



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

Thaís Souza de Oliveira

A JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO COMO REFLEXO DO ATIVISMO
JUDICIAL

Manaus - AM

2017

THAÍS SOUZA DE OLIVEIRA

**A JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO COMO REFLEXO DO ATIVISMO
JUDICIAL**

Trabalho de conclusão de graduação apresentado ao curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Jeibson dos Santos Justiniano

Manaus - AM


2017


**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

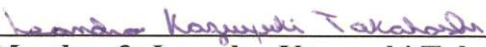
THAÍS SOUZA DE OLIVEIRA

**A JURISPRUDÊNCIALIZAÇÃO DO DIREITO COMO REFLEXO DO ATIVISMO
JUDICIAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:


Orientador (a): MSc. Jeibson dos Santos Justiniano


Membro 2: Esp. Albefredo Melo de Souza Júnior


Membro 3: Leandro Kazuyuki Takahashi

Manaus, 18 de Dezembro de 2017.

RESUMO

Esta monografia realizou um estudo de caráter exploratório-descritivo com base em pesquisa bibliográfica e documental acerca dos elementos caracterizadores da jurisprudencialização do direito, no contexto de seu desenvolvimento, aplicabilidade e origem. Seu objetivo é traçar, com os dados obtidos, a individualidade da prática da jurisprudencialização do direito frente ao ativismo judicial e identificar a relação existente entre estes. A pesquisa realizou uma análise do desenvolvimento da jurisprudencialização do direito no Brasil, da sua aplicabilidade no direito brasileiro e dos elementos informadores do ativismo judicial. Seus resultados mostram que a jurisprudencialização do direito e o ativismo judicial atuam juntos na expansão do Poder Judiciário, o que leva parcela da doutrina a tratar ambos como se fossem sinônimos, contudo, a pesquisa mostrou também haver distinções conceituais e ontológicas entre as duas práticas que impedem o tratamento igualitário, mas que revelam a jurisprudencialização do direito como reflexo do ativismo judicial.

Palavras-chave: Jurisprudencialização do direito. Ativismo Judicial. Expansão do Poder Judiciário. Práticas distintas. Relação existente.

ABSTRACT

This monograph conducted an exploratory descriptive study based on bibliographic and documentary research about the characteristic features of law "jurisprudencialization", in the context of development, applicability and origin. The aim is trace, based on the data obtained, the individuality of the practice of law "jurisprudencialization" against judicial activism and identify the relationship between them. Research conducted an analysis of the development of law "jurisprudencialization" in Brazil, the applicability in Brazilian law and the informants elements of judicial activism. The results show that law "jurisprudencialization" and judicial activism work together to expand the judiciary, which leads portion of doctrine to treat both as if they were synonymous, however the survey also showed conceptual and ontological distinctions between the two practices that prevent the equal treatment, but reveal the law "jurisprudencialization" as a reflection of judicial activism.

Keywords: Law "jurisprudencialization". Judicial Activism. Expansion of Judicial Power. Distinct practices. Relationship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
2 O DESENVOLVIMENTO DA JURISPRUDENCIALIZAÇÃO NO BRASIL.....	10
3 A JURISPRUDENCIALIZAÇÃO NA PRÁTICA	19
4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL	23
5 A ANÁLISE ENTRE A JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO E O ATIVISMO JUDICIAL	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988 operou-se profundas e grandes transformações no cenário político, social e jurídico do país. Primeiramente, passou-se de um Estado ditatorial para um Estado Democrático de Direito, onde prevalecem os direitos e garantias fundamentais.

A par disso, a Constituição trouxe em seu bojo normas que visam assegurar as liberdades individuais e coletivas, por meio da limitação do poder do Estado, e normas que estabelecem programas e diretrizes para a atuação dos órgãos estatais, buscando o progresso da sociedade.

Alinhada a essa concepção intensificou-se, pela ciência jurídica, o estudo do direito constitucional, difundindo-se as ideias do constitucionalismo, pelo qual a Constituição ocupa o ápice da pirâmide normativa de um ordenamento jurídico, constituindo seu fundamento de validade.

Todos esses fatores contribuíram para a formação de uma sociedade voltada para o direito e que se desenvolve a partir desse, inaugurando-se no Brasil uma cultura de litigiosidade.

Houve, então, a expansão e maximização da função jurisdicional de competência do Poder Judiciário.

Toda pretensão, todo interesse e todo conflito, dos indivíduos e do próprio Estado somente se tornavam válidos e executáveis mediante uma decisão judicial que os referendasse.

A palavra dos Tribunais, consignada na decisão judicial, foi, assim, ganhando força de lei, dotando-se de efeito vinculante, eficácia *erga omnes* e atuando como referência para a sua aplicação.

O sentido da lei, a sua interpretação e o direito aplicável passaram a ser compreendidos a partir do entendimento dos órgãos jurisdicionais e, notadamente, dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Alterou-se, assim, o paradigma de interpretação do direito e o fundamento da decisão judicial, antes repousados na lei.

Nessa linha, foram promovidas alterações legislativas de caráter processual, com a inclusão de dispositivos legais que reforçam a jurisprudência, principalmente aqueles que autorizam o julgamento por amostragem e no âmbito constitucional, que reforçam a hierarquia jurisdicional dos Tribunais Superiores, com a vinculação a seus julgados.

Identificou-se nessa prática uma aproximação ao sistema da *common law*, com a

incorporação no nosso ordenamento, orientado pelo sistema da *civil law*, dos institutos jurídicos dos precedentes judiciais e da sua vinculação (*stare decisis*), flexibilizando o império da lei escrita e da codificação.

Com o conseqüente redimensionamento das funções típicas estatais, em razão do contexto acima retratado, ocorreu uma ascensão do Poder Judiciário no cenário político brasileiro.

Observou-se uma tendência daquele em pronunciar-se não apenas acerca das leis, mas de toda e qualquer questão levada à apreciação, inclusive, aquelas que não se encontravam ainda reguladas legalmente e aquelas afetas às funções legislativas e executivas do Estado.

Tal fato não tinha como passar despercebido, seja pela notoriedade de seus julgados, sempre presentes nos meios de comunicação; seja pelo aumento no volume de processos, a indicar a crescente e incessante procura dos serviços jurisdicionais pela população; ou seja, pela implicação e efeitos emanados das decisões judiciais, transmudadas em verdadeira norma reguladora de conduta a ser por todos observada.

Ademais, esta situação vivenciada no Brasil, não era exclusiva deste, sendo, igualmente, percebida nos demais países que adotam a *civil law*, a exemplo da Itália e da Alemanha.

A partir dos estudos realizados, convencionou-se chamar de ativismo judicial a liberdade decisional dos órgãos julgadores de utilizar como fundamento da decisão judicial argumentos pautados em valores pessoais, transcendentais e metajurídicos, relacionados à sua consciência.

Por seu turno, outra expressão foi largamente empregada e se popularizou na designação dessa liberdade decisional, conhecida como jurisprudencialização.

O estudo dessa maximização da atuação do Poder Judiciário concentrou-se na análise da legitimidade democrática e no atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, isonomia, celeridade, segurança jurídica e outros.

Não houve, no entanto, um rigor científico a se determinar a diferenciação no objeto de uma e outra expressão, comumente utilizadas como sinônimos.

Alguns poucos doutrinadores especificam o estudo da jurisprudencialização do direito à supervalorização dos precedentes jurisprudenciais na resolução dos conflitos, a exemplo do Professor Gustavo de Castro Faria.

Por outro lado, doutrinadores como André Copetti quando utilizam o termo jurisprudencialização o fazem para designar a atuação política do Supremo Tribunal Federal, e do Poder Judiciário como um todo. Vejamos esse trecho extraído de seu artigo “A jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito (2002)”:

O Supremo Tribunal Federal tem hoje, [...] a possibilidade de redefinir as funções institucionais, mediante decisões que importem a jurisprudencialização/construção/efetivação da Constituição Federal de 1988, e que se justifiquem por critérios diversos dos que até agora legitimaram a atuação do Estado brasileiro, ainda empiricamente preso a práticas liberais. Em outras palavras, esse ativismo judicial deve justificar-se não somente pelo atendimento aos critérios impostos pelo princípio democrático, mas também, por outro lado, por sustentar-se essencialmente na realização substancial dos valores ético-políticos que compõem o projeto socioestatal de democracia social, plasmado constitucionalmente no modelo de Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido José Luiz Bolzan de Moraes, em seu artigo “A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito-II (2008)”, utiliza o termo sob o enfoque da concretização dos direitos sociais e fundamentais pelo Poder Judiciário.

A recentidade dos movimentos jurisprudencializados e ativistas, intensificando-se a partir do ano 2000, e a predominância do enfoque democrático alhures mencionado, justificam a falta de uma abordagem ontológica individualizada a demarcar as diferenças existentes entre um e outro.

Assim, esse tratamento igualitário, encontrado em parcela da doutrina, desperta a necessidade de se aprofundar o estudo da jurisprudencialização do direito, agora sob o olhar da metafísica, procurando-se extrair, do modo como se desenvolve suas características e particularidades que a individualizam frente ao ativismo judicial, com o qual se relaciona e geralmente se confunde.

Primeiramente, verificada a necessidade de delimitar a jurisprudencialização, procuramos abordar neste trabalho o seu desenvolvimento na realidade do direito brasileiro.

O segundo capítulo tem enfoque nas recentes reformas legislativas, no âmbito processual constitucional e infraconstitucional, principalmente no que tange ao Novo Código de Processo Civil, os quais se encontram sob a influência da valorização da padronização decisória.

Em seguida, no terceiro capítulo, foram feitas considerações sobre os elementos do ativismo judicial, destacando-se as diversas conceituações sobre o tema feitas por doutrinadores renomados.

Por fim, no quarto e último capítulo, buscou-se, portanto, construir a base científica necessária para traçar a distinção entre a jurisprudencialização e o ativismo judicial e, por fim, identificar naquela um reflexo da atuação ativista do Poder Judiciário.

Para tanto, utilizou-se para a elaboração do presente estudo de dados extraídos de pesquisas do tipo bibliográfica, procedendo-se uma leitura de artigos científicos, teses de especialização, mestrado e doutorado e obras literárias sobre o assunto. Na articulação dos

dados obtidos com as pesquisas realizadas e a análise das questões acima levantadas, procurou-se, ao final, promover a distinção conceitual e ontológica da jurisprudencialização, como uma técnica processual de padronização decisória com origem na supervalorização da palavra/entendimento dos Tribunais acerca da lei e do direito aplicável, não podendo ser confundida com o ativismo judicial imbricado no compromisso assumido pelo Poder Judiciário de concretização dos valores e normas constitucionais.

Dito isto, convidamos o leitor a debruçar-se nesta lida, que pretende, longe de apresentar verdades absolutas ou teses irrefutáveis, chamar-lhe a atenção para a problemática acima evidenciada e, provocar a reflexão sobre a necessidade de distinguir o sujeito e o objeto de duas tendências jurídicas que, hoje, são capazes de remodelar as estruturas do Poder Judiciário e, sobretudo, inseri-lo no cenário político do país.

2 O DESENVOLVIMENTO DA JURISPRUDENCIALIZAÇÃO NO BRASIL

As mudanças que ocorrem na sociedade, somadas ao desenvolvimento das relações intersubjetivas – inclusive a nível global –, têm exigido do aparato estatal uma contínua revisão e implantação de novas práticas para se amoldar às exigências da atualidade, as quais decorrem das profundas transformações que têm se operado no Brasil nos aspectos culturais, econômicos, políticos, sociais e outros.

Dentre tais mudanças, destacam-se aquelas promovidas no âmbito do Poder Judiciário, alvo de constantes renovações, face ao relevante papel social que tem adquirido desde o advento da Constituição Federal de 1988.

Com a sua promulgação, destacou-se cada vez mais no Brasil uma cultura de litigiosidade, a qual revelou um Judiciário com dificuldades para atuar na grande quantidade de demandas que se amontoam em sua rotina.

