



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO
NORTE
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO *LATU SENSU* EM
DIREITO PROCESSUAL CIVIL – 7ª TURMA

**ATIVISMO JUDICIAL E NEOPROCESSUALISMO NO
CONTEXTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

ADRIANO BERNARDO DE FRANÇA

Agosto, 2015
Natal – RN

ADRIANO BERNARDO DE FRANÇA

ATIVISMO JUDICIAL E NEOPROCESSUALISMO NO CONTEXTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada ao Curso de Especialização *Latu Sensu* em Direito, com área de concentração em “Direito Processual Civil”, do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – Uni-RN, como requisito para a obtenção de título de Especialista em Processo Civil.

Área de Concentração: Direito Processual Civil

Orientador: Prof. Ms. José Albenes Bezerra Júnior.

Agosto, 2015
Natal – RN

ADRIANO BERNARDO DE FRANÇA

**ATIVISMO JUDICIAL E NEOPROCESSUALISMO NO
CONTEXTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização *Latu Sensu* em Direito, com área de concentração em “Direito Processual Civil”, do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – Uni-RN, como requisito para a obtenção de título de Especialista em Processo Civil.

Banca Examinadora

Prof. Ms. José Albenes Bezerra Júnior

Membro da Banca

Membro da Banca

Dedico este trabalho aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte maior de toda sabedoria, pelas tantas provas de sua existência e amor.

Aos meus pais, minha base;

A meu irmão e minha irmã, pela certeza de sempre poder contar;

A toda minha família, por sempre torcer;

Aos amigos, por sempre passarem boas energias;

À minha namorada, pelo companheirismo, carinho e compreensão;

Aos colegas de pós-graduação do UNI/RN, pelo aprendizado passado nas várias conversas e trabalhos;

Aos professores e funcionários do UNI/RN, pelo enriquecimento acadêmico-científico e pessoal.

RESUMO

O presente trabalho monográfico é fruto de uma pesquisa desenvolvida no âmbito do Direito Constitucional e Processual Civil, notadamente nos campos da Teoria Geral da Constituição e da moderna Teoria Geral do Processo, e tem como objetivo tratar do fenômeno do ativismo judicial e da sua relação com as teorias do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo no contexto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, bem como das implicações destes para a ocorrência ou não do referido fenômeno. Por meio de uma análise teórico-doutrinária e legal, buscou-se verificar como deve ser compreendido o ativismo judicial, em seus aspectos históricos e conceituais; o que pode ser entendido por neoconstitucionalismo, revisando suas proposições teóricas, em especial naquilo que se relaciona com o tema; qual o contexto de surgimento do neoprocessualismo, os elementos que compõem o seu conceito; a previsão de artigos relacionados ao neoprocessualismo no Novo CPC que significam inovações e as alusões, decorrências e resultados que podem surgir dessa previsão no que diz respeito à ocorrência do ativismo judicial. Para tanto, a presente pesquisa foi dividida em três partes. Na primeira, é trabalhado o fenômeno do ativismo judicial. Na segunda, é dedicado espaço ao neoconstitucionalismo. Na terceira, aborda-se mais diretamente a teoria do neoprocessualismo e o Novo CPC. Nesta última parte, é feita uma análise de uma série de dispositivos deste código, apresentadas e levantadas algumas reflexões sobre as inovações demonstradas e as implicações resultantes na atuação dos juízes e tribunais, de um modo geral. Por fim, traz-se uma síntese das conclusões a que se chegou com o presente trabalho.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Novo CPC.

ABSTRACT

This monograph is the result of research carried about the Constitutional Law and Civil Procedure, notably in the fields of the Constitution General Theory and Modern Process General Theory, and aims to deal with the judicial activism phenomenon and its relationship with theories of neoconstitutionalism and neoprocessualismo in the context of the New Brazilian Civil Procedure Code, as well as the implications for the occurrence or otherwise of this phenomenon. Through a theoretical, doctrinal and legal analysis, it sought to verify how it should be understood judicial activism, in its historical and conceptual aspects; which can be understood by neoconstitutionalism, revising its theoretical propositions, especially that which relates to the subject; which neoprocessualismo the emergence of context, the elements that make up your concept; the articles related to neoprocessualismo the New CPC meaning innovations and allusions, derivations and results that may arise from this forecast with regard to the occurrence of judicial activism. Therefore, the present study was divided into three parts. At first, it worked the judicial activism phenomenon. The second is space dedicated to neoconstitutionalism. In the third, it was worked more directly the theory of neoprocessualismo and New CPC. In this last part, an analysis of a series of devices of this code is made, presented and raised some reflections on innovations demonstrated and the resulting implications for the performance of judges and courts in general. Finally, it brings a summary of the conclusions arrived at in this work.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ATIVISMO JUDICIAL	12
1.1 AS ORIGENS HISTÓRICAS DO ATIVISMO JUDICIAL.....	12
1.2 CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL	16
1.3 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL	18
2 NEOCONSTITUCIONALISMO	26
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	26
2.2 CONCEITO DE NEOCONSTITUCIONALISMO	27
2.3 ANÁLISE CRÍTICA DAS MUDANÇAS (IM)POSTAS PELO NEOCONSTITUCIONALISMO	29
3 NEOPROCESSUALISMO NO CONTEXTO DO NOVO CPC E SUAS IMPLICAÇÕES NA OCORRÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL	33
3.1 CONJUNTURA DO SURGIMENTO DO NEOPROCESSUALISMO	33
3.2 CONCEITO DE NEOPROCESSUALISMO.....	35
3.3 ANÁLISES DE INOVAÇÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS SUAS IMPLICAÇÕES PARA A OCORRÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL	39
3.3.1 Marco da instauração do neoprocessualismo ou de um modelo de processo civil constitucionalizado.....	40
3.3.2 Consagração do direito fundamental ao acesso à justiça, inafastabilidade da jurisdição e a busca pela solução extrajudicial e consensual de conflitos no Novo CPC	41
3.3.3 Consagração do direito fundamental à razoável duração do processo.....	43
3.3.4 Princípio da cooperação no Novo CPC	44

3.3.5 Dever de consulta às partes e o necessário tratamento paritário para consecução de um contraditório efetivo.....	46
3.3.6 Publicidade das decisões e dever de fundamentação	47
3.3.7 O modo de aplicação do ordenamento jurídico no contexto do novo CPC: humanização e socialização do processo, razoabilidade, proporcionalidade e legalidade	48
3.3.8 Dinamização da distribuição do ônus da prova e princípio do acesso à justiça	49
 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

Sobre o direito ouve-se e vê-se de tudo, que o direito é norma, é princípio e regra, que é histórico, que é teórico, que é prático, que é abstrato, que é concreto, uma coisa ou outra isoladamente ou tudo ao mesmo tempo. Entre tantas afirmações que carregam em si fantásticas discussões e que motivaram incontáveis estudos e a escrita de infinitas páginas de erudito conhecimento.

Cumprir notar, todavia, que de modo simples pode-se enxergar o direito como um conjunto de formulações e proposições fruto da inteligência humana, criado e aperfeiçoado para dar respostas às necessidades de dada sociedade, em um dado momento, ou antevendo ou respondendo a um fato (acontecimento).

Ao se ter por base essa forma de pensar, pode-se dizer então: o direito é norma produzida para regular um momento anterior ou posterior, quase sempre com implicações no presente e consequências para o futuro. Talvez, por isso, o novo e o velho, o antes e o depois, o “pré”, o “pós” e o “neo” sejam objeto de constante discussão e (des)construção dentro da Ciência e da Filosofia do Direito.

Importa referir também que, no momento atual, ao se lançar olhar e refletir sobre o que acontece ao nosso redor, não é difícil se chegar à opinião de que o mundo, notadamente o seu lado ocidental, encontra-se em um estágio em que as relações jurídicas e sociais se apresentam de forma cada vez mais complexas.

Pode-se perceber ainda certo descontentamento de parcela da população, em considerável medida causada pelos déficits de atuação de um Poder ou outro e/ou por uma diminuição da identificação e confiança da população para com seus “líderes políticos” e descontentamento com a demora com que o poder judiciário julga.

Na realidade brasileira, mesmo considerando os avanços das últimas décadas, notadamente depois do fim do período de totalitarismo imposto pelo regime militar vivenciado na segunda metade do século passado, pode-se constatar a existência de um leque de direitos fundamentais que ainda precisam ser garantidos – alguns que ainda precisam ser concretizados, outros que necessitam ser expandidos e/ou realizados de forma mais abrangente e satisfatória.

Todo esses fatores – como seria de se esperar – formam uma momento efervescente e instigante para os estudiosos do campo das Ciências Sociais, e, de forma

mais específica, para a Teoria e para a Ciência do Direito. Em tal contexto, a classe jurídica em geral, em sua maior parte movida pelas melhores intenções, inquieta-se e busca novas soluções teórico-metodológicas para que o projeto de Estado escrito e contido no texto da Constituição de 1988 seja transformado em realidade, de forma mais célere e eficaz.

O direito material e o direito processual passam a ser pensados e discutidos então levando em conta esses aspectos. O processo passa a ser visto como um veículo que pode favorecer que o projeto de Estado plasmado no texto constitucional venha a ser colocado em prática de modo benéfico à sociedade em geral. O Novo Código de Processo Civil, fruto dessas circunstâncias e desse ambiente, foi confeccionado para dar as respostas que a sociedade espera.

Nessa conjuntura, no campo da Teoria do Direito Constitucional, com destaque para o Brasil, têm-se observado a difusão e propagação do chamado “neoconstitucionalismo”. Por influência deste (ou pelo menos por influência de muitas das noções e características que geralmente são apontadas como correspondentes ao seu núcleo teórico), ganha cada vez mais força no âmbito da Teoria Geral do Processo e na Ciência do Direito Processual Civil uma escola, teoria ou movimento, com arcabouço teórico-axiológico próximo ao do neoconstitucionalismo, e que passou a ser denominado de “neoprocessualismo”.

