNzyFDubIRnN*FnohToVaNMLmmGJM5JNluRN0PKTwUiTT/Artigo.NovoDivorcio.PabloStolze.pdf, acesso em: 08/11/2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

_____, **Curso de Processo Civil**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SÃO PAULO. Manifesto contra o projeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2010/11/03/6540/>. Acesso em 12/11/2010.

PLANALTO. **Medida Provisória nº. 509/2010**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/509.htm, acesso em 22.10.2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.



SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto do Código de Processo Civil**, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, acesso em: 09/11/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RHC 79.785/RJ**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22-11-2002 disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+79785%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+79785%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 05/11/2010.

_____, **Súmula Vinculante nº. 11**, DJe nº. 214/2008, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf, acesso em 04/11/2010.

_____, **Mandado de Injunção 283**, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=283&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>, acesso em 05/11/2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.