Desta forma, a morosidade na prestação jurisdicional foi, então, atribuída como a gênese da problemática da falta de efetividade, passando a ser severamente combatida, atendendo-se aos fervorosos reclames sociais por celeridade e concretização de direitos.

Esta situação alarmava-se cada vez mais, à medida que o Poder Judiciário ganhava contornos heroicos, alçado ao papel de Guardião-Maior do Estado e de seus componentes, adquirindo maior projeção e relevância sociais.

Em contrapartida, a cobrança por ações, iniciativas e, sobretudo, resultados, tornou-se proporcionalmente elevada à importância obtida, enquanto não possuía o Judiciário total liberdade de atuação, estando limitado, entre outros, pelo princípio da reserva legal, princípio da separação dos Poderes e pelo sistema legal adotado no Brasil.

Aquele primeiro preceitua que o Estado só pode agir nos estritos ditames legais, naquilo que a lei autoriza, esta compreendida em sentido *lato sensu*. O segundo, por sua vez, se orienta pela clássica tripartição dos Poderes concebida por Montesquieu, pela qual, numa singela definição, cabe ao Poder Legislativo a elaboração das leis, ao Poder Executivo a execução das leis por meio da administração do Estado e ao Poder Judiciário a aplicação das leis. O terceiro limitador mencionado trata do sistema da *civil law*, de base romano-germânica, o qual privilegia o império da lei escrita e sua codificação. Verifica-se, portanto, que o Poder Judiciário encontrava-se adstrito ao império da lei, somente por meio dela podendo desenvolver mecanismos de celeridade processual.

Contudo, o Judiciário, ávido por mudança, não poderia aguardar que o Legislativo definisse os rumos de sua atuação, enquanto era alvo de ferrenhas críticas. Então, nesse ambiente fértil, o Judiciário deixou de desempenhar o papel de coadjuvante e passou a

protagonizar o cenário político do país, por meio de uma atuação mais dinâmica, justificada pela referida cultura de litigiosidade.

Todos os problemas, toda pretensão resistida e todos os interesses, dos indivíduos e do próprio Estado, somente encontravam guarida e se tornavam executáveis mediante uma decisão judicial que os referendasse.

Para que pudesse suportar a crescente demanda judicial, foram realizadas significativas mudanças legislativas, as quais ampliavam seu poder de atuação e o alcance de suas decisões.

Um dos primeiros passos nesse sentido se deu nas decisões judiciais proferidas pela Corte Constitucional, as quais passaram a irradiar efeitos além das partes, além do mesmo recinto processual, dotando-se de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

A título de exemplo, citam-se a PEC n. 130/1993 apresentada pelo Deputado Roberto Campos, que previa efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, e a Emenda Constitucional n. 3, de 1993, que formalmente os introduziu em nosso ordenamento jurídico a partir da inserção do art. 102, §2º, com a seguinte redação original: “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.” (BRASIL, 1993)

Mais tarde o aludido artigo teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, conhecida como a “Reforma do Judiciário”, passando a vigorar com a seguinte redação: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).” (BRASIL, 2004)

Como se vê, sendo conferida ao Supremo Tribunal Federal a árdua tarefa de ser o Guardião de nossa Constituição, cabendo entre suas funções declarar a constitucionalidade e inconstitucionalidade de leis, atos normativos em geral e atos administrativos, mostrou-se necessária a concessão de uma parcela maior de poder, a fim de operacionalizar a função que lhe é originalmente atribuída.

Dois pontos são importantes para uma compreensão inicial da jurisprudencialização do direito: primeiro, que cabe à Corte Constitucional, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, dizer o direito em última instância; e segundo, que esta função instrumentaliza-se por meio de uma atividade interpretativa da Constituição e do ato normativo frente ao caso concreto. Em

outras palavras, a Corte Constitucional ao interpretar o direito confere-lhe sentido próprio, dizendo em que situações se aplica e como se aplica.

Essa liberdade da Corte Constitucional, de interpretar o direito, constitui uma parcela do poder alhures referido, e surgiu da necessidade de adaptar as leis e a Constituição à realidade histórica e social vivenciada no momento de sua aplicação, a qual, em razão do acelerado evoluir da sociedade, difere substancialmente do momento histórico e do sentido empregado quando de sua concepção.

Assim, a cultura de litigiosidade inaugurada por este, a necessidade de oferecer à sociedade uma alternativa ao problema da morosidade judicial, e a necessidade de adaptação do arcabouço legislativo ao atual ordenamento jurídico forneceram substrato suficiente para que houvesse a aludida ampliação do poder de atuação do Judiciário, e conseqüentemente, o redimensionamento de suas funções típicas.

De mero aplicador do direito¹, o Poder Judiciário assumiu o papel de “realizador do direito”. Tal realização é feita por meio da análise do caso concreto e interpretação do direito aplicável, cujo resultado se revela em decisão judicial. Ultrapassou-se, assim, a teoria da subsunção dos fatos à letra da lei², tarefa antes incumbida aos julgadores.

Desse modo, o Poder Judiciário armou-se de mecanismos que flexibilizaram as limitações antes existentes.

Ante esse quadro, e com a intensificação da atividade judicial, como consequência lógica e direta da eficácia geral (*erga omnes*) e do efeito vinculante, as decisões judiciais emanadas da Corte Constitucional, já revestidas do manto da imperatividade, passaram a ser de observância obrigatória por todos, como verdadeira norma reguladora de conduta.

Embora a imperatividade já constituísse atributo da decisão judicial, mais precisamente da coisa julgada, não sendo, por isso, uma novidade, a sua conjugação à eficácia geral e ao efeito vinculante, expandiram seus efeitos para além das partes litigantes, tornando a decisão judicial capaz de subjugar a todos ao seu conteúdo e ao comando nela contido.

Por conseguinte, a atual estrutura da decisão judicial tomou novas feições de modo que suas qualidades (eficácia geral, efeito vinculante e imperatividade) se assemelham com as características da lei (bilateralidade, generalidade, abstratividade, imperatividade e coercibilidade), o que permite afirmar que o alcance daquela foi ampliado ao ponto de hoje reconhecer-se, de modo uníssono quanto a sua existência e discordante quanto a sua

¹ Nas palavras de Montesquieu o juiz era a boca da lei.

² “[...] método tradicional da solução das questões submetidas à apreciação do Judiciário, que se fundava em critérios de pura lógica formal e do raciocínio dedutivo-silogístico, fruto da teoria substantiva, que via na sentença judicial a resolução de um silogismo em que a premissa maior era a lei, a menor, os fatos e a conclusão, a dedução que se seguia da lei aos fatos: *dura lex, sed lex*.” (MIRANDA, 2001, p. 5).

legitimidade, ser a decisão judicial, igualmente, dotada de poder normativo. Eis a pedra de toque, a essência da prática da jurisprudencialização.

O poder normativo se traduz como uma força criadora do direito, sendo a decisão judicial capaz de inovar na ordem jurídica a partir da interpretação da lei e da Constituição pelo julgador, gera-se para o caso concreto uma norma jurídica individual. No pós-positivismo a atividade legislativa cede espaço para a crítica judicial. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 261).³

A expressão poder normativo é mais afeta às funções exercidas pelo Poder Executivo e significa a prerrogativa concedida a este para editar decretos, regulamentos, atos normativos, de caráter geral e abstrato, com o fim de complementar a lei e dar-lhe fiel execução.

Transpondo o conceito acima para a realidade vivenciada no Poder Judiciário, podemos dizer que o poder normativo das decisões judiciais revela-se quando na sua atividade de aplicar o direito, o faz em situações que haja lacuna de lei ou quando o sentido nela empregado não mais atende às atuais necessidades sociais, de modo que se realiza uma interpretação apta a conferir novo sentido ao direito e à lei buscando oferecer uma solução eficaz ao caso em questão.

Tornou-se, assim, o Judiciário, por meio de sua Corte Constitucional, capaz de proferir decisões judiciais, de cunho geral, abstrato, imperativo e com significação material própria. A noção primeira da lei deixou de ser suficiente. Uma vez questionada ou submetida à apreciação perante os Tribunais, a sua validade ficou condicionada ao pronunciamento da Corte Constitucional, a qual passou a ditar-lhe o sentido e o alcance. O direito é aquilo que os Tribunais Superiores dizem que é. (STRECK, 2014a)⁴

Hoje, as expressões “dizer o direito” e “conhecer o direito”, são compreendidas em sua mais ampla significação, cabendo ao juiz aplicar o direito não a partir de uma análise combinatória, mas de uma análise decorrente de um raciocínio lógico-indutivo (as premissas não fornecem uma fundamentação conclusiva), por meio do qual às argumentações produzidas pelas partes soma-se a argumentação produzida pelo julgador, a imprimir ao direito aplicável suas próprias conotações.

Percebe-se que a decisão judicial, como meio de concretização da atividade-fim do Poder Judiciário, acompanhou a maximização da atuação deste, sendo, ao longo desse intenso processo de reformulação, dotada de aspectos e funções antes exclusivos da lei. Passou a ser multifacetada, com aspectos que vão muito além da resolução de conflitos, até

³ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, 2009, p. 261.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: decido conforme minha consciência?, p. 18.

então seu único fim.

Entre as novas funções que lhe foram atribuídas destaca-se aquela de balizadora da lei, servindo de referência para a sua aplicação.

Entenda-se que, temos feito constante alusão à decisão judicial por ser a forma, pela qual, se exterioriza a palavra do Poder Judiciário. O resultado da atividade interpretativa do direito e da lei, sob a ótica do caso concreto, é registrado na decisão judicial, nela consta a fundamentação, o entendimento e o comando (dispositivo) do órgão jurisdicional.

É da decisão judicial que se extrai a *ratio decidendi*⁵, compreendida nas palavras de Didier, Braga e Oliveira (2009) como “[...] os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto.”

A conceituação do que seja *ratio decidendi* é de grande relevância para a compreensão da doutrina dos precedentes, a qual tem sido nas últimas décadas objeto de estudo pela doutrina especializada, e que tem rendido inúmeros trabalhos de renomados doutrinadores brasileiros, tais como o citado Fredie Didier Jr., Dierle Nunes, José Rogério Cruz e Tucci, Luiz Guilherme Marinoni, Lenio Streck e outros de igual importância.

Feito este adendo, para sedimentar o significado de *ratio decidendi*, destaca-se o conceito formulado por Lenio Streck e Georges Abboud (2014b)⁶:

A partir dessas diversas concepções de *ratio decidendi*, é possível dizer que, tradicionalmente, ela configura o enunciado jurídico a partir da (*sic*) qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou.

No estudo da doutrina do precedente, além da conceituação de *ratio decidendi*, reconhecida como o fundamento (jurídico, social, político, econômico) que levou o julgador a decidir de determinada maneira, importante também traçarmos o conceito de *obter dictum*, distinguindo-se daquela como o argumento secundário utilizado pelo julgador na decisão judicial e resolução do caso concreto.

Nesse sentido, o *obter dictum* (ou simplesmente *dictum*) constitui apenas um elemento persuasivo, sem influência determinante no resultado alcançado pelo julgador.

Ambos compõem a fundamentação da decisão judicial, mas exercem papel diferenciado na aplicação do precedente: uma é a nota caracterizadora do próprio precedente, é a *ratio decidendi* de uma decisão judicial pretérita utilizada para fundamentar

⁵ Os autores citados destacam que a *ratio decidendi* é conhecida pelos norte-americanos como *holding*.

⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?, p. 44.

decisão judicial futura que confere à decisão judicial o status ou qualidade de precedente, enquanto o *dictum* por não ser essencial para o deslinde do caso concreto não se presta para fundamentar decisão judicial futura.

A análise acima, dos componentes de uma decisão judicial e a sua distinção, nos fornecem a definição do precedente judicial, entendido como a decisão judicial aplicada em determinado caso concreto e que tem suas razões de decidir (*ratio decidendi*) utilizada em caso análogo e futuro, servindo de base para a decisão judicial a ser proferida neste.