Surge então a necessidade de sempre se pesquisar e de se avaliar pelo menos os principais contornos de tais teorias, suas evoluções e os seus efeitos práticos, bem como as inovações trazidas pelo Novo CPC que se relacionam com o tema. No geral, é a isto que o presente trabalho se propõe. E, de modo mais específico, o que se busca é responder as indagações de como deve ser compreendido o fenômeno do ativismo judicial, em seus aspectos históricos e conceituais; o que pode ser entendido por neoconstitucionalismo, procurando compreender criticamente suas proposições teóricas, em especial naquilo que se relaciona com o tema; qual o contexto de surgimento do neoprocessualismo, os elementos que compõem o seu conceito; a previsão de artigos relacionados ao neoprocessualismo no Novo CPC que significam inovações e as alusões, decorrências e resultados que podem surgir dessa previsão no que diz respeito à ocorrência do ativismo judicial.

Para tanto, a presente pesquisa foi dividida em três partes ou capítulos. Na primeira, é trabalhado o tema do ativismo judicial. No início, são demonstradas as origens da expressão e do fenômeno propriamente dito. Depois é feita uma análise entre

tal fenômeno e a criação judicial de direito, finalizando esta parte do trabalho com uma exposição do conceito de ativismo judicial apresentado por alguns autores e o que se entende por ativismo judicial na presente dissertação.

No segundo capítulo, é dedicado espaço ao neoconstitucionalismo, onde são feitas algumas considerações iniciais a respeito de determinados problemas conceituais apresentados pela doutrina, trazendo em seguida o conceito de neoconstitucionalismo (em certa concepção difundida no Brasil, como se mostrará) e de modo subsequente é feita uma análise crítica do tema, apontando alguns fatores que podem ser considerados positivos e outros negativos.

Na terceira, aborda-se mais diretamente a teoria do neoprocessualismo e sua previsão no Novo CPC. Nesta última parte, são tecidas considerações acerca de quais as circunstâncias que viabilizaram ou motivaram o surgimento de tal teoria e logo em seguida são trabalhados seu conceito e suas características. E, para finalizar o capítulo, são apresentados alguns artigos do novo código de processo civil, que podem ser considerados inovações e que se relacionam com o neoprocessualismo. Neste mesmo momento, são apresentadas algumas conclusões e comentários acerca da relação entre o novo código, esta teoria e a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial.

1 ATIVISMO JUDICIAL

O presente estudo propõe-se a descobrir a possibilidade de existência ou não de relação entre a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial com as teorias do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, em especial levando-se em conta o contexto que se espera ser instaurado com o novo Código de Processo Civil. Para isso, antes de tudo, é preciso que se defina o que significa cada uma dessas teorias, elucidando os seus conteúdos e quais os principais elementos que compõem os seus conceitos, o mesmo valendo para o fenômeno já referido.

Optou-se então por trabalhar primeiro o fenômeno do ativismo judicial. Isto por entender que antes de compreender e explicitar em que consistem o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo e se e como podem interferir na ocorrência do fenômeno que dar título ao presente capítulo, convém debruçar-se sobre o que pode – ou deve – ser considerado propriamente como ativismo judicial; pois, esta compreensão é pressuposto para que sejam atingidos os objetivos do trabalho e para que os aspectos e questionamentos que se sobressaíram durante a pesquisa fiquem adequadamente claros.

Frente a isso, no presente capítulo é feita uma análise do ativismo judicial. E, diante da complexidade e profundidade do tema, serão inicialmente apresentadas informações relacionadas à problemática, aqui consideradas indispensáveis para entender o fenômeno em sua devida extensão. Assim, serão feitas considerações sobre a origem do uso da expressão e do próprio fenômeno; será trabalhado o conceito de ativismo judicial, de um modo geral, e, diante do fato desse ser considerado um termo polissêmico, será apresentado o que se entende ativismo judicial no presente trabalho.

1.1 AS ORIGENS HISTÓRICAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Começando pela à origem da expressão ativismo judicial, segundo Kenan Kmiec, esta foi utilizada pela primeira vez por um jornalista, historiador e crítico norte-americano, Arthur Schlesinger Jr, em um artigo datado de janeiro do ano de 1947,

publicado por uma revista que tratava de temas como negócios, poder, política e alguns outros temas gerais, bastante popular nos Estados Unidos, a conhecida Revista Fortune¹.

Segundo Craig Green, o artigo foi publicado entre propagandas de whisky e Aqua Velva², não recebendo o devido rigor técnico-jurídico e, pelo teor da publicação, não se pretendia criar uma teoria ou corrente jurídica. Pelo que consta, Schlesinger Jr não adentrou na questão do que realmente poderia ser considerado ativismo judicial ou autocontenção judicial ou de quais parâmetros poderiam ser usados para afirmar quando um juiz ou uma decisão poderia ser considerada ativista ou autocontida³.

No seu artigo publicado na Fortune, o jornalista norte-americano apenas fez uma divisão entre os juízes da *Supreme Court*, classificando-os como ativistas, campeões de autocontenção ou pertencentes a um grupo intermediário (no primeiro grupo estavam juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge, no segundo os juízes Frankfurter, Jackson e Burton e no terceiro os juízes Reed e *chief justice* Vinson)⁴. Importando frisar que, como ensina Paulo Gonet Branco, “a nenhuma dessas etiquetas era devotada alguma reflexão conceitual”⁵.

Já no que diz respeito à origem do fenômeno ativismo judicial propriamente dito, levando-se em conta o que geralmente é considerado ativismo judicial pela doutrina (conforme conceitos que serão apresentados mais a frente), têm-se também que sua origem deriva dos Estados Unidos da América, nomeadamente na jurisprudência produzida pela Suprema Corte norte-americana.

No célebre caso *Marbury v. Madison* podem ser apontados alguns traços ainda que distantes de ativismo judicial⁶. Todavia, segue-se aqui a linha de que é no caso

¹ KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of “Judicial Activism”*. California Law Review, 92 (p. 1441-1478). Outubro. 2004. p. 1445 e 1446.

² GREEN, Craig. *An intellectual history of Judicial Activism*. Emory Law Journal. vol. 58. Issue 5 (p. 1197-1260). 2009. p. 1201.

³ Cf., CANON, Bradley. *Defining the dimensions of Judicial Activism*. Judicature. vol. 66. n. 6 (p. 236-247). Dezembro-Janeiro. 1982-1983. p. 239; BRANCO, Paulo Gonet. *Em busca de um conceito fugido – Ativismo Judicial*. In NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes (orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011., p. 389; GRECCO, Sibebe Regina Luz. *Fenômeno do ativismo judicial: análise teórica e estudo do caso da fidelidade partidária na ótica do Supremo Tribunal Federal brasileiro*. (Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra: 2010. p. 10; VALLE, Vanice Regina Lirio. (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 19 e 20.

⁴ KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of “Judicial Activism”*, p. 1446.

⁵ BRANCO, Paulo Gonet. *Em busca de um conceito fugido – Ativismo Judicial*, p. 389.

⁶ Cf., CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2. n. 6 (p. 4693-4791). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf>. Último acesso em 15 de Agosto de 2015. p. 4707-4713.

*Dred Scott v. Sandford*⁷, do ano 1857, que são verificados os primeiros sinais mais claros da ocorrência do fenômeno em questão.

Nesse último caso, um escravo americano, Dred Scott, pretendia comprar sua liberdade e acionou a justiça para tal fim. Em decorrência desse pleito, no ano de 1857 a Suprema Corte norte-americana anulou o *Missouri Compromise Act*, de 1830, legislação que tinha como intenção pôr fim à escravidão em estados da região norte. A mais alta corte considerou que a mencionada legislação violava a cláusula do devido processo legal⁸.

Em tal decisão firmou-se posicionamento de que afrodescendentes, mesmo livres, de acordo com a Constituição, não poderiam ser considerados cidadãos norte-americanos. Consequentemente, não teriam os africanos e seus descendentes os mesmos direitos e imunidades que os cidadãos norte-americanos, e, por isso, não poderiam processar alguém, lhes sendo restrito o acesso à jurisdição. A *Supreme Court*, nesse mesmo caso, pronunciou-se também no sentido de que o Congresso não era competente para pôr fim à escravidão e que os escravos não poderiam ser retirados da posse do seu dono sem que fosse observado em relação a estes últimos o devido processo legal, do modo previsto na Vª emenda à Constituição norte-americana⁹.

O caso *Dred Scott v. Sandford* externou a deferência descabida da *Supreme Court* à cláusula do devido processo legal, de onde, genericamente, foram extraídos os argumentos conservadores não expressos na Constituição para pôr abaixo legislação que privilegiava a igualdade entre os cidadãos.

Além disso, como afirma Carlos Campos: “Em vez de evitar questão tormentosa, a Corte acabou constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do Congresso de tratar do tema”¹⁰. De modo que, todos os fatores que envolvem esse caso torna-o tão marcante que Green Craig chega a desqualificá-lo como infame, aduzindo ser ele um caso sem concorrentes na história judicial norte-americana e um dos poucos

⁷ 60 U.S. 393 (1857)

⁸ Cf., CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*, p. 4713-4718. E, URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 91 e ss.

⁹ Cf., CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*, p. 4713-4718. E, URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 91 e ss.

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*, p. 4715.

em torno do qual se existe consenso de se considerar ativismo judicial (do tipo conservador), em sentido pejorativo¹¹⁻¹².

Outros casos julgados pela *Supreme Court* podem ser apontados também como de um período inicial, por exemplo, o caso *Lochner v. New York*¹³, que é símbolo do início da chamada *Era Lochner*, marcada por um ativismo judicial conservador e por rígidas disputas entre o Presidente Roosevelt e a *Supreme Court*; e o caso *West Coast Hotel Co v. Parrish*¹⁴, que é apontado como o fim da era *Lochner* e o início de um período com jurisprudência menos conservadora, marcado por um ativismo judicial do tipo liberal ou progressista¹⁵.

Como se percebe, a origem do ativismo judicial é uma questão um tanto interessante, pois a forma como a expressão foi empregada pela primeira vez, em uma revista que não era jurídica e nem científica, e, portanto sem rigor técnico, fez com que o termo ativismo judicial se popularizasse nos Estados Unidos – e depois fosse universalizado¹⁶ – sendo usado tanto por juristas quanto pelo público em geral, de várias formas, para expressar posicionamentos diferentes e em alguns casos mesmo conflitantes – em dados momentos até para apenas desabonar decisões ou posturas do

¹¹ GREEN, Craig. *An intellectual history of Judicial Activism*, p. 1213 e 1214.

¹² Nesse sentido, Cf. também: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*, p. 4713. E, BRANCO, Paulo Gonet. *Em busca de um conceito fugido – Ativismo Judicial*. p. 392.