A tese jurídica, os fundamentos adotados como razão de decidir irradiam seus efeitos para além do caso concreto específico para o qual foram pensados, formulados e aplicados, atingindo casos similares e futuros por via reflexa.

A doutrina do precedente reforça a ideia da decisão judicial como norma jurídica, e mais ainda como força criadora do direito, conforme sintetizado por Hans Kelsen⁷ em sua clássica obra Teoria Pura do Direito:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância pode receber competência para criar, através de sua decisão, não só uma norma individual, vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos.

Em torno da doutrina do precedente orbita a teoria do *stare decisis*, consubstanciada na força vinculante conferida ao precedente judicial emanado das Cortes hierarquicamente superiores. Ela se apresenta como um desenvolvimento da doutrina do precedente, um *plus*, um desdobramento, caracterizado pelo binômio hierarquia-vinculação.

Assim, pode-se dizer que toda e qualquer decisão judicial pode vir a configurar um precedente judicial, desde que sua *ratio decidendi* constitua a *ratio decidendi* de decisão futura, porém, para a teoria do *stare decisis* configura-se precedente a decisão firmada por Tribunal Superior, a qual deve ser obrigatoriamente observada por todos os órgãos que se encontram num plano inferior.

Vê-se que, a partir da decisão judicial - norma jurídica individual -, extrai-se uma norma jurídica geral e abstrata, a servir para a resolução de casos futuros e análogos. Busca-se na decisão judicial uma tese jurídica apta para ser universalizada, que sendo encontrada torna aquela decisão em paradigma dos futuros casos.

Sobre o tema trago exposição de Gustavo de Castro Faria⁸:

Dessa forma, o processo passa a ser mero encaminhador de um método de resolução

⁷ NOGUEIRA, Carlos Frederico Benevides. A força normativo-criadora da jurisprudência no direito brasileiro. 2013.

⁸ FARIA, Gustavo de Castro. Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática. 2012, p. 71.

de conflitos, em que é promovida a *abstrativização* dos casos em análise (transformação ficta de casos concretos em teses abstratas), a fim de que as decisões nele proferidas sejam obtidas com base naquilo que, num determinado quadrante histórico, corresponda ao entendimento das Cortes em matérias com relação de proximidade. Assim, parte-se de casos considerados, em regra, paradigmáticos quanto a determinado tema, em torno dos quais gravitam diversos outros a eles alinhados, numa sequência casuística que servirá de espelho para o acertamento do direito nas futuras relações conflituosas.

Esta técnica vai ao encontro dos mecanismos de celeridade e efetividade processual, que tem orientado a atuação do Poder Judiciário e, inclusive, a produção legislativa.

O que se observa é que houve um deslocamento do substrato jurídico da decisão judicial, antes repousado na lei, como preconizava a Escola Exegética juspositivista⁹. Como já dito acima, a lei deixou de fornecer o necessário embasamento para a decisão judicial, resolver o conflito com base exclusivamente na lei deixou de ser suficiente e de atender as crescentes demandas, seja de ordem qualitativa (*hard cases*)¹⁰ ou quantitativa.

Assim, o Judiciário passou a valer-se de suas próprias decisões como substrato para decidir, sem socorrer-se da lei.

Ora, se as decisões judiciais bastam em si mesmas, como um corpo celeste que gira em torno de seu próprio eixo, num movimento rotacional, chegamos à ilação de que a atividade interpretativa desenvolvida pelo julgador é o que alimenta as demais decisões judiciais.

A interpretação dada por um julgador em determinado caso concreto, a partir de um trabalho intelectual e de um raciocínio indutivo, é reproduzido em outros julgados para outros casos que apresentem similitude fática.

Por isso, identifica-se no precedente judicial uma fonte do Direito, emanada da atividade interpretativa desenvolvida pelos Tribunais.

Hoje, a jurisprudência já é reconhecida como fonte formal do direito, ao lado da analogia, dos princípios gerais do direito e dos costumes¹¹, no entanto, na história do

⁹ Preconizava a multiplicação das codificações, de modo a eliminar as lacunas da lei; a utilização da analogia, para descobrir a norma oculta (dada pela vontade do legislador, mas não aparente no texto legal); e a interpretação mecânica e baseada no silogismo, fundada na evidência do sentido literal do texto, utilizando outros métodos interpretativos apenas com a função de tornar clara a vontade do legislador, legitimação única da autoridade da lei na medida em que é, esta vontade, legitimada pela vontade geral do povo.

¹⁰ Os *hards cases*, em uma tradução livre e literal significa casos difíceis. Essa nomenclatura foi difundida por Ronald Dworkin, que defendia que as regras jurídicas não são capazes de prever soluções para todos os casos, deparando-se, o julgador, por vezes, com casos difíceis, que não encontram a sua solução na regra jurídica, seja pela ausência dela para o caso (lacuna na lei), seja pela imprecisão de seu sentido (normas de caráter aberto, v.g, norma penal em branco), ou seja, por serem aplicáveis ao caso mais de uma regra jurídica. Dworkin defende o uso alternativo de métodos integrativos, tais como os princípios e a equidade, contudo, ao contrário de alguns estudiosos do assunto, nega que nesses casos não haja um direito aplicável, devendo o juiz criar um direito. Para ele quando a verdade sobre determinado fato não é descoberta (verdade=direito), não significa que ela não existe. Nesses casos, o que o juiz faz é utilizar de métodos interpretativos para buscar na lei o sentido do direito aplicável.

¹¹ Fontes expressamente previstas nessa qualidade suplementar no art. 4º do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de

direito brasileiro, tais sempre foram vistas como fontes secundárias, supletivas, a complementar a fonte primária que é a lei.¹²

Dada à importância alcançada, dotando-se a decisão judicial de atributos legais (eficácia geral, efeito vinculante, força de lei, imperatividade, e outros acima estudados), se reconhece na jurisprudência não mais uma fonte subsidiária, mas sim ao lado da lei uma fonte essencial.¹³

Se o sentido da lei, o seu alcance e o direito nela regulado são extraídos, ou melhor, revelados a partir da interpretação do julgador e dos Tribunais Superiores, a estes é concedido o título de intérprete oficial do direito.

A questão hermenêutica que envolve a temática da jurisprudência implica o estudo do devido processo legal e da legitimidade, tratados no item 4, que abordará considerações sobre o ativismo judicial.

Mais uma vez, nos deparamos com a ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário e da decisão judicial, que nas últimas décadas, vem ganhado força. Em síntese, à medida que o Poder Judiciário interpreta a lei frente ao caso concreto, extraindo dela o direito aplicável, temos a decisão judicial; da decisão judicial reproduzida como razão de decidir em caso futuro e análogo temos o precedente judicial; e da reiteração do precedente temos a jurisprudência.

Simplesmente conceituada como a reiteração de decisões judiciais num mesmo sentido, a jurisprudência, na verdade, serve para designar o produto da atividade interpretativa da lei pelos Tribunais no exame do caso concreto, podemos dizer ainda, que se refere a toda produção decisória dos Tribunais.

Sua nomenclatura deriva da junção de duas palavras do latim: *jus* de justo e *prudencia* de prudência, as quais evidenciam bem o seu significado e a noção de uma análise prudente da lei pelo órgão especializado, capaz de extrair daquela a decisão justa a ser aplicada ao caso.

Nesse contexto, de reiteração de decisões, cujo fundamento se constrói de uma interpretação do julgador, é que surge a jurisprudencialização do direito, a qual encerra em si todas as doutrinas e teorias acima expostas, sem as quais não se poderia falar em tal prática.

Focaliza-se na liberdade interpretativa do julgador, que não mais depende da lei para decidir, e na aptidão dessa atividade interpretativa de produzir normas de cunho individual e concreto (norma jurídica individualizada), e ao mesmo tempo geral e abstrato.

Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

¹² A lei como fonte essencial do direito é o núcleo do sistema da *civil law*.

¹³ A jurisprudência e o precedente judicial como fontes essenciais do direito constituem a pedra de toque do sistema da *common law*.

A prática da jurisprudencialização do direito pode ser assim resumida: é a liberdade dos Tribunais e do julgador de na análise do caso concreto decidir, por meio de um raciocínio indutivo, fundamentando a sua decisão em entendimento consignado em decisão anterior, não mais carecendo de legitimidade legal, pois encontra guarida na jurisprudência.

A jurisprudencialização se revela como uma prática de legitimação do direito não mais pela lei e pelos códigos, como determina o sistema da *civil law* adotado no Brasil, mas pela palavra dos Tribunais, construída na jurisprudência; o direito e a sua aplicação somente são compreendidos a partir do entendimento dos Tribunais.

Percorremos um longo caminho, desde os primeiros passos dados na transformação da decisão judicial e do próprio Poder Judiciário, nesse processo de intensificação de suas funções.

Vimos, em suma, as primeiras medidas legislativas no sentido de ampliar o campo de incidência da decisão judicial (efeito vinculante e eficácia geral), vimos também a atividade interpretativa exercida pelo julgador alçada à condição de poder normativo, a usurpação pela decisão judicial do papel antes reservado à lei de fundamento para a resolução dos conflitos e, por fim, a interpretação da lei ante o caso concreto realizada pelos Tribunais e demais órgãos jurisdicionais como legitimante do direito e de sua aplicação.

3 A JURISPRUDENCIALIZAÇÃO NA PRÁTICA

O estudo das influências da jurisprudencialização, geralmente, tem como ponto de partida as alterações legislativas que fortalecem a “palavra” dos Tribunais e fomentam a prática da padronização decisória. Tais alterações são mais sensivelmente percebidas na legislação processual civil, na qual constantemente há a implantação de mecanismos que buscam a celeridade e efetividade. Portanto, iremos neste tópico destacar algumas alterações promovidas nesse sentido.

No Brasil, sempre se teve uma tendência sensacionalista de se atribuir a quantidade de recursos existentes em nosso ordenamento jurídico como causa direta da morosidade processual, ou pelo menos, a principal responsável.

Por isso, as aludidas alterações legislativas, que vem se operando ao longo dos últimos anos, incidem em grande parte sobre a sistemática recursal, com o intuito de promover a almejada celeridade e fazer valer a hierarquia jurisdicional preconizada pela Constituição de 1988.

Nessa linha, foram criados instrumentos capazes de conjugar os aludidos fins, diminuindo a sobrecarga de recursos nos Tribunais (celeridade) por meio da imposição à estrita observância de seus julgados pelos tribunais hierarquicamente inferiores.

Dentre tais instrumentos destacam-se os artigos 1.035 e 1.036, ambos do Código de Processo Civil, e que tratam, respectivamente, da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e do julgamento de recursos repetitivos, aplicável ao recurso extraordinário e especial.

O primeiro pode ser entendido como a relevância da questão objeto do recurso, exigindo que tal relevância seja abrangente para a sociedade e para a nação. Nos exatos termos do artigo 1.035 do Código de Processo Civil, repercussão geral consiste nas “[...] questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.”

Nessa seara, a reforma do Código de Processo Civil, alinha-se à prática da jurisprudencialização, consagrando-a nas alterações nele promovidas.

Entre elas destaca-se o artigo 332, que autoriza o juiz a decidir liminarmente pela improcedência do pedido, independentemente da citação do réu, quando tratar-se de matéria unicamente de direito, trazendo em seus incisos as hipóteses de cabimento, todas elas fundadas em padronização das decisões.

Os referidos incisos dispõem expressamente que o juiz está autorizado a decidir liminarmente na forma acima quando o pedido contrariar: I – enunciado de súmula do

Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Do mesmo modo, deverá agir o relator, negando provimento a recurso que contrariar as hipóteses I, II e III acima elencadas, conforme o disposto no artigo 932, IV do Código de Processo Civil. Fica mais uma vez, portanto, patente a importância da jurisprudência, a qual no novo Código de Processo Civil foi tratada como um dos requisitos de admissibilidade recursal.