¹³ 198 U.S. 45 (1905) - Neste caso, decidido em 1905, a *Supreme Court* invalidou uma lei editada pelo estado de Nova Iorque que estabelecia um limite máximo de horas de trabalho para funcionários de padarias. Tal lei foi considerada atentatória a cláusula do devido processo legal, constante na XIV^a emenda. Desta cláusula, mesmo não existindo previsão expressa na Constituição de liberdade contratual do tipo, extraiu-se o entendimento de que a limitação trazida na referida lei do estado de Nova Iorque seria uma interferência indevida do Estado na liberdade e autonomia das partes de fixarem os limites de compra e venda da força de trabalho nos contratos dessa natureza. Segundo Maria Benedita Urbano, “este hallmark case de 1905 ficaria conhecido, pois, na sua sequência, e pela primeira vez, abertamente se criticaram e mesmo acusaram alguns Justices da *Supreme Court* de terem seguido uma agenda política e, por isso mesmo, de terem atuado de forma parcial” In URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional*, p. 88, nota 273 e p. 92.

¹⁴ 300 U.S. 379 (1937) - No ano de 1937, com o caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* – como fruto também da pressão política exercida pela disputa política-institucional entre os três poderes – observou-se uma mudança de direção das decisões da *Supreme Court*. Nesse caso, a mais alta corte norte-americana julgou a constitucionalidade de uma lei do estado de Washington que instituía um salário mínimo para trabalhadores, decidindo pela sua constitucionalidade e, conseqüentemente, admitindo que poderiam ser impostas restrições à liberdade contratual por meio de uma lei de uma unidade federativa. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*, p. p. 4729 e 4730. Também, Cf., URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional*, p. 88, nota de rodapé 273 e p. 92 e 93.

¹⁵ Cf., *Ibid.*, p. 4730. E também, URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional*, p. 88, nota de rodapé 273 e p. 92 e 93.

¹⁶ Cf., URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e activismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* In Tribunal Constitucional 35º aniversário da Constituição de 1976. 1ª ed. Vol. 2. (p. 7-41) Lisboa: Coimbra Editora, 2012. p. 10.

poder judicial a que o autor pessoalmente e por motivos alheios ao direito já tinha oposição firmada.¹⁷

Talvez devido a isso o termo ativismo judicial não tenha adquirido uma conceituação homogênea, pelo que existem diferenças quanto ao seu entendimento, uso e aceitação, também de acordo com o local em que é utilizado, por exemplo, podendo ser entendido e encarado de forma diferente em países que adotam predominantemente o *common law* e de outra em países que adotam predominantemente o *civil law*¹⁸.

Também em decorrência desses fatores é que alguns autores usam o termo ativismo judicial em textos e artigos sem determinar o que seria ou em que sentido o utiliza. Isso gera certa dificuldade de compreensão e contribui para que tal termo torne-se um daqueles que pode ser dito polissêmico. É necessário então que frente a alguma afirmação de um juiz ou decisão serem ativistas procure-se esclarecer primeiro em que sentido se entende o ativismo judicial ou qual significado se dá a esta expressão¹⁹, sem desconsiderar que não é qualquer tipo de interpretação ou aplicação do direito criativa que constitui ativismo judicial.

1.2 CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL

Em sequência, antes de analisar propriamente o conceito de ativismo judicial, interessa esclarecer que – na perspectiva que adota-se no presente estudo – criação judicial de direito e ativismo judicial não se confundem. Fazendo uso dos ensinamentos de Inocêncio Mártires Coelho, tem-se que a “criação judicial do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e

¹⁷ Cf., BARNETT, Randy E. *Constitucional Clichês*. In *Capital University Law Review*. n 36 (p. 493-510). 2007. p. 495; BRANCO, Paulo Gonet. *Em busca de um conceito fugido – Ativismo Judicial*, p. 287-289; GRECCO, Sibele Regina Luz. *Fenômeno do ativismo judicial*, p. 9; URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 14-16.

¹⁸ Pela diferença entre os dois sistemas jurídicos é possível levantar questionamentos sobre ser mais ou menos desejável, prejudicial, exigível e/ou dispensável uma atuação mais criativa de um juiz em um país que adote predominantemente o *common law* ou o *civil law*. Em sentido próximo, Cf., URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 19.

¹⁹ Mark Tushnet, apesar de levantar a possibilidade de se avaliar uma decisão sem usar os termos ativismo ou autocontenção, aborda a questão dos vários significados que podem ter a expressão ativismo judicial, e afirma que: “(...) when someone describes a decision or a judge as activist, we have to know which meaning is intended.” Cf., TUSHNET, Mark V. *Comment: The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint*. *Maryland Law Review*. n° 47 (p. 147-150). 1987. p. 147.

material [do caso] (...)”²⁰. Já o ativismo judicial é tratado aqui como um fenômeno que pode ocorrer em decorrência de uma extrapolação da criação judicial de direito ou de uma manifestação patológica de uma criação positiva de direito²¹.

Nesta linha, a possibilidade de que exista criação judicial de direito é algo visto de forma natural e aceitável, que não constitui desvirtuamento do exercício da função judicial e não se configura como violação ao princípio da Separação dos Poderes, levando em conta os valores e a compreensão geral que se tem da Teoria do Estado e do Direito Constitucional. De modo que, a criação judicial de direito pode ser entendida como uma decorrência lógica e normal das atividades de aplicação, interpretação e integração que os julgadores desempenham²².

É interessante notar que até mesmo Kelsen, considerado um dos nomes de maior destaque do positivismo, em certa medida, colocou-se reticente a ideia de que o Direito fosse aplicado de um modo absolutamente mecânico e automático e reconheceu algum grau de criação de direito por parte dos juízes, atrelando tal fato de modo natural ao processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Todavia, é bem verdade que o que o referido autor pretendia não era maximizar ou fortalecer o papel do interprete, haja vista ter deixado claro que nesse campo o grau de liberdade de atuação dos que legislam é muito maior do que o dos que julgam²³⁻²⁴.

²⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito*. In NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes (orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 482. Para melhor compreensão do que aduz o autor, acrescentou-se “[do caso]” ao texto transcrito.

²¹ Cf., LLORENTE, Francisco Rubio. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho* In Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8. n. 22 (p. 9-51) Enero-Abril, 1988. p. 39.

²² Nesse sentido, Mauro Cappeletti ensina que: “Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação jurídica do direito legislativo está insito certo grau de criatividade”. CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 20.

²³ Mais precisamente, em sua “Teoria Pura do Direito”, em tópico que se dedica a esclarecimentos sobre a interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade, Kelsen afirma: “A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação. (...) Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. (...) 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

Diante disso, a problemática maior que merece atenção deste tema está relacionada com o “(...) grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais.”²⁵. Devendo-se, antes de tudo, atentar para o fato de que admitir a criação judicial do direito não significa admitir que os juízes possuem liberdade desmedida no exercício das suas funções, passível de ultrapassar o núcleo essencial de funções reservado a outros poderes, não consistindo em exercício daquilo que se considera adequado para o caso que se julga²⁶⁻²⁷. No geral, é nessa problemática que se localiza o estudo do ativismo judicial, pelo que passa-se agora a analisar e apresentar o conceito desse fenômeno.

1.3 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Existe uma grande variedade de expressões ou nomenclaturas usadas quando se trata da criação judicial do direito ou do modo e grau que os julgadores criam direito. Para o uso abusivo da função judicial por parte dos juízes geralmente são utilizadas várias expressões, tais como: “ativismo judicial”, “criativismo judicial”, “governo dos juízes”, “juristocracia”, “direito judicial”, “legislação judicial”, “jurisprudência legislativa”²⁸.

No mundo jurídico, em especial dentre os que se dedicam a estudar a temática, participam do debate acerca dos poderes dos julgadores e do papel do poder judicial e

com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.”. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999. p. 248 e 289.

²⁴ Sobre essa questão, Cf., RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 71 e 72.

²⁵ CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.

²⁶ URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 20.

²⁷ Em sentido próximo, Francisco Rubio Llorente afirma, sobre a inovação ou criação de direito pela jurisdição constitucional, que “Esta creación a diferencia de la que lleva a cabo el legislador, no procede de simples consideraciones de oportunidad, no es creación libre, sino vinculada, pura declaración de un Derecho preexistente, cuyo contenido concreto como regla de solución del caso precisa el tribunal constitucional.” LLORENTE, Francisco Rubio. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho* In Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8. n. 22 (p. 9-51) Enero-Abril, 1988.

Op. cit., p. 38.

²⁸ URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 7.

sua relação com o poder político, todas essas expressões são familiares²⁹. Juntas elas apresentam um fio de ligação que é a questão dos limites e da melhor forma de atuar do judiciário. Todavia, separadamente apresentam uma carga conceitual com consideráveis diferenciações. No presente trabalho, optou-se por utilizar a expressão “ativismo judicial”, debruçando-se sobre o estudo dessa expressão enquanto fenômeno. Isto por se entender que ela é a que melhor se aplica ao trato do papel e limites do poder judicial, especificamente no que concerne ao fenômeno da extrapolação dos limites de atuação deste poder.

De todas as considerações e do que foi trabalhado nos tópicos anteriores, direta ou intuitivamente percebe-se que as tarefas de se conceituar e explicar o que é o fenômeno do ativismo judicial não são das mais fáceis, e por isso mesmo se tornam de extrema importância para se compreender qualquer trabalho que trate do tema, devido até as especificidades e as necessárias compreensões prévias que o envolvem.

Frente à vastidão de conceitos existentes sobre o tema e a impossibilidade do esgotamento de todos eles, diante da pesquisa bibliográfica realizada optou-se por selecionar e trazer elementos e características mais comumente apontados como integrantes do conceito de ativismo judicial, visando compreender o que é considerado ocorrência deste fenômeno.

Nessa linha, cumpre dizer que um dos autores mais conhecidos que tratam do tema no Brasil, Luís Roberto Barroso, ensina que fenômeno do ativismo judicial está ligado a expansão do judiciário. Este fato fica claro quando autor afirma que “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”³⁰.