Destaca-se igualmente o artigo 927, também do Código de Processo Civil, o qual submete os juízes e o tribunais à observância das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; aos enunciados de súmula vinculante; aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Logo, da leitura dos artigos legais ora citados, vê-se que o Código de Processo Civil traz em seu bojo dispositivos que evidenciam a clara opção do legislador e da Comissão de Juristas, responsáveis pela sua elaboração, em vincular o entendimento assentado pelos Tribunais Superiores aos juízes de primeiro grau e aos Tribunais inferiores, rejeitando de plano pedidos e recursos contrários, por exemplo.

Afirma-se que a observância aos precedentes evita a delonga processual, pois inibe a parte de ingressar com demanda ou recurso já reconhecidamente improcedente ou contrário ao entendimento assentado em situações semelhantes.

A prevalência da jurisprudência, que na prática já possuía grande relevância, foi transportada para o novo Código de Processo Civil, identificada pelo Professor Dr. Fredie Didier Júnior como um de seus pressupostos.

A influência da prática da jurisprudencialização do direito, apesar de ser grande nas reformas e na interpretação do Código de Processo Civil, tem plantado suas sementes não apenas neste ramo do direito, pelo contrário, sua influência já se faz presente nas demais ramificações, e uma, em especial, maximiza seus efeitos: o direito constitucional.

Algumas reformas constitucionais têm introduzido em nosso ordenamento regras de caráter processual que visam a celeridade e efetividade processuais.

Na verdade, considerando o sentido jurídico da Constituição proposto por Hans Kelsen, pelo qual a Constituição posiciona-se no cume da pirâmide normativa e atua como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, a consagração do binômio celeridade-efetividade como direito fundamental legitimou a adoção de técnicas de padronização decisória, mecanismos de sumarização da cognição, soluções de massa para demandas de massa, entre outros, todos como expressões da jurisprudencialização do direito.

Assim, nesse sentido, no âmbito constitucional, temos o instituto da Reclamação Constitucional e as Súmulas Vinculantes.

A primeira, na própria ilação do Supremo Tribunal Federal, é uma ação constitucional de natureza mandamental, pela qual se busca preservar a competência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Estaduais.

A Reclamação Constitucional identifica-se com os instrumentos acima mencionados na medida que tem como objetivo fazer prevalecer o entendimento firmado pelo tribunal *ad quem*, podendo ser utilizado quando o tribunal *a quo* profere decisão contrária aos seus julgados, que poderá ser cassada diretamente por aquela Reclamação.

Por seu turno, as Súmulas Vinculantes, nas palavras do glossário jurídico do Supremo Tribunal Federal é “verbetes editado pelo Supremo Tribunal Federal, apoiado em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal [...]”.¹⁴

Na Súmula Vinculante o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca de determinada matéria, a qual vem sendo reiteradamente decidida num mesmo sentido, é objeto de votação por 2/3 (dois terços) de seus membros, que após aprovação, editam resumidamente o entendimento preponderante naquela Corte, a orientar a futura atuação do Poder Judiciário (com exceção do próprio Supremo e do Poder Legislativo) e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Versam sobre as decisões definitivas de mérito nas decisões diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, tem como fim não apenas orientar a atuação futura dos organismos acima citados, mas também tornar pública a jurisprudência do órgão de cúpula do Poder Judiciário e promover a uniformização das decisões.

São dotadas, como o próprio nome indica, de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, em razão dos quais o ato ou decisão contrários poderão ser cassados ou anulados, por meio de

¹⁴ <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>> Acesso em: 22 de setembro de 2017.

Reclamação Constitucional, conforme o artigo 103-A, §3º da Constituição Federal. (BRASIL, 2004)

Estas são as principais reformas e dispositivos, constantes em nosso ordenamento, que reforçam o fenômeno da jurisprudencialização do direito como uma prática recorrente, e cada vez mais comum na *práxis* forense.

Devemos ainda, esclarecer ao leitor, que a jurisprudencialização ao permitir que decisões alcançadas num específico recinto processual, a partir das argumentações produzidas por essas partes, sejam replicadas em outros processos, cujo objeto seja idêntico, promove, igualmente, a disseminação da interpretação dos Tribunais, e dos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a vinculação a essa interpretação.

Há, como já tivemos a oportunidade de mencionar, um movimento rotacional, onde as decisões judiciais giram em torno de seu próprio eixo, alimentadas por outras decisões judiciais, em regra, emanadas dos Tribunais Superiores. O direito bebe em outra fonte que não a lei.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

A conceituação de ativismo judicial e suas demais implicações tem sido objeto de muitos estudos pela Ciência do Direito, não apenas em *terrae brasilis*¹⁵, como também em outras plagas que vêm experimentando a maior ingerência do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes (Legislativo e Executivo).

A abordagem é variada, assim como o são também as definições formuladas. Para Rafael Tomaz de Oliveira (2013) citando o doutrinador francês Garapon¹⁶: “[...] o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.”

Em conceituação própria:

Já o ativismo possui uma raiz completamente diversa. Este, sim, liga-se a um desejo do órgão judicante com relação à possibilidade dos contextos político-sociais. Pode ser conservador ou congressista. No final, o resultado é o mesmo: o Judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da moralidade da comunidade política.

Lenio Streck (2014a), ferrenho crítico dessa atuação, relaciona o ativismo judicial às expressões como “protagonismo”, “subjetivismo”, “decisionismo”, “discricionariedade”, “arbitrariedade” e “solipsismo”.¹⁷ Para ele “[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados) [...]”.¹⁸

Ambos os autores ao abordarem o tema o fazem inserido e sob o contexto da hermenêutica jurídica, e inclusive, da filosofia do direito. Para Rafael Tomaz de Oliveira o ativismo judicial é “[...] um problema a ser enfrentado pela hermenêutica jurídica.”

Ainda no caminho dos conceitos e definições, Mauro Cappelletti (1999)¹⁹ concebe o ativismo como criatividade judiciária ou criatividade da jurisprudência. O grande doutrinador italiano reconhece “[...] que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha – não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete.”

Por fim, para consolidar o entendimento acerca do que seja ativismo judicial, Clarissa Tassinari (2012)²⁰, em dissertação de mestrado, sob a orientação de Lenio Streck, concebe o

¹⁵ Expressão muito utilizada por Lenio Luiz Streck.

¹⁶ GARAPON, Antoine. O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Píaget, 1998, p. 54.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*, p. 31-59.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 589.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? p. 23.

²⁰ TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. p. 27.

ativismo “[...] como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.”

Trazidos ao leitor esses abalizados conceitos, necessário apresentarmos uma definição própria, consoante aquelas acima expostas, e que juntamente com elas, nos forneça os elementos estruturantes com os quais iremos trabalhar para melhor compreensão do tema.

Desse modo, o ativismo judicial é identificado por muitos como a postura proativa (daquele que toma a iniciativa da ação) do Poder Judiciário de, a partir de uma pretensa interpretação da Constituição e dos valores nela contidos, regular situações, fatos e a sociedade como um todo, interferindo na seara de competência dos demais Poderes.

Um ponto comum é extraído dos conceitos acima: a valoração da lei e do direito pelo julgador. Por isso, ao tratar de ativismo costuma-se falar também em discricionariedade do julgador, que dentre as interpretações possíveis acerca de determinada norma positiva, elege aquela que, segundo seu próprio convencimento, melhor se amolda para a solução do litígio.

Isso nos leva à seguinte pergunta: mas o que forma o convencimento do julgador? Diríamos que a resposta é o cerne da questão que envolve o ativismo, tanto as críticas como os elogios que são feitos pela comunidade jurídica.

Como visto, usamos, propositadamente, a palavra “próprio” a indicar que o julgador para formar seu convencimento utiliza-se de valores pessoais, transcendentais e metajurídicos, relacionados ao que entende por ética, moral, bons costumes, justiça, dentre outros. Lenio Streck (2014a) chama a isso de “decidir conforme a sua consciência”.²¹

No mesmo sentido, Mauro Cappelletti (1999):

[...] mesmo no nosso ordenamento os juízes ou alguns juízes podem ser investidos do poder de basear suas próprias decisões, mais do que na lei, na “equidade” ou em outros vagos e praticamente vazios símbolos de valor, e nem por isso deixarão de ser juízes. Quem poderia negar, por estarem baseados na *aequitas*²² ou na *conscience*, o caráter jurisdicional das decisões emitidas já há dois milênios pelos juízes da Roma clássica, ou há alguns séculos pelos chanceleres ingleses?²³

Estamos na chamada era da jurisprudência dos valores ou dos princípios, reconhecida por Karl Larenz como um momento de transição da hermenêutica jurídica, dividida em três

²¹ Em obra homônima (O que é isto – decido conforme a minha consciência?) Lenio Streck nos traz o julgado, mais precisamente, o voto que expressamente refere-se à consciência como ponto argumentativo. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgRg em REsp n. 279.889/AL, jul. em 03/04/2001, DJ 11/06/2001, STJ: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

²² *Aequitas* é expressão latina que designa a equidade.

²³ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? p. 24.

fases distintas: a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores.²⁴

Dadas essas noções vemos que o *iter* de aplicação do direito pelo julgador no ativismo judicial é pautado na liberdade. Frente ao caso concreto o julgador tem liberdade na escolha do fundamento da sua decisão: se irá basear-se em dispositivo legal ou não; se irá levar em consideração os argumentos e provas produzidos pelas partes; o valor que irá atribuir a esses argumentos e provas; se aplicará dispositivo constitucional; e se aplicará um valor ou princípio explícita ou implicitamente previsto na Constituição Federal ou ainda, em tratados internacionais.

A liberdade tratada, na verdade, é mais ampla do que possa parecer, pois se encontra presente também no objeto da decisão, não se eximindo o Poder Judiciário de apreciar e decidir sobre qualquer questão, o que faz sob o manto do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). (BRASIL, 1988)

Registre-se que esse movimento ativista não é exclusivo do Brasil, sendo percebido nos países que adotam a *civil law*, como Mauro Cappelletti (1999) nos remete à situação da Itália e como Lenio Streck (2014a) nos chama a atenção para o Tribunal Constitucional da Alemanha, criado em 1951, com a função de revisar os atos públicos, declarando-os inconstitucionais e ineficazes.

Vimos, então, que o ativismo judicial reside na liberdade de interpretação do julgador na análise do caso concreto, podendo valer-se de argumentos metajurídicos e juízos de valor – de conotação pessoal –, para se alcançar o resultado da ação (provimento jurisdicional final), resultado este abrangente para além das questões de cunho jurídico. Há liberdade no interpretar e no decidir.

Os críticos a esse movimento, tais como o já indicado Lenio Streck e Humberto Theodoro Júnior, apenas para citar alguns, rechaçam veementemente tal prática por entendê-la na retaguarda do Estado Democrático de Direito e seus princípios, notadamente, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Para eles o juiz decide sozinho (por isso, as denominações protagonismo judicial e solipsismo), sendo relegadas a um segundo plano as contribuições das partes, estas destinatárias do provimento jurisdicional final.

Num modelo de processo a ser desenvolvido sob a égide de um ordenamento jurídico

²⁴ Jurisprudência dos valores: In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Jurisprud%C3%A2ncia_dos_valores>. Acesso em: 4 de outubro de 2017.

vigente segundo um Estado Democrático de Direito e, por isso, alicerçado nas garantias e direitos fundamentais, as partes na qualidade de destinatárias da norma jurídica individual devem, de forma isonômica, contribuir efetivamente para a construção do provimento jurisdicional final.

Se os efeitos daquela decisão judicial serão pelas partes suportados, nada mais justo, que possam, no recinto processual, debater o fato e o direito em questão, cada uma trazendo seus argumentos e suas considerações. Deve-se, oportunizar as partes que elas mesmas produzam a decisão judicial por meio de uma discussão dialética, de modo que haja por aquelas uma empatia com o produto final, identificando na sentença um esforço argumentativo conjunto, compartilhado e isonômico, do qual sobressaiu o “melhor direito”.