É certo que com o passar do tempo o poder judicial teve sua atuação modificada e a quantidade e tipos de atos que pode praticar expandidos. Neste diapasão, o tema ativismo judicial relaciona-se justamente com os limites dessa expansão e da atuação do judiciário em relação aos limites de atuação de cada poder; e, em uma das mais recorrentes definições, o ativismo judicial é apontado como um fenômeno que está relacionado com a invalidação pelo judiciário de um ato advindo do poder legislativo

²⁹ URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 7.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 15 de Agosto de 2015. p. 06.

e/ou a interferência indevida por parte de um juiz ou tribunal quando estes ultrapassam os limites da constituição para impedir ou restringir as ações de outros poderes, em especial do legislativo³¹.

Em proximidade conceitual, Elival da Silva Ramos, ensina que o ativismo judicial “reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional”³² e esclarece em obra de sua autoria que quando se refere a tal termo está a falar de casos em que o poder judicial ultrapassa as linhas que demarcam a função jurisdicional, adentrando nos espaços reservados à função legislativa, à função administrativa e até mesmo no que é reservado à função de governo³³, em situações que configuram-se “(...) desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”³⁴.

Com essas considerações, Ramos preleciona que:

“Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho jurídico, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídos a outros poderes³⁵”.

Também nessa perspectiva, William P Marshall, traz entre os sete “pecados” do ativismo judicial – que seriam os de maior ocorrência e discussão na doutrina norte-americana – um que denomina de “ativismo jurisdicional”, que seria o fracasso de os tribunais aderirem a práticas que moldam os limites da sua atuação em proveito do seu próprio poder. Esse “pecado”, segundo o autor, seria o mais reclamado pelos juízes que têm uma postura em regra mais conservadora³⁶.

Nesta senda, a criação judicial de direito pelos juízes e tribunais, desrespeitando os limites textuais e orgânicos da constituição, seria considerado ativismo judicial. Essa seria, inclusive, uma das noções mais difundidas do que seria ativismo judicial, sendo usada no meio jurídico dos Estados Unidos para classificar como ativistas os juízes que “*legislate from the bench*”³⁷.

³¹ KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of “Judicial Activism”*, p. 1463-1466.

³² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 107.

³³ *Ibid.*, p. 116 e 117.

³⁴ *Ibid.*, p. 138.

³⁵ *Ibid.*, p. 116 e 117.

³⁶ MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*, p. 1219, 1220, 1236-1240.

³⁷ Em uma tradução livre: legislam de suas cadeiras ou dos bancos dos tribunais. KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of “Judicial Activism”*, p. 1471.

Além dessa faceta, pode-se notar também que alguns autores trabalham a ideia do ativismo judicial sob um viés de um problema também político-jurídico. Luís Roberto Barroso, por exemplo, aduz que a “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”³⁸ como uma conduta que caracteriza uma das formas de manifestação do ativismo judicial.

Em linha próxima, Bradley Canon aponta que nos Estados Unidos há duas concepções bastante difundidas sobre o ativismo judicial, uma que aponta este fenômeno como uma interferência e mudança significativa dos tribunais nas políticas públicas e outra a do ativismo judicial relacionado a fatores de ilegitimidade, observados quando a *Supreme Court* desvia-se daquilo que é comumente considerado o papel do judiciário³⁹. Essas concepções levam a uma ideia de “usurpação judicial”⁴⁰ e criam a necessidade de se ter certa cautela com as implicações pela transferência para o judiciário do poder político que tradicionalmente está reservado aos outros poderes.

Ademais, o ativismo judicial também é entendido como um fenômeno que está ligado ao campo da aplicação e interpretação do direito. E, nesse campo, segundo Kmiec, o ativismo judicial é comumente apontado como uma prática de deixar de levar em conta os cânones e métodos de interpretação mais utilizados, mais cientificamente aceitos e considerados corretos pelos juristas em geral, decidindo os juízes utilizando-se de técnicas duvidosas e/ou inovadoras a ponto serem questionadas quanto à aceitabilidade; ou mesmo quando juízes realizam um julgamento visando atingir um objetivo ou resultado já previamente determinado^{41 42}, o que, a nosso ver, é ainda pior.

Ainda sobre essa relação do ativismo judicial com a forma com que os juízes ou tribunais interpretam e aplicam o Direito, Luís Roberto Barroso também aponta mais duas condutas por meio das quais se manifesta a postura ativista de um juiz ou tribunal: 1) “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”⁴³; 2) e outra – relacionado mais diretamente ao controle de constitucionalidade das leis – que é “a

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 15 de Agosto de 2015, p. 06.

³⁹ CANON, Bradley. “*Defining the Dimensions of Judicial Activism*”, p. 239.

⁴⁰ Cf., OLIVEIRA, Umberto Machado; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coords.). *Ativismo Judicial*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 111.

⁴¹ KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of “Judicial Activism”*. California Law Review, 92 (p. 1441-1478). Outubro. 2004., p.1475 e 1476.

⁴² KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of “Judicial Activism”*. California Law Review, 92 (p. 1441-1478). Outubro. 2004., p. 1474.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, p. 06.

declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”.⁴⁴

Sobre essas duas formas de manifestação apontadas por Barroso, cabe alguma ressalva e reflexão, no sentido de que essas situações, a depender do ponto de vista que se parte, podem ser consideradas exercício normal da jurisdição constitucional e da atividade de julgar⁴⁵..

No que diz respeito à primeira situação apontada pelo autor, em alguns casos, por exemplo, a aplicação direta da Constituição é um modo bem-vindo de se resolver um conflito, em especial quando se tratar de um *hardcase* e/ou quando se estiver diante de uma lacuna deixada pelo silêncio do texto constitucional sobre determinada situação. Isso, contudo, a nosso ver, não autoriza os julgadores a criarem normas gerais e abstratas para serem aplicadas irrestritamente, passando-se o poder judiciário a assumir o papel reservado ao poder legislativo.

Em relação ao tipo de declaração de inconstitucionalidade de que trata o autor e da forma como trata, deve-se atentar que o efetivo e eficiente controle de constitucionalidade das leis é algo indispensável num Estado Constitucional de Direito. Assim, ao relacionar o ativismo judicial com um ato de declarar uma lei inconstitucional, por meio do uso de critérios menos rígidos não fica claro a que o autor refere-se e o que seriam esses critérios menos rígidos, se é à utilização de método, técnica de interpretação ou determinado tipo de sentença constitucional considerado por ele inaceitável ou se a referência que faz é especificamente à norma constitucional usada como parâmetro para verificar a se a lei é constitucional ou não⁴⁶.

Ainda utilizando-se dos ensinamentos de Barroso, cumpre chamar atenção para a afirmação do autor de que o ativismo judicial “(...) expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.”⁴⁷⁻⁴⁸.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 06.

⁴⁵ Em sentido próximo ao que se expõe: Cf., TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 24 e 25.

⁴⁶ FRANÇA, Adriano Bernardo de. *Separação dos poderes, parlamento e ativismo judicial: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o fenômeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na realidade brasileira*. (Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra: 2013. p. 85.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, p. 17.

⁴⁸ Esta última afirmação nos parece contraditória se contraposta com outra afirmação do autor na mesma obra, quando ele aduz: “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito”. A indagação que surge é a de

Dessa afirmação, cabe a reflexão de que apesar de todos esses aspectos técnicos e político-jurídicos que envolvem o ativismo judicial, a nosso ver, existe um aspecto condicionante ou intensificador da ocorrência deste fenômeno e que está relacionado, por isso, ao seu conceito, que é a índole e a intensão dos julgadores. De modo que, a nosso ver, para se trabalhar o tema não se pode deixar de levar em consideração – ainda que para se opor – os aspectos internos e/ou preferências pessoais do julgador, visto ser o ativismo judicial um fenômeno também “eminentemente comportamental”⁴⁹.

Em sentido próximo, Clarissa Tassinari demonstra entender o ativismo judicial “(...) como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”⁵⁰, devido a uma postura ou conduta assumida pelos juízes e tribunais que os levam a extrapolação dos seus poderes⁵¹⁻⁵², complementando que o ativismo judicial é um problema criado pelo direito, exclusivamente jurídico, mas que gera consequências nas mais diversas esferas⁵³ (na política, por exemplo) e que tal fenômeno é “decorrente de um ato de vontade do julgador”⁵⁴.

Pois bem, apresentados todos esses aspectos e características, levando em conta também abordagem feita em outra pesquisa⁵⁵, depois da devida reflexão, entende-se que o ativismo judicial pode ser conceituado de modo geral – uma concepção mais abrangente do que seria – e de modo específico – apontando-se mais diretamente situações em que este fenômeno ocorre. Assim, quando se fala em ativismo judicial neste estudo é a essas concepções que se faz referência e o que considera ser tal

como o intérprete pode “ir além do legislador ordinário” e não invadir “o campo da criação livre do direito”, levando em conta que nem mesmo o legislador ordinário cria direito livremente, já que está limitado pelo próprio texto constitucional. A nosso ver, o “ir além do legislador ordinário” pode em determinadas situações ser considerado ativismo judicial. Cf., BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, p. 07.

⁴⁹ PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. LII. nº 1 e 2 (p. 305-352). 2011. p. 315.

⁵⁰ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 29

⁵¹ *Ibid.*, p. 44 e 45.

⁵² Também nesse sentido, Marcelo Pereira afirma que o fenômeno do ativismo judicial é “eminentemente comportamental”. In PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*, p. 315.

⁵³ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial*, p. 45.

⁵⁴ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial*, p. 46.

⁵⁵ FRANÇA, Adriano Bernardo de. *Separação dos poderes, parlamento e ativismo judicial: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o fenômeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na realidade brasileira*. (Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra: 2013.

fenômeno, com o devido respeito a posicionamentos contrários, não se colocando como verdade absoluta, mas servindo como norte para compreensão do presente trabalho.

De modo geral, a nosso ver, pode-se dizer que o ativismo judicial é uma postura ou conduta assumida por juízes e tribunais, que faz com que eles ultrapassem os limites das suas funções e os limites do texto constitucional e dos textos legais, às vezes sob o pretexto de corrigir a atuação dos outros poderes, preencher os espaços deixados pela falta de atuação destes ou buscando a melhor realização de um direito, em alguns casos movidos por um senso de justiça que se sobrepõe à observância do direito posto e à própria constituição.

Nessa linha, não se entende o ativismo judicial como uma decorrência normal do exercício das atividades do judiciário e da própria jurisdição ou como uma mera constatação da atuação dos juízes, que devam ser consideradas naturais diante da complexidade com que se apresenta a nossa sociedade (o que tende a aumentar as demandas judiciais), da existência de uma constituição analítica e da grande quantidade de leis que se tem no Brasil.

Assim, o ativismo judicial, vale ressaltar, a nosso ver, não deve ser encarado de forma tão natural e não é tão abrangente, não abarcando os casos em que o judiciário exerce seu papel de interpretação e utiliza-se corretamente das mais variadas técnicas de aplicação do direito e resolução de litígios; remetendo-se, notadamente, numa visão geral, aos casos em que não se está diante do exercício normal e aceito da jurisdição e aos casos em que a constituição e as leis são postas de lado e/ou os limites da atuação do poder judicial e os limites do texto constitucional e legal são ultrapassados.

De modo específico, em busca de um conceito que permita apontar as situações em que ocorre o ativismo judicial, filiamo-nos a corrente que considera existir ativismo judicial basicamente nas seguintes situações: 1) Quando juízes se opõem a decisões políticas presentes em uma norma, utilizando-se para esta oposição critérios, motivações ou raciocínios de cunho político; 2) quando juízes na sua atividade de aplicação e interpretação do direito terminam por criar direito *ex nihilo* e *ex novo*, mesmo com o intuito de que esse direito seja temporário e ainda que bem intencionados, para realizar um direito ou combater a inércia do legislador; 3) Quando juízes, em especial no exercício da jurisdição constitucional, vão além do papel de aplicar a constituição e as leis, ainda que de modo construtivo, e terminam completando o texto constitucional ou legal ou corrigindo-os com normas que são produto das suas próprias vontades e atividade; 4) Quando juízes, mais do que tentar consertar ou corrigir o texto

constitucional ou legal, terminam por derroga-los e afastam a sua aplicação na resolução de um caso⁵⁶⁻⁵⁷; 5) Quando as decisões advindas do judiciário são construídas a partir de aspectos não predominantemente jurídicos, com o objetivo de justificar uma posição já pré-estabelecida ou visando de modo principal agradar a opinião pública.

⁵⁶ URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 36 e 37.

⁵⁷ FRANÇA, Adriano Bernardo de. *Separação dos poderes, parlamento e ativismo judicial*, p. 85 e 86.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

Feita a análise e apresentação dos elementos que compõem o conceito de ativismo judicial trabalhados por autores que estudaram o tema e o posicionamento adotado, passa-se então ao estudo do neoconstitucionalismo, com o intuito de elucidar o que significa e em que consiste tal teoria, bem como de fornecer o conhecimento necessário para que se possa compreender o que significa o neoprocessualismo.

Para isso, serão feitas inicialmente algumas considerações sobre a existência de certa nebulosidade em torno do tema, para que em seguida seja de melhor forma trabalhado o conceito de neoconstitucionalismo, tendo por base o que foi apresentado e difundido por Luís Roberto Barroso no Brasil. Depois, é apresentada uma análise crítica sobre esse novo modo de compreender o Direito Constitucional, levantando aspectos positivos e negativos do neoconstitucionalismo.

Vale referir que, o objetivo dessa proposição é, também, averiguar quais os objetivos que estão por traz da teoria ou escola neoconstitucionalista, em especial na versão mais propagada no nosso país, identificando o que geralmente os autores apontam que deve ser privilegiado e aplicado no mundo jurídico e os cuidados que se deve tomar com a aplicação dessa teoria.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em primeiras linhas, cumpre dizer que segundo Miguel Carbonell, em uma das mais célebres e consistentes obra sobre o tema, o neoconstitucionalismo “No se trata, (...) de un modelo consolidado, y quizá ni siguiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues tiene en su interior una serie de equilibrios que dificilmente pueden llegar a convivir sin problemas.”⁵⁸

Apesar do lapso temporal decorrido desde a publicação da obra, a nosso ver, tal afirmação pode ser considerada atual em determinados aspectos, pois como pretende-se demonstrar no decorrer deste tópico, conceituar o que realmente é Neoconstitucionalismo não é tão simples quanto à primeira vista parece, haja vista que, ao contrário do que às vezes é pregado diretamente ou nas entrelinhas, tanto na doutrina

⁵⁸ CARBONELL, Miguel. *Prólogo. Nuevos tempos para el neoconstitucionalismo. In Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editora Trotta, 2003. p. 11 e 12.

pátria quanto estrangeira, existe certa discordância sobre o conteúdo dessa teoria, bem como em relação aos efeitos que ela pode ocasionar no Direito.

De fato, como defende Daniel Sarmento, o que se denomina de “neoconstitucionalismo”, em especial no Brasil, apresenta uma série de fatores que dificultam uma compreensão e uma conceituação clara e precisa do tema. Isto, principalmente porque aqueles que são adeptos dessa teoria fundamentam-se em ensinamentos de autores que seguem linhas doutrinárias bastante heterogêneas e que em nenhum momento se definem como neoconstitucionalistas⁵⁹.

Além do mais, certas ideias atribuídas ao neoconstitucionalismo baseiam-se em teorias jurídicas que chegam a ser contraditórias e que levadas ao exagero podem ser consideradas contrárias à existência de um Estado Constitucional de Direito. Por outras vezes, conforme preleciona Dimoulis, o que defendem os neoconstitucionalistas se assemelha em larga medida ao que foi e é o tradicional movimento constitucionalista que há mais de dois séculos é conhecido pelo mundo jurídico ou mesmo ao movimento conhecido como moralismo jurídico que já há algum tempo é objeto de estudo de cientistas e filósofos do Direito⁶⁰.

Muito embora exista certa zona de conflitualidade, não se pode desconsiderar a força que o tema – ou o termo – neoconstitucionalismo ganhou nos últimos anos, seja nos bancos da academia ou nos tribunais e na prática forense, em especial no Brasil e em outros países latinos. Por isso, tal temática continua merecendo atenção e reflexão. No caso do presente trabalho, o que nos interessa é buscar elucidar as ideias e elementos comumente apontados como integrantes do conteúdo do conceito do neoconstitucionalismo, sempre levando em conta os fatores que estejam mais ligados à temática da Ciência e da Teoria do Direito Processual Civil, em especial o que diga respeito à possibilitar fazer uma avaliação quanto às mudanças valorativas ou procedimentais adotadas pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro.

2.2 CONCEITO DE NEOCONSTITUCIONALISMO

Feitas essas considerações, em busca de uma conceituação, importa dizer que dentre os autores que se dedicaram ou se dedicam ao neoconstitucionalismo, Luís

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Ano 3. N. 9 (p. 233-272). Jan./mar. Belo Horizonte, 2009. p. 234.

⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Crítica do Neoconstitucionalismo*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Ano 2011.1, N. 22. (p. 179-204). Salvador, 2011. p. 194 e ss.

Roberto Barroso é considerado um dos principais e mais influentes em relação ao tema no Brasil⁶¹. Este autor se propôs a definir o que seria o neoconstitucionalismo, levando em consideração o caminho trilhado pelo direito constitucional nas décadas recentes⁶² e partindo da concepção de que este é “(...) um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional”⁶³. O supracitado autor trabalha esse novo direito constitucional em três “marcos”, que segundo ele são os marcos histórico, filosófico e o marco teórico, que simbolizam um momento que se caracterizaria por ser uma “Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.”⁶⁴.

Segundo Barroso, entende-se “como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX”⁶⁵, fato que o autor defende decorrer do estreitamento entre constitucionalismo e democracia, exemplificado pela Lei Fundamental de Bonn de 1949 e a instalação do Tribunal Constitucional Alemão em 1951⁶⁶.

Já como marco filosófico, o autor cita “(...) o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética”⁶⁷, fato que explica e justifica a proeminência dos princípios; a dignidade da pessoa humana como ponto central da teoria dos direitos fundamentais; e o surgimento de um modo diferente de compreender a hermenêutica constitucional, levando esta em conta os aspectos já referidos. somados a um uso cada vez mais disseminado das técnicas da ponderação e da argumentação jurídica⁶⁸.

Por último, o marco teórico estaria representado pelo “(...) conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação

⁶¹ O professor da USP, Elival da Silva Ramos, aponta Luís Roberto Barroso como “um dos mais proeminentes neoconstitucionalistas”. Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em análise crítica e ressalvas levantadas, faz a afirmação de que Barroso é a principal “estrela” do “neoconstitucionalismo à brasileira”. Cf., RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 279; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 367 e ss e 377.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, p. 29.

⁶³ *Ibid*, p. 38.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*, p. 2.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*, p. 38.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 29 e 30.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 38.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*, p. 30 e 31.

constitucional”⁶⁹, que o autor deixa a entender – pelo menos implicitamente – que seriam institutos ou concepções “novas” e progressistas, que demonstrariam no campo teórico a emergência do neoconstitucionalismo.

2.3 ANÁLISE CRÍTICA DAS MUDANÇAS (IM)POSTAS PELO NEOCONSTITUCIONALISMO

Os “marcos” apontados por Barroso como caracterizadores do neoconstitucionalismo, apesar de toda graça literária⁷⁰ e de todo brilhantismo do autor, a nosso ver, suscitam algumas reflexões que em seguida se traz a debate.

Primeiramente, no tocante ao marco histórico, interessa observar que o “momento” e os “exemplos” apresentados pelo referido autor – pelo menos do modo ou na versão que ele propõe – podem nos levar a algumas dúvidas em relação ao o neoconstitucionalismo. Isto, pois, o lapso temporal apontado, por mais que se aplique à realidade brasileira e de alguns outros países latinos, não se coaduna com a história e a prática constitucional de outros importantes países⁷¹.

Como se sabe, a formação do Estado Constitucional de Direito, bem como a aproximação entre constitucionalismo e democracia deu-se em cada país em momentos diferentes, de acordo com as circunstâncias sócio-políticas diferentes (por mais que apresentem um ou outro aspecto semelhante), tendo ocorrido em muitos lugares bem antes das últimas duas décadas do século XX.

Ao estabelecer tal marco histórico e ao apontar a Lei Bonn de 1949 e a instalação do Tribunal Constitucional Alemão como exemplos, Barroso termina também por de certa forma desconsiderar ou desviar a atenção da história constitucional de países como França, Itália, Suíça, do constitucionalismo Norte-Americano e da história da própria Alemanha, que já vivenciaram experiências democráticas e constitucionais nos moldes descritos pelo autor bem antes do período apontado⁷².

Em suma, com a devida vênia, abre-se espaço para a interpretação de que o neoconstitucionalismo não constitui um movimento universal e que não ocorre simultaneamente nos diversos países. O que pode suscitar a existência de incongruência,

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*, p. 38.