No rol daqueles que combatem essa tendência atual do Poder Judiciário, as palavras do doutrinador Gustavo de Castro Faria evidenciam bem a oposição dessa corrente de juristas:

Obviamente, na plataforma de um Estado Democrático de Direito, a criação, interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico não podem ser atividades exclusivas de um decisor solipsista, manipuladas como instrumento de poder, até mesmo porque o recinto teórico-linguístico processual deve oportunizar a efetivação de toda a principiologia constitucional do processo, marcada pelos vetores da ampla defesa, do contraditório, do direito à representação por advogado e da isonomia, dentre outros. Isso, a propósito, proporciona a “falseabilidade do próprio escrito normativo e, no discurso de aplicação da norma, deve a atividade interpretativa de forma compartilhada”, impedindo que uma única autoridade seja responsável pela identificação dos reais conceitos do justo, do bom, do certo e do errado.²⁵

Nessa linha, afirmam que não se pode admitir, no Estado Democrático de Direito, que o sustentáculo da decisão judicial seja a autoridade da qual emana, pois já resta ultrapassada a noção de que o “poder” é um instrumento do Estado, sendo este seu legítimo proprietário ou, pelo menos, possuidor.

Em uma democracia, o poder emana do povo, é exercido para e pelo povo²⁶, assim, não há como admitir que o Estado na sua função jurisdicional a exerça sem que o povo participe ativamente.

Há quem diga que se está vivenciando no Brasil uma juristocracia²⁷ (poder absoluto, governo de um só, sem mais lei que a sua vontade),²⁸ ou ainda quem questione o fato de que os juízes, como agentes políticos, são os únicos das três esferas de poder que não são investidos na sua função por meio do sufrágio universal, razão pela qual, carecem eles de

²⁵ Cf. FARIA, op. cit., p. 56.

²⁶ Artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal, de 1988, *in verbis*: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²⁷ Expressão utilizada por muitos estudiosos do assunto como Rafael Tomaz de Oliveira, entre outros.

²⁸ Autocracia: In: Priberam Dicionário. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/autocracia>>. Acesso em: 8 de outubro de 2017.

legitimidade democrática para “criar o direito”²⁹.

Em que pese tais considerações, não será esse o enfoque da legitimidade do julgador aqui tratado. O que nos interessa saber é a legitimidade do ponto de vista processual e não político.

E nesse aspecto, vislumbramos na atual tendência do ativismo uma prática condizente com a proposta kelseniana de interpretação da norma jurídica. Para Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito* (1999), somente aquele que está autorizado a criar o direito é que tem legitimidade para interpretá-lo, sendo esta interpretação a única autêntica. Identifica, o renomado jurista alemão, o órgão aplicador do Direito e o legislador como os únicos que fazem interpretação autêntica, uma vez que o primeiro cria norma jurídica individual, enquanto, o segundo norma jurídica geral e abstrata.

Segue Kelsen afirmando que, a interpretação realizada pelo destinatário da norma e aquela realizada pela ciência do direito apenas influenciam a criação da norma, mas não são capazes de criar o direito, e por isso, não podem ser consideradas interpretações autênticas. Os seguintes trechos da mencionada obra expõem bem essa linha de raciocínio:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do direito de toda e qualquer outra interpretação [...]. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito.³⁰

Em outro trecho, Kelsen acentua a liberdade do julgador na atividade interpretativa criadora de Direito, liberdade esta presente na escolha das várias significações da norma geral e na utilização de normas além daquelas do direito positivo:

[...] não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de

²⁹ Nesse sentido Antônio Álvares da Silva: “o critério eletivo é de fato o mais aconselhável [...] A eleição, ao contrário do que se propala, é o único sistema que evitará a interferência política na escolha de juízes”. Por sua vez, Gilberto Bercovici ao expressar acerca da supremacia do poder dada aos juízes, “poder não eleito, diga-se de passagem, em detrimento do Executivo e do Legislativo. Portanto, a questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do ‘positivismo jurisprudencial’) é a substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juízes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? (FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*, p. 102-103).

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 249.

Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.³¹

Tal liberdade tem como desdobramento o ato de vontade, referido na citação mais acima, como sendo o traço distintivo entre a interpretação autêntica e as demais interpretações.

Dessa maneira, é possível relacionarmos a interpretação com a contribuição das partes no processo, dentro da estrutura da decisão jurídica já estudada (vide item 2). A interpretação realizada pelas partes e pela ciência jurídica é considerada *obiter dictum* (mero elemento persuasivo), enquanto a interpretação autêntica do órgão aplicador do Direito constitui a *ratio decidendi* (elemento decisivo, fundamento da decisão).

Vemos, então, que as proposições e o estudo de Kelsen nos trazem os vetores de atuação do ativismo judicial: (i) liberdade do julgador na atividade interpretativa; (ii) uso de argumentos metajurídicos; (iii) meio de interpretação fechada e (iiii) avocação de competências legislativas e executivas.

Sobre os dois primeiros já tivemos oportunidade de discorrer nas linhas acima, e evidenciam o que Vanice do Valle (2009, p.19) identifica como o caráter comportamental do ativismo judicial, que denota a personalidade na tomada de decisões. Já os dois últimos, evidenciam o que a referida autora identifica como o caráter finalístico, relacionado ao “compromisso” do Poder Judiciário com a concretização dos direitos e garantias fundamentais, ou mais ainda, com as normas constitucionais.

Em relação aos dois últimos vetores mencionados somam-se todas as explanações feitas acima e acrescem-se os seguintes apontamentos.

Para se alcançar o provimento jurisdicional final o julgador vale-se de seus próprios conhecimentos jurídicos, de suas impressões e valores pessoais e, ainda, da jurisprudência, sendo esta última, hoje em dia, o ponto argumentativo por excelência³².

A parte conseguirá chamar a atenção do julgador para seus argumentos se estes basearem-se em jurisprudência e, caso ainda assim não logre êxito, será a existência de jurisprudência favorável que lhe garantirá ingressar com recurso³³, sendo este admitido para

³¹ Cf. KELSEN, op.cit.,p. 249.

³² Durante muito tempo, no processo penal, a confissão do réu foi considerada a “rainha das provas”, obtida a confissão não haveria mais necessidade de investigar o caso, afinal quem melhor que o próprio réu poderia ter conhecimento sobre os fatos apurados. Podemos dizer que qualidade semelhante ostenta hoje a jurisprudência, sendo considerada a “rainha das provas”, não se provam mais fatos, se provam a subsunção dos fatos ao entendimento dos Tribunais. A razão não está mais com uma parte porque os fatos por ela demonstrados são verdadeiros e encontram-se sob a guarida do Direito, mas porque em dado momento algum Tribunal decidiu assim.

³³ A jurisprudência no novo Código de Processo Civil é tratada como requisitos de admissibilidade recursal. Como exemplo cita-se o artigo 932, inciso IV, o qual trata da Ordem dos Processos no Tribunal, no qual fica

conhecimento e, quiçá, definir o sucesso ou não da demanda.

Se o direito é aquilo que os Tribunais dizem que é (STRECK, 2014a)³⁴, fato alhures já observado (vide item 2), facilmente se vislumbra que hoje a função de interpretar o direito é prática exclusiva do Poder Judiciário.

A práxis forense e o estudo da ciência jurídica, desenvolvido pela doutrina, hoje, buscam na jurisprudência, o pressuposto de validade do direito, tornando aquela, respectivamente, o arrimo da argumentação dos advogados e o seu objeto de estudo. Assim, é que atualmente as decisões judiciais são fundamentadas na jurisprudência, bem como a interposição de recurso é condicionada à existência de Súmula ou precedente judicial que corrobore a questão controvertida.

Nesse sentido, tem sido as alterações legislativas, mais sensivelmente sentidas no Novo Código de Processo Civil, que traz inúmeras alterações que reforçam a supremacia da jurisprudência, a indicar a adesão do Poder Legislativo ao ativismo judicial.³⁵

A interpretação fica, assim, restrita ao entendimento dos Tribunais sobre o direito, a jurisprudência foi alçada à condição de legitimante deste e de sua validade, somente sendo compreendido e aplicado a partir dos conhecimentos, valores e consciência do julgador e, principalmente dos acórdãos e julgados dos Tribunais Superiores, devido ao seu amplo alcance, e mais ainda das Súmulas, que são a expressão maior desse movimento.

Feitas estas considerações resta-nos descortiar acerca do vetor relativo à avocação de competência legislativa e executiva pelo Poder Judiciário, a partir da prática do ativismo judicial.

Mais uma vez recorremos ao estudo de Hans Kelsen para melhor compreender o ativismo. O referido jurista ao tratar de interpretação afirmou que a interpretação autêntica é aquela realizada pelos órgãos capazes de criar o direito, sendo eles o órgão aplicador do Direito (Poder Judiciário) e o Poder Legislativo, e foi dito ainda que aquele cria norma jurídica individual, enquanto este cria norma jurídica geral e abstrata.

Todavia, já expusemos que a presente atuação do Poder Judiciário, tem criado norma jurídica de caráter geral e abstrato e, ainda, que a decisão judicial, hoje, encerra em si, atributos e qualidades semelhantes àqueles de que são dotadas as leis, sendo, por vezes, encaradas como se fossem substitutivas dessas.

Foi observado também que o ativismo judicial e a jurisprudencialização decorrem da inércia e ineficácia dos Poderes Legislativo e Executivo, reclamando, assim, a sociedade à

evidenciada a importância da jurisprudência, uma vez que aquele dispositivo autoriza que o relator negue seguimento a recurso nas hipóteses nele previstas.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: decido conforme minha consciência?, p. 18

³⁵ Apenas para citar novamente alguns, temos os arts. 927 e 932, IV (Novo Código de Processo Civil).

efetivação de seus direitos sociais e fundamentais.

Estes primeiros exigem do Estado uma atitude positiva, de realização e/ou execução, e não meramente uma postura negativa de abstenção (relativa às liberdades de primeira geração). Nessas situações, em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo deixam de atuar conforme as diretrizes e ditames constitucionais, o Poder Judiciário é chamado, acionado a intervir e fazer valer a Constituição.

Soma-se à aludida inércia dos demais poderes a supremacia da Constituição, a qual se deve, em boa parte, a expansão do Poder Judiciário. Não interessa mais a quem cabe o quê na repartição de funções estatais, na sociedade pós-moderna, há a sujeição destas funções e do próprio Estado à vontade do povo consignada na Constituição.

A corrupção, a falta de compromisso público e o *lobby*³⁶ existentes mais forte e nitidamente nos Poderes Executivo e Legislativo, levaram estes ao descrédito, e reiteramos, levaram a sociedade a se valer do Poder Judiciário onde podem atuar diretamente na concretização de seus direitos.

Como atuação legislativa do Poder Judiciário podemos citar as Súmulas, os precedentes judiciais e o controle de constitucionalidade, em razão da força normativa que ostentam.

Por meio das Súmulas, principalmente, aquelas de efeito vinculante, editadas pelo Supremo Tribunal Federal – consideradas a maior expressão dessa legislação imprópria do Poder Judiciário – são emitidos enunciados de conteúdo normativo derivados da jurisprudência (decisões reiteradas num mesmo sentido) em matéria constitucional, os quais vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário (inferiores) e a administração pública, direta e indireta das esferas federal, estadual e municipal. São, assim, prescrições normativas prévias com efeitos futuros (válidas a partir de sua publicação na imprensa oficial), de caráter geral e vinculante. Para Lenio Streck e Georges Abboud as súmulas vinculantes são [...] prescrições literais e abstratas no formato legislativo [...].³⁷

Pelos precedentes judiciais os Tribunais e seus órgãos julgadores – já não mais se trata de ato de exclusividade do Supremo Tribunal Federal – “criam” normas gerais, abstratas e futuras à semelhança das súmulas, contudo, os precedentes não tem, formalmente, caráter vinculativo aos órgãos que não compõem o Poder Judiciário.

³⁶ Lobby é o nome que se dá à atividade de pressão, ostensiva ou velada, de um grupo organizado com o objetivo de interferir diretamente nas decisões do poder público, em especial do Poder Legislativo, em favor de causas ou objetivos defendidos pelo grupo. Lobby: In Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Lobby>>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?, p. 77.

Por fim, no controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, emite decisões acerca da constitucionalidade ou não de leis e atos normativos em geral, verificando a sua validade frente à Constituição. As decisões emitidas nesta modalidade de controle são dotadas de efeitos *erga omnes* e vinculante, sendo a lei, se declarada inconstitucional, expurgada total ou parcialmente, havendo aí, uma substituição do seu conteúdo pela interpretação da Corte Constitucional.

No que toca à atuação do Poder Judiciário na função executiva do Estado, podemos mencionar a implantação por aquele de políticas públicas, quando há lei ou norma constitucional que garanta ao indivíduo algum direito e sua execução não fora efetuada pelo Poder Executivo.

Como exemplo, temos, anualmente, no país, inúmeras decisões que determinam, em regra, sob o pagamento de multa diária, a construção de uma escola ou hospital em específica localidade, tratamento médico, matrícula em escola, entre outras, baseadas, notadamente, nos direitos fundamentais.

Dadas essas noções, veremos agora os elementos que distinguem o ativismo judicial da prática da jurisprudencialização do direito.

5 A ANÁLISE DA DISTINÇÃO ENTRE A JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO E O ATIVISMO JUDICIAL

Nos textos e estudos que se debruçam sobre o atual papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, e sobre os temas correlatos como constitucionalismo, politização da justiça, legitimidade democrática e outros, é comum vermos referência à jurisprudencialização do direito e ativismo judicial como se fossem designativos de um mesmo objeto.

Na verdade, vemos a utilização de três expressões como se fossem sinônimas e que servem para identificar essa expansão do Poder Judiciário, tanto nos aspectos funcional (redimensionamento de suas funções típicas), quantitativo (aumento na demanda processual, cultura de litigiosidade), e qualitativo (referente ao alcance e conteúdo das decisões judiciais).

Assim, a jurisprudencialização do direito, o ativismo judicial e a judicialização da política³⁸, por vezes, referem-se ao mesmo assunto, sem, contudo, que haja por parte daqueles que as usam um rigor científico em determinar o seu significado.

Desde já assentamos que não iremos nos deter aqui em delimitar cada um dos “movimentos” acima mencionados, o ponto central da discussão proposta no presente trabalho consiste na distinção entre a jurisprudencialização do direito e o ativismo judicial, sobre os quais se identifica uma preponderante confusão epistemológica; por este motivo se optou por excluir a judicialização como objeto de estudo.

A confusão que há entre o uso de uma ou outra expressão se justifica por vários motivos, dentre estes podemos destacar que o estudo sobre a expansão do Poder Judiciário e sua atuação é recente, alguns poucos doutrinadores se aventuraram no tema antes dos anos 2000, entres estes se citam Mauro Cappelletti com a sua obra “Juízes Legisladores?”, de 1993; Lenio Luiz Streck, com a sua obra “Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função”, de 1998 e ainda o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes em artigo intitulado “O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas”, de 1999.

As obras, a exemplo das duas últimas referidas, abordavam um ou outro aspecto, isolado, como as súmulas, o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, todavia, sem relacioná-los e identificar no seu conjunto a expressão de algo maior, relativo à aludida expansão da atuação do Poder Judiciário.

³⁸ Para Clarissa Tassinari “[...] a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acaba, por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (positiva ou negativa) deste.” TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. p. 23.

Outro motivo diz respeito à própria atuação do Poder Judiciário que, apesar de ter suas funções ampliadas e maximizadas pela Constituição Federal de 1988 e pela adoção do Estado Democrático de Direito, ainda se mostrava tímido na primeira década após a promulgação da Carta Magna.

Nesses primeiros anos que se seguiram à Constituição Federal de 1988, a postura do Poder Judiciário e, principalmente, dos Tribunais Superiores, mantinha-se apegada à tradicional repartição de poderes e ao rigor da lei, base do sistema jurídico da *civil law*, no qual expressamente se orienta o ordenamento jurídico brasileiro.

A propagação dos meios de comunicação, por exemplo, possibilitaram o conhecimento, pela população, dos direitos legalmente previstos e dos meios de exercê-los, gerando, assim, o aumento na demanda processual.

A par disso, foram tomadas medidas tendentes a promover o acesso à Justiça pela população, dentre as quais a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas.

Por outro lado, ainda que a produção legislativa no Brasil seja uma das mais altas do mundo³⁹, a atividade legislativa não é capaz de acompanhar a evolução e o crescimento das relações intersubjetivas.

Com a conjugação desses fatores, o Poder Judiciário se viu diante de situações e fatos concretos que lhe exigiam fazer uso dos poderes conferidos pela Constituição Federal de 1988, e, mais do que isso, viu a necessidade de ampliação desses poderes.

Tido por muito tempo como um Poder mecanicista, sem racionalidade e vontade política, a inércia dos demais Poderes e a supremacia da Constituição, notadamente dos direitos e garantias fundamentais, mudaram radicalmente esse panorama, passando o Poder Judiciário a se inserir no cenário político do país a partir de uma postura proativa.

Sendo-lhe exigida cada vez mais uma atuação mais dinâmica, seus julgados começaram a influenciar a realidade brasileira, sendo então notado.

Há de se destacar que os números que são crescentes, espelham uma realidade vivida não apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional, mas igualmente nos Tribunais de todo o país.

Como já observado ao longo do trabalho, há uma intrínseca relação entre a cultura de litigiosidade que leva ao conseqüente aumento da demanda processual com a jurisprudencialização do direito e o ativismo judicial.

³⁹ Segundo notícia veiculada, entre os anos de 2007 e 2010 o Brasil sancionou e promulgou 938 leis, sendo 912 leis ordinárias, 12 leis complementares e 14 emendas constitucionais. <http://acritica.uol.com.br/noticias/Brasil-registra-recorde-producao-leis_0_395360487.html> Acesso em: 4 de novembro de 2017.

Porém poderíamos, por exemplo, ter poucas demandas e ainda assim ter práticas ativistas e jurisprudencializadas. Estas decorrem mais do conteúdo das decisões do que da quantidade de decisões proferidas.

Foi também sob esse enfoque, agora não mais dos números, e sim do que há por trás deles, que o Poder Judiciário, a partir da década que se seguiu ao ano de 2000, foi ganhando espaço no cenário político do país.

Decisões tais como o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca do pagamento do serviço de iluminação pública mediante taxa, o qual culminou na edição da Súmula 670 (“o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”), aprovada em 2003, entendendo aquela Corte negativamente pela remuneração do referido serviço mediante taxa, por se tratar de serviço público de natureza *uti universi*; ou ainda, a decisão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu não ser possível a extinção do processo de ofício em razão do abandono da causa do autor, que culminou na edição da Súmula 240 (“a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu”), aprovada em 2000, chamaram a atenção da mídia, dos juristas e estudiosos da ciência do direito, por causarem grande impacto na sociedade.

A Súmula 670 do Supremo, ao declarar a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de iluminação pública, possibilitou que as pessoas ingressassem no Poder Judiciário requerendo a suspensão da cobrança e a restituição dos valores anteriormente pagos a esse título, tudo isso em desfavor do Município credor.

Já a Súmula 240 do Superior Tribunal de Justiça teve como base julgamento que expressamente afastou a literalidade do artigo 267, inciso III do então vigente à época Código de Processo Civil de 1973, dando-lhe nova interpretação, esta fundada em princípio. Vejamos a ementa do referido julgado que evidencia bem essa tendência ativista que estava tomando força no Brasil:

PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ABANDONO (ART. 267, III, § 1º, CPC). EXECUÇÃO. FRUSTRAÇÃO NA VENDA DOS BENS PENHORADOS. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E DA UTILIDADE PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DE OFÍCIO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO. I - Concluindo as instâncias ordinárias, com base nas circunstâncias da causa, que não restou caracterizada a desídia do autor no prosseguimento do processo, a pretensão recursal não prescindiria do revolvimento de tais circunstâncias, procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor do enunciado n. 7 de sua súmula. II - Em observação aos princípios da economia e da utilidade processuais, não se recomendando a interpretação meramente literal, não se justifica, mesmo com a ausência de manifestação do exequente quando intimado para dar prosseguimento ao processo, a extinção da execução, com base no artigo 267-III, § 1º, CPC, em fase em que inclusive já ocorrente uma tentativa frustrada de venda dos bens penhorados. III - Não se faculta ao juiz, na hipótese do inciso III do art. 267, CPC, extinguir o processo de ofício, sendo imprescindível o requerimento

do réu. Inadmissível presumir-se desinteresse do réu no prosseguimento e solução da causa

(STJ - REsp: 168036 SP 1998/0019957-8, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 05/08/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.09.1999 p. 69 JSTJ vol. 19 p. 422 RSTJ vol. 144 p. 96) (BRASÍLIA, 1999)

Ante esse quadro, não havia mais como passar despercebida a expansão do Poder Judiciário, surgindo, então, a partir do ano 2000, vários trabalhos, artigos e estudos a respeito, os quais contribuíram para o reconhecimento da existência desses movimentos ativistas e jurisprudencializados.

Apesar disso, não poderíamos esperar que nos anos após a intensificação destes, apesar dos inúmeros e brilhantes trabalhos a respeito, tivéssemos uma definição clara da identidade de cada um desses recentes movimentos que, hoje, constituem práticas fortemente enraizadas na práxis forense e no direito brasileiro.

E nem é essa a pretensão deste trabalho, não nos propomos aqui a apresentar uma tese irrefutável, longe disso, o objetivo é apenas chamar a atenção do leitor para a existência de diferenças conceituais e ontológicas entre a jurisprudencialização do direito e o ativismo judicial.

Assim, como ponto de partida do presente estudo, é necessário fixarmos a origem de um e de outro, seguindo com as respectivas características e alcançando, ao final, as diferenças que lhes dão identidade própria e a relação que há entre os dois, tudo isso tendo por base as exposições desenvolvidas nos tópicos anteriores.

Como vimos, a construção do ativismo judicial não se deu de forma racional, lógica e científica. Foi assim, surgindo em meio à evolução das necessidades sociais, culturais, econômicas e políticas. Não é um produto da ciência jurídica, é um produto do meio, construído paulatinamente nos julgamentos dos processos pelos órgãos jurisdicionais.

Tem como fatores determinantes a ausência de leis reguladoras de situações complexas que são postas à apreciação pelo Poder Judiciário; o aumento da demanda processual e a supremacia da Constituição. Em breves linhas veremos cada um deles.

O Poder Judiciário passou a ser visto como a “luz no fim do túnel”, repousando sobre si a esperança para a concretização dos direitos e garantias fundamentais. Neste, a sociedade poderia atuar diretamente fazendo valer seus direitos previstos constitucionalmente. Houve, como consequência, um aumento na demanda processual.

Ao mesmo tempo, novas relações surgiam, sem que houvesse o devido amparo legal, não encontrando os julgadores na lei a solução para o caso concreto.

Chamado a intervir, o Poder Judiciário, dotado de membros com “reputação ilibada” e “notável saber jurídico”⁴⁰, assumiu o compromisso de aplicar a Constituição. Mais do que isso, o Poder Judiciário assumiu o compromisso de, por meio da aplicação da Constituição, mudar a realidade brasileira e efetivar seus fundamentos e objetivos fundamentais (artigos 1º e 3º) e demais normas constitucionais que com eles se relacionam.

É, justamente, esse sentimento de mudança, de construir uma nova realidade que constitui o núcleo do ativismo judicial. Tem a sua origem no desejo da sociedade de concretizar seus direitos, desejo que se transfere ao Poder Judiciário por meio dos processos judiciais.