⁷⁰ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

⁷¹ Cf., RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 280.

⁷² Nesse sentido, Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 367 e 368.

quanto à sua característica de ser historicamente “novo” em relação ao momento atual do Direito Constitucional, ou em relação a sua robustez e aceitação teórica e prática (se seria um movimento eminentemente brasileiro e/ou latino ou um movimento de força e alcance transcontinental, por exemplo).

No que diz respeito ao marco filosófico, chama-se atenção para a concepção de pós-positivismo que defende o autor, pelo que cumpre trazer a forma como é apresentada. Em um de seus trabalhos o autor afirma que:

“A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais” (...) O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.”⁷³

Em outro trabalho, em sentido bem próximo, Barroso afirma que:

“O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”⁷⁴

Assim, a concepção exposta por Barroso em seus trabalhos em relação ao pós-positivismo, abre lugar para que se possa defender que o positivismo jurídico é atualmente um modelo e uma ferramenta superada, que deve ser descartada a utilização. Tal entendimento merece, a nosso ver, certa ressalva. Até porque, como se sabe, muito tempo se passou e muito se avançou em termos de “concepção positivista”. De fato, mesmo para os que até hoje intitulam-se como positivistas, tornou-se um tanto

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, p. 19 e 31.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31274-34849-1-PB.pdf>>. em 15 de Agosto de 2015. p. 9.

ultrapassado se defender uma aplicação mecânica, pura, excessivamente formalista, que não enxerga o direito além daquilo que é a seca letra da lei.

Destarte, não se deve deixar de levar em conta, principalmente no que se refere aos países do civil law, que o direito positivo (e o positivismo nessa perspectiva) continua a possuir grande importância como fonte do direito; pois, todos os poderes ainda devem respeito ao direito positivado, e é deste que se parte ou para este que se dirige quando da resolução dos problemas jurídicos, algumas vezes também dos políticos e sociais. Daí dizer que o “positivismo” continua sendo base para a teoria e prática jurídica, não nas suas concepções mais extremas, mas, de certo modo, “suavizado”, por ter absorvido os necessários avanços da ciência e da filosofia do direito, em especial no que diz respeito a técnicas e métodos de interpretação e aplicação do direito – no campo do processo constitucional, basta citar, por exemplo, a interpretação conforme à constituição, no âmbito do próprio processo civil a aplicação do princípio da proporcionalidade, dentre outras que permitem ou terminam por possibilitar uma renovação e/ou moderação do positivismo exegetico.

Nessa conjuntura, entendemos que se deve ter algum cuidado ao estudar o pós-positivismo na perspectiva neoconstitucionalista que aduz Barroso, isto para que não se caia em exageros. Pois muitas vezes, como ensina Elival da Silva Ramos, parece que na “Na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica”⁷⁵, deixando de lado que o positivismo “(...) continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilho intelectual dos que a utilizam)”⁷⁶. Um pensamento antipositivista e a negação de todos os modos de compreender o positivismo não nos parece um caminho seguro e que possa oferecer solução aos problemas jurídicos atuais.

Em seguimento, outro ponto que no nosso entender merece atenção é o de que a compreensão do pós-positivismo como marco filosófico do neoconstitucionalismo, se levada ao extremo, impõe a ideia de que a utilização dos princípios é a grande chave da resolução dos problemas jurídicos, da aplicação do direito no poder judiciário e é a solução para que sejam atingidos níveis maiores de justiça material, por vezes

⁷⁵ In RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 280 e 281. Sobre esse ponto, também Cf., FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 366 e 367.

⁷⁶ *Ibid.*

desconsiderando a grande importância que também têm as regras para a maioria dos casos⁷⁷. Esse modo de compreensão abre a possibilidade para um ativismo judicial que pode causar alguns prejuízos, como se pretende demonstrar mais à frente.

Por fim, no que tange ao marco teórico, também cabem algumas considerações.

Primeiramente cabe a ressalva de que apesar de a força normativa da constituição – como teoria – ter se disseminado nas últimas décadas, ela é algo que na prática já é exercido há muito tempo nos Estados Unidos, por exemplo, sendo percebida na própria atuação do judiciário americano desde longas datas. Já há bastante tempo, Tocqueville, em sua tradicional obra “Da Democracia na América”, admirava-se e chamava atenção para o poder político que tinham os juízes norte-americanos, nomeadamente o poder destes de deixar de aplicar uma lei que não estivesse em conformidade com a Constituição e de utilizar suas decisões de modo que a Constituição Americana fosse respeitada e que fosse dado ao máximo efetividade às suas normas⁷⁸.

Em segundo lugar, interessante o modo como Barroso se refere à expansão da jurisdição constitucional e ao surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, o que a primeira vista é bastante atraente, mas que também merece a observação de que essa expansão, por óbvio, também deve respeitar um núcleo de autonomia dos outros ramos do direito e as características do direito privado, do direito civil e do processo civil, por exemplo, sob pena de não se desfigurar estes ramos do direito. Em linha semelhante, é preciso que essa nova hermenêutica que surge não se sobreponha à valores sensíveis e caracterizadores do Estado Constitucional de Direito, como a segurança jurídica e o princípio da separação dos poderes, por exemplo.

Em síntese de conclusão, apesar dessas ressalvas, não se pode negar que várias dessas ideias difundidas pelo neoconstitucionalismo estão eivadas de boas intenções e encontram ressonância na conjuntura vivida no Brasil, em especial. De modo intenso, o mundo jurídico e a sociedade clamam por mudanças e/ou instrumentos que possam melhorar a qualidade da prestação jurisdicional. É nesse contexto que muitas dessas ideias começaram a influenciar também a Ciência e a Teoria do Direito Processual, e é sobre essas questões e suas consequências acadêmicas e práticas que o presente trabalho dedicar-se-á em seguida.

⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 283 e 284.

⁷⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*, Trad. Carlos Correia Moreira de Oliveira, Estoril: Princípiã, 2007., p. 139-144.

3 NEOPROCESSUALISMO NO CONTEXTO DO NOVO CPC E SUAS IMPLICAÇÕES NA OCORRÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL

Em sequência do presente trabalho, após feita a abordagem teórica que fornece os subsídios necessários para que se possa compreender o que significa a teoria neoprocessualismo e atingir os objetivos do presente trabalho, passa-se então a trabalhar esta teoria, expondo primeiro a conjuntura em que surgiu e depois os elementos que compõem o seu conceito.

Em seguida, são apresentados alguns dispositivos presentes no Novo Código de Processo Civil que representam inovações e que se relacionam com as ideias do neoprocessualismo, momento em que também se faz uma análise dessa relação e das implicações desses dispositivos e dessas ideias na ocorrência do ativismo judicial.

3.1 CONJUNTURA DO SURGIMENTO DO NEOPROCESSUALISMO

Pois bem, começando pela conjuntura de surgimento do neoprocessualismo, cumpre observar que a história da humanidade é acompanhada por um conjunto de transformações que formatam e direcionam o desenvolvimento da ciência. Em cada época a ciência tenta acompanhar as evoluções e dar resposta aos problemas que vão surgindo com o desenvolvimento da humanidade, assim acontece com a Ciência do Direito e, naturalmente, com a Ciência do Direito Processual.

Atualmente, vive-se um momento extremamente desafiante no âmbito social. Fenômenos como a globalização⁷⁹ desde algum tempo interferem diretamente na formatação dos Estados e no modo como as sociedades caminham; além disso, vive-se a era da praticidade e da facilitação da realização das tarefas diárias, a era das tecnologias, da internet, das redes sociais, do *e-commerce*, e de uma enxurrada de outras ferramentas que são usadas cotidianamente e que criam novos problemas jurídicos.

Essa conjuntura faz com que as informações sejam transmitidas de modo cada vez mais rápido, faz com que os fatos sociais aconteçam e exteriorizem-se em uma escala cada vez menor de tempo e cada vez maior de espaço, o que aumenta a

⁷⁹ Cf., BUENO, Cassio Scarpinella. *Processo Civil e globalização: notas de uma primeira reflexão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 220. E, também, ROCHA, Luiz Alberto G. S. *Estado, democracia e globalização*. In Revista Prismas: Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundia, V. 5, N. 1, janeiro-junho, p. 1-19. Brasília, 2008.

complexidade da nossa sociedade. Os cidadãos buscam a simplificação e de modo bastante intenso as pessoas querem a resolução dos seus problemas quase que instantaneamente⁸⁰.

Somado a isso, em especial na realidade brasileira, têm-se um quadro onde os poderes eleitos pelo povo, executivo e legislativo, nem sempre conseguem dar as respostas que a sociedade anseia, descumprindo tarefas básicas na proteção de direitos constitucionais e legais e na fiscalização da realização desses direitos. Tudo isso termina por fazer com que cresçam os níveis de conflitualidade da nossa sociedade e as pessoas passem a judicializar seus problemas e suas relações⁸¹.

Ocorre que, na prática, em regra, os tribunais brasileiros carecem de uma série de fatores relacionados à estrutura física e também pessoal, que conjuntamente à judicialização de muitos conflitos que se poderia evitar chegar ao judiciário e ao número crescente de demandas e de litígios a serem solucionados, terminam por ocasionar abarrotamento nas varas e tribunais, o que cria um déficit de celeridade na tramitação de processos, prejudicando a efetividade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

Outro ponto que se relaciona com os problemas advindos do judiciário é que a estrutura orgânica e processual brasileira certas vezes termina por criar uma sensação de insegurança jurídica, fato observado, por exemplo, na existência de decisões contrárias (dentro de uma mesma vara, de uma vara para outra de um mesmo tribunal, de um tribunal estadual ou regional para outro e até entre o STF e o STJ) para casos repetitivos com situações fáticas e jurídicas idênticas (como, por exemplo, algumas questões relacionadas ao direito consumidor e determinadas taxas cobradas em contratos). Tal fato, a nosso ver, também está relacionado a problemas metodológicos, que ocasionam a produção de decisões não tão claras e não tão robustas do ponto de vista da fundamentação jurídica.

Todos esses fatores somados desafiam e estimulam a Ciência do Direito Processual a buscar soluções, ferramentas e encontrar caminhos para que os problemas

⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Processo Civil e globalização: notas de uma primeira reflexão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 220.