Valendo-se da sua função de aplicador da lei, a qual pressupõe uma atividade interpretativa, não houve obstáculos, de caráter legal, para que fosse adotada essa postura proativa (daquele que toma a iniciativa da ação).

Na verdade, aos questionamentos nesse sentido, se tal postura é legítima ou não, sem adentrar nas inúmeras críticas a respeito, há sempre a resposta de que sua atuação é pautada na Lei Maior, a Constituição Federal.

No que toca à jurisprudencialização do direito, o contexto de sua origem é semelhante ao do ativismo judicial acima exposto.

O Poder Judiciário, como vimos, ganhou contornos heroicos ao ser imbuído da tarefa de solucionar os problemas sociais que afligiam a sociedade.

Em decorrência, fora instaurada no Brasil uma cultura de litigiosidade, por meio da qual toda pretensão e todo interesse conflitante, devem ser validados e somente são executáveis por meio de uma decisão judicial.

Todavia, não possuía o Judiciário estrutura para lidar com a quantidade de processos que ingressavam todos os anos. Não havia capacidade física, orçamentária, de recursos humanos (servidores e magistrados), procedimental e nem gerencial adequadas.

Em razão disso, processos começaram a se arrastar por anos e anos, e quando, então, eram julgados definitivamente, a demora no trâmite prejudicava lhes a efetividade.

Assim, da necessidade de oferecer eficaz solução em tempo hábil e de se adaptar a essa nova realidade, o Poder Judiciário viu na padronização decisória o caminho para combater a morosidade processual.

Porém, como vimos alhures, não há entre o aumento na demanda processual e a jurisprudencialização do direito uma relação de causa e efeito, pois poderíamos ter poucos

⁴⁰ Artigo 101, *caput* da Constituição Federal: “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”

processos e ainda sim ter práticas jurisprudencializadas. Portanto, não se pode concluir, precipitadamente, tal relação entre uma e outra.

A *common law* é o sistema jurídico surgido no direito inglês, e adotado em outros países, formado a partir dos precedentes judiciais, valendo-se como fonte do direito da decisão judicial, como resultado de uma atividade interpretativa do caso concreto à luz dos costumes predominantes e arraigados.

Comumente, se faz a relação entre jurisprudencialização do direito e o sistema jurídico da *common law*, isto porque, a jurisprudencialização utiliza-se de institutos típicos desse sistema, como os precedentes judiciais e a sua vinculação (*stare decisis*).

Para relembrar (vide o exposto no item 2), por precedente entende-se a decisão judicial aplicada em determinado caso concreto e que tem suas razões de decidir (*ratio decidendi*) utilizadas em caso análogo e futuro, servindo de base para a decisão judicial a ser proferida neste.

Inegável a forte influência da *common law* na formação da jurisprudencialização do direito, tendo esta prática encontrado naquele sistema os mecanismos necessários para fomentar a padronização decisória e, igualmente, buscar na decisão judicial outra fonte do direito além da lei.

Contudo, quando houve a importação dos aludidos institutos jurídicos para o direito brasileiro, observou-se uma mitigação na sua forma de aplicação, de modo que, hoje, não há como equiparar o precedente judicial e o *stare decisis* da *common law* com as técnicas de padronização decisória da jurisprudencialização do direito, notadamente, as súmulas. Acerca dessas diferenças, Lenio Streck e Georges Abboud afirmam que:

“[...] inexistente aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e, após ser localizado, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto ele virá a solucionar e se possível utilizá-lo sem que ocorram graves distorções, porque se elas ficarem caracterizadas, o precedente deverá ser afastado.”

Outra diferença acentuada pelos doutrinadores acerca do referido sistema e a aludida prática é a existência naquele de técnicas de superação dos precedentes (*overruling* e *overriding*)⁴¹, ainda não encontradas na jurisprudencialização do direito.

⁴¹ Segundo Didier, Braga e Oliveira “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculativa e é substituído (*overruled*) por outro precedente.” Enquanto “há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de regra ou princípio legal.” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 354).

Vimos também que a jurisprudencialização reside na jurisprudência como fonte do direito e que esta última é conceituada como o conjunto de decisões reiteradas num mesmo sentido. Na jurisprudencialização do direito o fundamento da decisão judicial não reside mais na lei, mas sim na jurisprudência construída a partir da interpretação da lei ante o caso concreto pelos órgãos julgadores. A jurisprudência atua como legitimadora do direito e de sua aplicação.

Pela jurisprudencialização houve uma alteração de paradigma, o Judiciário passou a valer-se de suas próprias decisões como substrato para decidir, sem socorrer-se da lei.

Isto ocorreu em razão da necessidade de maior interpretação da lei pelo Judiciário, seja para conformá-la com a Constituição, seja para atualizá-la ou ainda para extrair dela o sentido que melhor atenda ao caso concreto.

Ademais, difundiu-se no Brasil uma tendência de valorização dos juízes em detrimento dos legisladores, reconhecendo-se naqueles pessoas de elevado conhecimento e, por isso, mais aptos a aplicar o direito e interpretar a lei. Nesse sentido, Jeremy Waldron: “construímos [...] um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com a má fama do legislar [...]”⁴² (2003, p.2).

Dito isto, concluímos que o aumento na demanda processual não constitui a origem da jurisprudencialização do direito, embora lhe impulse, tampouco se pode atribuir a sua origem ao sistema jurídico da *common law*, apesar da forte influência deste na sua formação; por fim, identificamos a sua origem na supervalorização da palavra dos tribunais em prejuízo do conteúdo da lei, que se mostrava desatualizada frente aos progressos e à evolução da sociedade, bem como dissonante dos anseios sociais, revelando-se, por vezes, aquém (disse menos do que deveria), além (disse mais do que deveria) ou até mesmo contrário às normas constitucionais.

Portanto, encontramos na origem da jurisprudencialização do direito e do ativismo judicial a primeira diferença a ser traçada.

Com base nos aspectos estudados na origem de uma e de outra e, levando-se em consideração a abordagem feita nos tópicos anteriores, iremos agora trabalhar com os seus respectivos conceitos, trazendo suas características, de modo a confrontá-las, destacando-se ainda mais a individualidade da jurisprudencialização do direito frente ao ativismo judicial.

No item 2, vimos que a jurisprudencialização do direito é concebida como a liberdade interpretativa do julgador, o qual fundamenta a sua decisão em entendimento consignado em decisão anterior (precedente), não mais carecendo de legitimidade legal, pois

⁴² WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação, p. 2.

encontra guarida na jurisprudência. Revela-se como uma prática de legitimação do direito não mais pela lei e pelos códigos, mas pela palavra dos Tribunais, construída na jurisprudência; o direito e a sua aplicação somente são compreendidos a partir do entendimento majoritário dos Tribunais.

A doutrina aponta como seus fundamentos a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade processual. (FARIA, 2012, p. 80)

Quanto a esta última afirma-se que a observância aos precedentes evita a delonga processual, pois inibe a parte de ingressar com demanda ou recurso já reconhecidamente improcedente ou contrário ao entendimento assentado em situações semelhantes.

Tal entendimento consolidado serve também como orientador das decisões judiciais, notadamente aquelas de lavra dos juízes de 1º grau.

No que toca à segurança jurídica, argumenta-se que a diversidade das decisões judiciais conduz a uma discrepância de entendimentos acerca de uma mesma matéria, o que causa descrença no Judiciário, por evidenciar possíveis julgamentos influenciados por interesses alheios à administração da Justiça. Dessa forma, com a jurisprudencialização, as partes, em tese, podem prever o sucesso ou não de uma demanda judicial.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, que defende a prática da jurisprudencialização, em seu artigo “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”, afirma que a segurança jurídica e a previsibilidade são almeçadas tanto no sistema da *civil law* quanto na *common law*, e que neste “enxergou-se na força vinculante dos precedentes um instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se.” (2013, p. 25)

Já a isonomia reside no tratamento igualitário que partes em idêntica situação recebem do Poder Judiciário por obterem uma mesma solução. Humberto Theodoro, Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2010, p.10) em crítica sobre o tema afirmam que a jurisprudencialização busca “[...] preservar a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas.”

Extraí-se daí que a jurisprudencialização revela-se como um vetor da padronização das decisões judiciais, conferindo a estas estabilidade e previsibilidade, e, aos jurisdicionados, celeridade processual, segurança jurídica e isonomia, “[...] permitindo que todos aqueles que se vejam em idêntica situação de fato e de direito recebam o mesmo (e já esperado) tratamento pelo Judiciário.”, nas palavras de Gustavo de Castro Faria. (2012, p. 82)

Noutro giro, conforme já estudado, identifica-se no ativismo judicial uma postura proativa (daquele que toma a iniciativa da ação) do Poder Judiciário de, a partir de uma

pretensa interpretação da Constituição e dos valores nela contidos, regular situações, fatos e a sociedade como um todo, interferindo na seara de competência dos demais Poderes. Enxerga-se no ativismo judicial o que Mauro Cappelletti chama de “criatividade da jurisprudência” (1999).

Da definição formulada, vimos também que o ativismo judicial caracteriza-se pela liberdade de interpretação do julgador na análise do caso concreto, podendo valer-se de argumentos metajurídicos e juízos de valor - de conotação pessoal -, para se alcançar o resultado da ação (provimento jurisdicional final), resultado este abrangente para além das questões de cunho jurídico.

Ao final, estabelecemos os vetores do ativismo judicial, que nos transmitem seus signos distintivos, quais sejam: (i) liberdade do julgador na atividade interpretativa; (ii) uso de argumentos metajurídicos; (iii) meio de interpretação fechada e (iiii) avocação de competências legislativas e executivas.

Ademais, tem como fundamento um ato de vontade do julgador (fazendo-se ora referência à tese de interpretação autêntica do direito pelo órgão aplicador proposta por Hans Kelsen) de mudar a realidade brasileira.

Ante esse quadro, temos o embasamento necessário para delinear a jurisprudencialização do direito como um movimento próprio, singular, que não deve ser confundido com o ativismo judicial, a despeito de uma atuação conjunta na maximização e expansão da função jurisdicional.

Nessas linhas, sem a pretensão de apresentar um resultado absoluto e livre de testificações, propomos como parâmetros de distinção da jurisprudencialização do direito: a) sua origem imbricada na valorização da palavra dos Tribunais; b) sua natureza de técnica processual voltada à padronização e uniformização decisória; c) seus fundamentos dirigidos à estabilidade e previsibilidade das decisões jurídicas; d) o uso de precedentes judiciais como fonte do direito; e) a utilização da jurisprudência como *ratio decidendi*; f) a liberdade do julgador no “decidir” (desvinculada das argumentações e provas produzidas pelas partes), indicada pela locução “decido conforme a jurisprudência”.

Contraopondo-se, identificamos no ativismo judicial os seguintes traços distintivos: a) sua origem ligada ao ato de vontade do julgador de mudar a realidade sócio-política; b) sua natureza comportamental de uma postura positiva ou negativa (promover ou não o progresso) adotada pelo julgador; c) seus fundamentos voltados à concretização dos direitos fundamentais, sociais e dos valores e normas, previstos na Constituição; d) o uso de valores pessoais, metajurídicos e transcendentais como fonte do direito; e) a utilização da consciência como *ratio decidendi*; f) a liberdade do julgador no “interpretar” o direito e no “decidir”,

indicada na locução “decido conforme a minha consciência”.

Nos termos da referida proposta, demonstraremos ao leitor, na prática, como se revela essa diferenciação através dos julgados ora analisados.

O ativismo judicial, quando ocorre, logo ganha notoriedade nos meios de comunicação, por isso não é difícil reconhecê-lo. Como exemplos, temos os casos acerca do uso de células-tronco embrionárias, tendo o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3510/DF autorizado o seu uso em pesquisas científicas, o reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico, objeto da ADI 4277/DF e a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, discutida na ADPF 54-8/DF.

A matéria tratada nestes casos não encontrava correspondente legal, deparando-se o Supremo Tribunal Federal com situações que exigiam um pronunciamento de cunho social com valor jurídico. Por esta razão, inclusive, que houve a participação de *amicus curiae*, bem como, naquele último, foram realizadas audiências públicas. Os elementos colhidos formaram, juntamente, com o convencimento próprio de cada julgador, o fundamento da decisão proferida.

A título de exemplificação, colaciona-se exposição, veiculada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, acerca do voto do Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADPF 54-8/DF, da qual foi relator,

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”, afirmou o ministro, ao sustentar a descriminalização da prática. Para ele, é inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição.

Em voto longo e baseado nas informações colhidas durante quatro dias de audiência pública realizada pelo STF para debater o tema, o ministro Marco Aurélio concluiu que a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional. Para ele, obrigar a mulher a manter esse tipo de gestação significa colocá-la em uma espécie de “cárcere privado em seu próprio corpo”, deixando-a desprovida do mínimo essencial de autodeterminação, o que se assemelha à tortura.

“Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez”, afirmou, acrescentando estar em jogo a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres, direitos fundamentais que devem ser respeitados. Na interpretação do ministro, ao Estado cabe o dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente antes e depois da decisão, independente de qual seja ela, o que hoje é perfeitamente viável no Brasil. (BRASÍLIA, 2012)

Vê-se que o referido Ministro Relator, em seu voto, discorreu acerca de inúmeras questões de cunho social, político, histórico, científico, tais como a laicidade do Estado brasileiro, dados estatísticos sobre a quantidade de autorizações nesse sentido concedidas anualmente pelo Poder Judiciário, capacidade de autodeterminação da mulher, entre outros,

desprovidos de conteúdo técnico-jurídico.

Noutro giro, conforme já observado, a jurisprudencialização do direito encontra-se presente nas reformas legais, notadamente aquelas de caráter processual, como técnicas de padronização decisória, sendo, assim, encontradas tanto em dispositivos legais, como também em julgados que evidenciam a sua prática.

Clara está a distinção entre a aplicabilidade dos movimentos acima. Enquanto a jurisprudencialização atua reforçando a hierarquia jurisdicional dos Tribunais, principalmente, os Tribunais Superiores que, inclusive, neste ponto receberam especial atenção pela Constituição Federal de 1988, bem como estabelecendo “standards interpretativos” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 10), o ativismo atua inovando na ordem jurídica por meio dos julgados dos órgãos jurisdicionais que passam a decidir com base em critérios extralegais e, igualmente, decidir questões extralegais.

Conclui-se, então, que, apesar da estreita ligação existente entre eles, constituindo a jurisprudencialização do direito e o ativismo judicial dois lados de uma mesma moeda (a expansão do Poder Judiciário), não é possível determiná-los como designativos de um mesmo objeto, havendo entre ambos distinções conceituais e ontológicas que os colocam em posição paralela e não em sinonímia, como vem sendo tratados pela doutrina em geral.

Não obstante a delimitação traçada, a intersecção entre ambos é evidente, podendo-se extrair do estudo de suas características e diferenças o reflexo do ativismo judicial na jurisprudencialização do direito na medida em que promove a abertura do campo de atuação do Poder Judiciário para se pronunciar acerca de questões extralegais de cunho social-político, numa sociedade carente de políticas públicas voltadas ao bem-estar, a qual, diante dessa nova possibilidade de atuação direta para a mudança da realidade brasileira, encontra no processo judicial o agente transformador dessa realidade.

Dessa forma, o ativismo “abre as portas” para uma demanda reprimida, causando um crescente e intenso aumento no volume de processos em trâmite no Poder Judiciário, o qual se encontra despreparado e sem estrutura para atuar nessas ações em massa. Não há, por parte daquele Poder, instrumentos eficazes, seja de ordem qualitativa (leis reguladores das situações postas à apreciação) seja de ordem quantitativa (órgãos jurisdicionais em número suficiente para atender à demanda).

Nesse cenário, a jurisprudencialização do direito, por meio da padronização decisória e do uso de precedentes judiciais e de sua vinculação, mostrou-se como uma alternativa a uma situação promovida pelo ativismo judicial, revelando-se um reflexo deste.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como preconizado na introdução deste trabalho, percorremos o desenvolvimento da jurisprudencialização do direito no Brasil, discorremos sobre a sua aplicabilidade, trouxemos a definição e os elementos do ativismo judicial, e ao final, confrontamos a origem, as características e a aplicabilidade de um e de outro, traçando, assim, a distinção entre aquela e o ativismo judicial, identificando-se a relação existente.

Para tanto, nos apoiamos nos estudos já realizados por diversos doutrinadores como Lenio Streck, um dos juristas que mais problematizam o ativismo judicial, sendo relevante a sua contribuição também no estudo dos precedentes; Humberto Theodoro, Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Rafael Oliveira, que em seus trabalhos nos trazem as noções conceituais de ativismo, outras relativas à atuação do Supremo Tribunal Federal, notadamente acerca do alcance de suas decisões, a crise democrática e das instituições atravessada atualmente pelo Brasil; Luiz Guilherme Marinoni, defensor do respeito aos precedentes judiciais e que tem dedicado muitos trabalhos sobre a sua aplicabilidade no Brasil; Gustavo de Castro Faria que, em livro, originado de sua dissertação de mestrado, trabalhou o tema da jurisprudencialização do direito no contexto da processualidade democrática, promovendo ricas incursões sobre suas características e aplicabilidade; entre outros de igual e fundamental importância.

Com base no estudo promovido a partir da leitura das obras referenciadas, tornou-se possível, primeiramente, conceituar a jurisprudencialização do direito como sendo uma técnica de padronização decisória que tem como seus mecanismos os precedentes judiciais e a sua vinculação.

É pautada na liberdade decisional dos Tribunais e do julgador de, na análise do caso concreto, decidir desvinculados das argumentações produzidas pelas partes, fundamentando a sua decisão em entendimento consignado na jurisprudência. Por esta prática, a *ratio decidendi* reside no precedente judicial e na jurisprudência e não mais na lei, esta já não é mais a fonte imediata do direito.

Revela-se em nosso ordenamento a partir dos dispositivos legais que fomentam a uniformização/padronização decisórias e reforçam a hierarquia jurisdicional, a exemplo do instituto da Reclamação Constitucional (artigo 102, inciso I, alínea “I” da Constituição Federal de 1988) e dos artigos mencionados ao longo do trabalho do Código de Processo Civil, que trazem o julgamento por amostragem e o instituto da repercussão geral.

Tem-se difundido e orientado grandes reformas legislativas, como o foi o Novo Código de Processo Civil, havendo a adesão do Poder Legislativo, sendo por alguns aclamada como a solução da morosidade processual e a, conseqüente, problemática da falta de

efetividade, por oferecer celeridade no trâmite processual e segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade nos julgados a ser proferidos, decorrentes da pronta resposta a situações idênticas.

Noutro giro, vimos que o ativismo judicial se reflete como uma postura proativa do Poder Judiciário, daquele que toma a iniciativa da ação, a qual reside no desejo de mudar a realidade sócio-política brasileira. Tal desejo é transferido pelas partes por meio do processo judicial, sendo depositadas naquele a esperança de concretização dos direitos sociais e fundamentais, em razão da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo e da possibilidade de atuação direta pelas partes nesse sentido.

Por meio do ativismo judicial o Poder Judiciário passa a se manifestar acerca de questões de cunho social e político, afetas à competência dos demais Poderes.

Neste caso, ante a ausência de regulação legal sobre o tema, para se alcançar o provimento jurisdicional final, o julgador se vale de seus próprios conhecimentos, valores pessoais, entre outros argumentos metajurídicos e transcendentais. Há, na verdade, uma manifestação de cunho social-político, com valor jurídico.

Da análise das características da jurisprudencialização e de seu desenvolvimento, bem como do exame do ativismo judicial, foi possível traçar entre ambos suas diferenças conceituais e ontológicas, de modo a identificar na jurisprudencialização uma prática singular, que não se confunde com o ativismo, a despeito do paralelo existente, uma vez que convergem para a atual tendência expansionista do Poder Judiciário.

Concluiu-se que não há como estabelecer entre a jurisprudencialização do direito e o ativismo judicial identidade de objeto. Enquanto aquela atua como técnica de padronização decisória, originada na supervalorização da palavra dos Tribunais com fundamento na celeridade processual, estabilidade e previsibilidade das decisões jurídicas e no uso de precedentes como fonte do direito; o ativismo constitui não uma técnica processual, mas uma postura do Judiciário ligada à vontade do julgador de mudar a realidade sócio-política (origem) por meio da concretização dos valores e normas constitucionais (fundamentos), valendo-se na decisão judicial decorrente dessa prática da consciência como fonte do direito.

O fato de haver em ambos um grau de liberdade decisional até então não presente num ordenamento jurídico orientado pela *civil law* não os coloca em patamar de igualdade.

E nesse estudo das características da jurisprudencialização do direito e das diferenças desta frente ao ativismo judicial extraímos a relação que há entre eles, inferindo-se que este último conduz à jurisprudencialização do direito na medida em que promove a abertura do campo de atuação do Poder Judiciário, fazendo com que matérias, antes exclusivas dos demais Poderes, passem a ser, igualmente, objetos daquele, principalmente aquelas afetas ao

Poder Legislativo, levando o Poder Judiciário a pronunciar-se acerca das leis, interpretando-as e conferindo-lhas sentido próprio, além de promover o aumento da demanda, provocando no Poder Judiciário uma tendência à padronização decisória com o fim de atender à celeridade e a efetividade na prestação do serviço jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3588>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil 1973. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 3 de setembro de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 de agosto de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 764723 SP. Aplicação de multa pelo atraso no envio de documentos fiscais, necessidade de reexaminar as provas e analisar a legislação infraconstitucional, impossibilidade, ausência de julgamento da validade de lei ou ato de governo local contestado face a Constituição, incidência das Súmulas 279 e 284 do Supremo Tribunal Federal, ofensa constitucional indireta, negado seguimento. Relator Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça, Brasília**, 30 ago 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 DF. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Relator Ministro Ayres Britto. **Diário de Justiça, Brasília**, 28 maio 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 DF. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Relator Ministro Ayres Britto. **Diário de Justiça, Brasília**, 14 out 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 DF. Inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator Marco Aurélio. **Diário de Justiça, Brasília**, 30 abr 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 5531 DF. Reclamação, com pedido de liminar, em face de decisão proferida pela Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, que entendeu ser abusiva e, portanto, nula a cláusula que estabelece a devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente apenas no final do encerramento do grupo, bem como limitou em 12% (doze por cento) a taxa de administração. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. **Diário de Justiça, Brasília**, 31 març 2011.

BULOS, Uadi Lammego. Constituição Federal anotada. 10 ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 2.

FARIA, Gustavo de Castro. Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/HansKelsenTeoria.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, jan./jun.2013. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2013v62p179/249>>. Acesso em: 3 de outubro de 2017.

MEDEIROS, Cristiano Carrilho de. Manual de história dos sistemas jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 01, n. 4, ago. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. O direito como instrumento de realização da justiça e a missão constitucional do juiz na elaboração das decisões judiciais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 96, p. 271-286, 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67504/70114>>. Acesso em: 8 de outubro de 2017.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 179-208, jan./jun.2013. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2013v62p179/249>>. Acesso em: 5 de novembro de 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial. Coluna Diário de Classe. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 1 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b, v. 3.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014c.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves

considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise de convergência entre o *common law* e o *civil law* e dos problemas da padronização decisória, Revista de Processo, São Paulo, ano 35, n. 189, p. 9 – 52, nov. 2010. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/220033924_Breves_consideraes_da_politizao_do_judicio_e_do_panorama_de_aplicao_no_direito_brasileiro_-_Anlise_da_convergncia_entre_o_civil_law_e_o_common_law_e_dos_problemas_da_padronizao_decisria>. Acesso em: 13 de setembro de 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.