⁸¹ Sobre o tema, Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politicização da justiça: tópicos para uma intervenção sobre o Poder Judiciário*. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 2007. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2015. E também, BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 15 de Agosto de 2015.

apresentados possam tentar ser solucionados de modo que se consiga colocar em prática o direito fundamental à tutela jurisdicional e ao acesso à justiça⁸², decorrentes do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII da CF/88, tratados estes direitos fundamentais na dimensão de que o que realmente pretende o texto constitucional é que não só se tenha acesso ao judiciário para garantir a realização de direitos e solução de litígios, mas também que a prestação jurisdicional do Estado seja feita de modo justo, adequado, efetivo e célere, com uma resposta juridicamente bem fundamentada e em tempo hábil e coerente com a complexidade da demanda⁸³.

Assim, é interessante notar que a existência de tais necessidades percebidas, relacionadas à prática processual e à Ciência do Direito Processual, vão ao encontro daquilo que é pregado e proposto pelo neoconstitucionalismo, na perspectiva já apresentada anteriormente no presente trabalho. É nesse contexto, então, que se começou a defender na academia a adoção o surgimento e a adoção de ideias de uma nova teoria, que é o neoprocessualismo.

3.2 CONCEITO DE NEOPROCESSUALISMO

Como ensina, Fredie Didier Jr, o direito processual tem sua evolução histórica dividida em três fases⁸⁴. As duas primeiras fases tratam o processo ainda de forma tímida (se consideramos o entendimento que se tem de processo atualmente por parte da maior parte dos processualistas brasileiros).

A primeira fase, o praxismo ou sincretismo, é caracterizado como um período onde não existe ainda uma divisão entre o direito material e o processual, sendo o processo estudado sem muito rigor científico e analisado apenas em seus aspectos práticos. Nesse momento, não se vislumbra reconhecimento de autonomia e importância do direito processual. A segunda fase, o processualismo, é caracterizada pelo surgimento das linhas demarcatórias entre o direito processual e o direito material,

⁸² Sobre o tema, Cf., CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁸³ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988. p. 14 e ss; Em sentido próximo, CANSI, Francine; Migliavacca, Luciana de Araújo; CANSI, Jean. *A constitucionalização do processo e o neoprocessualismo*. In *As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo*. Tomo 3. Org. Jorge Renato dos Reis (et al.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. p. 524-525.

⁸⁴ Sobre o que se traz neste trabalho em relação a essas três fases, Cf., DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 46.

momento em que os cientistas do direito passam a se dedicar a desenvolver estudos científicos sobre as categorias processuais⁸⁵.

Já a terceira fase, o instrumentalismo, é uma visão mais recente e comum entre os que se dedicam ao estudo do direito processual. Nessa fase, reconhece-se a existência de diferenças entre o direito material e o direito processual, estabelece-se uma relação de interdependência entre os dois, no sentido de que seria o direito processual que efetivaria o direito material, fornecendo este o sentido daquele. Nessa fase, o processo começa a ser também estudado sobre a perspectiva de outras ciências jurídicas e inicia-se a preocupação com a efetividade do processo e com a tutela dos direitos coletivos, por exemplo⁸⁶.

O neoprocessualismo, segundo Fredie Didier Jr, seria então uma quarta fase do processo, caracterizada por não afastar as conquistas das últimas duas fases descritas, mas apresentando-se como uma série de evoluções científicas que se mostraram necessárias nas últimas décadas diante das necessidades sociais surgidas e das dificuldades e especificidades enfrentadas pela Ciência do Direito Processual no contexto atual⁸⁷.

Nessa esteira, em uma interessante síntese do que consiste o neoprocessualismo, Marcelo Carvalho Faria, explica que essa teoria tem os seguintes elementos caracterizadores:

i) inserção do direito processual na perspectiva constitucional; ii) aplicação dos princípios constitucionais processuais independentemente da existência de previsão legal; iii) utilização da reserva de consistência (e não simplesmente a reserva do possível) para justificar eventual escolha do exegeta; iv) fundamentação analítica (e não meramente sintética); v) democratização do processo (preocupação com as formas de intervenção popular); vi) visão publicista do processo; vii) implementação concreta dos princípios da colaboração e da cooperação; viii) aumento dos poderes do juiz no curso do processo⁸⁸.

Dentre todos os elementos caracterizadores, a nosso ver, algumas considerações que podem ser extraídas merecem maior destaque. Primeiro que, como já referido anteriormente, o neoprocessualismo está intimamente ligado ao

⁸⁵ Sobre o que se traz neste trabalho em relação a essas três fases, Cf., DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 46.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 46.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 46.

⁸⁸ FARIA, MARCELO Carvaho. *A lealdade processual, o projeto de novo código de processo civil e a experiência portuguesa*. In Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 1 (2015). n. 1. p. (1395-1430). LISBOA: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015. p. 1399.

neoconstitucionalismo; pois, foi em decorrência e relacionados a este novo modo de compreender o direito, que reconhece e dá um novo papel à constituição no ordenamento jurídico e em privilégio a essa nova fase do pensamento jurídico que vários processualistas perceberam a necessidade de adequar o modo de compreensão e a aplicação do direito processual a essa nova realidade, surgindo então o denominado neoprocessualismo⁸⁹.

Assim, a definição do neoprocessualismo estaria interligada a ideia de incorporação de uma visão publicística do direito processual, que teria sido condicionada pela constitucionalização dos direitos materiais e processuais infraconstitucionais, fazendo com que os fins buscados no processo, agora como fins públicos, transcendam os interesses apenas daqueles que figuram como parte no processo e buscam uma solução para o seu litígio⁹⁰.

Destarte, um dos principais objetivos do neoprocessualismo é, pois, fazer com que o direito processo tenha como norte a realização das normas constitucionais, fazendo surgir um modelo de processo que pode ser dito constitucionalizado⁹¹, onde o fim maior não é a satisfação de interesses individuais das partes, mas a realização de uma concepção de justiça material que realmente faz com que os conflitos sociais sejam pacificados. Isto tudo, decorre do reconhecimento da centralidade da constituição no nosso sistema jurídico e da supremacia do texto constitucional⁹².

Nessa esteira, no âmbito do neoprocessualismo, o direito processual civil deixa de ser entendido apenas como instrumento de concretização e efetivação do direito civil e material isoladamente, passando a dar enfoque principal aos direitos constitucionalmente previstos, incorporando a ideia de que deve o processo ser compreendido como uma ferramenta de realização dos direitos fundamentais previstos na carta magna⁹³.

⁸⁹ HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, processo e constituição: tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo*. Dissertação apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012. p. 82.

⁹⁰ RODRIGUES, Pedro Augusto Rufino. *Neoprocessualismo e a inversão do ônus da prova como regra de procedimento no CDC*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2013. Disponível: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Pedro%20Augusto%20Rufino%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2015. p. 15 e 16.

⁹¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, ano 1, n. 6, p. 1-44, fevereiro, 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 15 de Agosto de 2015. p. 1

⁹² *Ibid.*

⁹³ Cf., LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. In Temas atuais de processo civil. v. 2. n. 2. Fevereiro de 2012. Disponível em: <www.temasatuaisprocessocivil.com.br>. Acesso em: 15 de Agosto de 2015. p. 55 e 56.

É interessante notar que para as ideias do neoconstitucionalismo que o neoprocessualismo tenta incorporar ao processo sejam da melhor forma concretizadas, constitui-se importante que pelo menos duas grandes frentes de atuação sejam observadas, uma que diz respeito às funções e ao desempenhar das atividades dos legisladores e outra que se refere ao modo de atuar dos juízes e tribunais.

No tocante ao que cabe aos legisladores, cumpre a estes ao elaborar uma lei levar em conta que o direito processual civil passa por uma nova fase, devendo no corpo legal, nas leis, escolher dentre as opções legislativas aquelas que privilegiem uma ideia de neoprocessualismo e inserir no ordenamento jurídico, em especial na seara processual, os comandos que podem ser extraídos dessa quarta fase da evolução histórica do direito processual⁹⁴.

Tudo isto, claro, apenas até o ponto que permita o nosso ordenamento, para que sob o louvável objetivo de se avançar muito não se corra o risco de se criar incompatibilidades instrumentais e sistêmicas. Assim sendo feito, estar-se-á formalizando as ideias, institutos e categorias jurídicas que se coadunam com o arcabouço teórico do neoprocessualismo sem que se corra o risco de tirar a credibilidade deste novo direito processual devido a falhas na sua inserção nos textos legais.

Em relação ao papel que deve ser desempenhado pelos juízes e tribunais, estes ao realizarem suas funções de interpretação, integração e aplicação do direito processual devem levar em conta o conteúdo axiológico do neoprocessualismo, e, assim, sempre que possível e viável, devem afastar-se de uma aplicação lógico-mecânica das normas processuais, utilizando-se de técnicas como a ponderação e a argumentação jurídica e levando em conta o fato reconhecido dos princípios possuírem normatividade, para que se consiga atingir níveis satisfatórios de justiça material, devendo ter em conta que o principal papel do Juiz é aplicar a Constituição⁹⁵.

Esse papel dos que integram o poder judiciário, contudo, deve ser dito, não convém que seja desempenhado além do “núcleo essencial das funções” que lhes cabem⁹⁶ e de um modo que torne as decisões vagas e obscuras, apenas para atingir um resultado já pré-determinado ou para fazer valer convicções pessoais em detrimento do

⁹⁴ MARTINS, IVO HENRIQUE MOREIRA. *Novos contornos da atividade jurisdicional: neoconstitucionalismo e o papel do juiz no Estado Democrático de Direito*. Monografia apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil. Brasília, 2009. p. 16, 17 e 33.

⁹⁵ *Ibid.*, 32.

⁹⁶ Cf., CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 559; FRANÇA, Adriano Bernardo de. *Separação dos poderes, parlamento e ativismo judicial*, p. 46 e 47.

que é possível se extrair de uma interpretação honesta e adequada. Em outras palavras, é preciso que os juízes e tribunais nas suas decisões leve em conta a supremacia da constituição, não tenham uma postura acanhada, dedicam de modo bem fundamentado até para fortalecer a sua legitimidade, mas também que eles não desconsiderem o papel que lhes cabe no esquema da separação dos poderes e respeitem os limites das suas funções.

Pois bem, talvez em busca de uma resposta a toda conjuntura e todos os problemas descritos no tópico anterior e levados pelo pensamento de que a legislação processual deve se adequar ao novo contexto teórico que perpassa o direito processual cível e de que os juízes e tribunais precisam dispor de leis processuais que viabilizem a concretização de tais ideias e a realização do texto constitucional, começaram-se as discussões por um novo código de processo civil, como se sabe, já aprovado e com entrada em prevista para o início de 2016, e que como será demonstrado em seguida apresenta uma série de dispositivos (alguns dos quais será feita análise) que se coadunam com o que é proposto pelo neoprocessualismo.

3.3 ANÁLISES DE INOVAÇÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL⁹⁷ E AS SUAS IMPLICAÇÕES PARA A OCORRÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL

O novo código de processo civil, como dito, surgiu da necessidade de se dar respostas aos problemas jurídicos processuais existentes (alguns antigos) e às necessidades sociais que apareceram ao longo do tempo. Como consta na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo CPC, apresentado em 2010 pela Comissão de Juristas formada pelo Senado Federal pelo ato nº 379 de 2009, da presidência da referida casa,

“Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”⁹⁸.

⁹⁷ BRASIL. *Novo código de processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 15 de Agosto de 2015.

⁹⁸ Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2015.

Diante de tal assertiva, percebe-se que desde o início das discussões o espírito que permearia a formulação do novo código. Teriam papel de destaque e seriam os objetivos maiores: a realização efetiva (e para isto célere) de direitos, preocupação com as garantias e direitos constitucionais e com as premissas do Estado Democrático de Direito.

Como se viu da exposição feita no tópico anterior, todas essas ideias estão diretamente ligadas ao corpo teórico do neoprocessualismo. E, de modo até natural, o resultado experimentado depois de todo o processo de elaboração e tramitação legislativa do Novo CPC traz uma série de artigos que se relacionam com o mencionado novo modo de pensar o direito processual. Frente a isso, em seguida se passa a analisar alguns desses artigos, escolhidos dentre muitos aqueles que apresentam inovações e estão relacionados às ideias de neoprocessualismo e que servem para analisar a relação entre a ocorrência do ativismo judicial e as implicações deste fenômeno com este novo direito processual e com o Novo CPC.

Sem a pretensão de fazer uma análise completa e esgotar todas as nuances do Novo CPC relacionadas com os temas que são abordados no presente trabalho, pode-se dizer que os artigos que foram escolhidos fazem parte de três principais grupos de ideias, em alguns casos ocupando lugar em mais de um grupo: 1) Artigos que demonstram a preocupação com a realização do texto constitucional e dos direitos fundamentais; 2) Artigos que denotam uma tentativa de mudança de postura no sentido de tornar o processo mais célere; 3) Artigos que estão relacionados com o modo de interpretar e aplicar o direito e que tratam do modo de atuar e de como decidir dos juízes e tribunais.

3.3.1 Marco da instauração do neoprocessualismo ou de um modelo de processo civil constitucionalizado

Começando a análise de alguns artigos do Novo CPC, observa-se que logo de início, em seu artigo 1º, o novo código exterioriza de modo muito claro que tem como norte a Constituição Federal de 1988. Esse dispositivo dá à carta magna papel fundamental, na medida em que estabelece que o processo seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os seus valores e as suas normas fundamentais, juntamente com o novo Código.

Pode-se dizer que ao fazer isso o legislador estabelece e estampa de modo claro e aberto que o novo código opta por um modelo de processo civil essencialmente e direcionadamente constitucionalizado, nos moldes do que em geral pregam os neoprocessualistas, sendo possível afirmar que o art. 1º do Novo CPC constitui o marco da incorporação formal de uma das bases mais importantes do neoprocessualismo, qual seja a da centralidade e a supremacia da Constituição também no âmbito do processo civil.

Uma das consequências possíveis de serem extraídas do referido artigo é a de que, com o novo código, os juízes e tribunais devem pautar suas atividades e decisões, acima de tudo, de acordo com os ditames constitucionais. Isto não mais apenas por um dever jurídico e político-moral de observância da Constituição que têm todos os cidadãos, mas como atitude que privilegia a própria legalidade – ou letra da lei – do Novo Código de Processo Civil.

Interessa notar que tal dispositivo pode servir para diminuir a discricionariedade das decisões, no sentido de que estabelece uma obrigação formal de que estas se fundamentem em conformidade com o texto constitucional, sendo tal obrigação mais uma limitação para que as decisões dos juízes e tribunais não se apresentem como opções pessoais, e afastem-se de subjetivismos que não cabem no disposto na carta magna e no próprio código de processo.

Assim, com o que é previsto no art. 1º do NCPC, o juiz agora, ao incorrer em ativismo judicial e ultrapassar o exercício das suas funções na aplicação do novo código civil e praticar abusos interpretativos ou omissões permissivas de violações de direitos ou omissões que possam perpetuar temporalmente violações de direitos, estará declarando expressamente que tem consciência que a sua postura em aplicar o código desta forma fere a Constituição e contraria a letra do próprio código, diminuindo a legitimidade da sua decisão.

3.3.2 Consagração do direito fundamental ao acesso à justiça, inafastabilidade da jurisdição e a busca pela solução extrajudicial e consensual de conflitos no Novo CPC

O art. 5º, XXXV da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este dispositivo que consagra o direito fundamental ao acesso à justiça e a inafastabilidade da prestação jurisdicional do Estado é repetido no Novo CPC, no seu art. 3º, representando

importante inovação formal que adequa o texto da legislação processual civil ao que estabelece o texto Constitucional.

No mesmo art. 3º, em seus três parágrafos, observa-se a previsão de importantes institutos, como a possibilidade da utilização da arbitragem, da conciliação, da mediação e de outros métodos que consigam a resolução dos conflitos e que o próprio código estabelece o dever de serem estimulados por juízes, advogados, defensores, promotores e etc, mesmo que já exista demanda judicial em andamento.

Como descrito anteriormente, o contexto em que surge o novo código é de grande conflitualidade social e de inchaço no judiciário devido a grande quantidade de causas pendentes de julgamento. Nessa conjuntura, não é incomum os que atuam na prática forense se depararem com situações que podem ser consideradas de baixa complexidade e que poderiam ser evitadas de serem levadas ao Poder Judiciário.

Frente a isso, a consagração expressa no novo código de tais métodos de resolução extrajudicial e consensual, deve ser louvada como tentativa de desafogar o poder judiciário, como forma de resolver os conflitos de modo mais célere e como modo de pacificação dos conflitos sociais; haja vista que, como decorre das ideias apresentadas em relação ao neoprocessualismo, ao judiciário e aos que atuam na prática jurídica não cabe apenas decidir, mas também pacificar e tornar confortáveis as relações sociais, para que além da garantia dos seus direitos a sociedade como um todo possa ter outros proveitos e seja privilegiado o bem comum.

Cumpre reiterar que é de grande importância a consagração de direitos fundamentais feita no dispositivo em comento, e, além do mais, como se depreende da exposição teórica feita até o momento, pode-se enquadrar tal fato como uma decorrência lógica do que é o arcabouço teórico do neoprocessualismo e uma medida que se mostra necessária em um Estado Democrático Constitucional de Direito.

Entretanto, a atenção que se deve ter é a de que os juízes e tribunais, bem como os outros atores da justiça não forcem a resolução consensual de conflitos quando puderem observar que isto não é o desejo das partes e/ou que a resolução consensual na verdade seria mais uma imposição que poderia causar desigualdade ou deixar uma das partes desamparadas. É inconveniente que se busque a resolução do litígio nos termos postos apenas e exclusivamente com o intuito de diminuir a quantidade de demandas e desafogar o judiciário, mesmo que para isso se utilize de argumentos retóricos sob uma suposta intenção de realizar direitos fundamentais. Pois, isso ocorrendo estaria sendo

violado o princípio do acesso à justiça e seria desvirtuada a função das técnicas de resolução supramencionadas.

3.3.3 Consagração do direito fundamental à razoável duração do processo

Em seus artigos 4º e 139, II, o Novo CPC consagra também o direito fundamental à razoável duração do processo, que é descrito no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988 e também é garantia assinalada no Pacto San Jose Da Costa Rica, no art. 8, 1, tratado este de 1978 do qual o Brasil é signatário e que teve seu texto aprovado e ganhando eficácia interna no nosso país em 1992.

Os novos dispositivos processuais em comento, já consagrados na Constituição e constantes no Pacto San Jose da Costa Rica – considerados, portanto, direitos fundamentais e humanos – formalizam na legislação processual cível a ideia de que o processo deve ser o mais rápido possível, dentro do prazo necessário para que sejam praticados todos os atos imprescindíveis ao efetivo respeito ao princípio do devido processo legal e para que se chegue a uma adequada resolução do problema que foi ou for colocado para apreciação do poder judiciário⁹⁹, sem se descuidar da segurança jurídica e das “regras do jogo” e conciliando esta com a noção de efetividade¹⁰⁰.

O tratamento legislativo dado ao tema no Novo CPC é mais um ponto que confirma a preocupação do legislador em dar centralidade aos direitos fundamentais e mais uma vez, por consequência, privilegia a noção de neoprocessualismo apresentada anteriormente, direcionando a atuação do poder judiciário a uma maior preocupação com a realização dos referidos direitos e tendo o condão de concretizar de melhor forma o que é previsto como essencial pelo texto constitucional.

Em relação ao tratamento dado princípio da razoável duração do processo no novo código, pode ser dito que ele termina por contribuir para que se evitem omissões propositais dos juízes na resolução de algum caso. Pode prevenir, por exemplo, que um juiz motivado seja por qual for o interesse, inclusive por interesses escusos, deixe de dar seguimento ao processo ou deixe de proferir uma decisão que de modo inevitável (diante das circunstâncias fáticas ou jurídicas do caso) seria contrária ao que

⁹⁹ Cf., DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 93 e seguintes.

¹⁰⁰ GUERRA, Gustavo Rabay. *O princípio constitucional da razoável duração do Processo*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16312-16313-1-PB.pdf>>. Último acesso em: 15 de Agosto de 2015. p. 4 e seguintes.

pessoalmente ou unilateralmente desejava. E, deste modo, tal princípio e direito fundamental, serve também, mesmo que indiretamente, para prevenir favorecimentos e manobras escusas, direcionando a atuação do juiz ao que está verdadeiramente ligada a essência das suas funções e evitando o ativismo judicial – em sentido pejorativo.

3.3.4 Princípio da cooperação no Novo CPC

O Novo CPC traz ainda um interessante dispositivo, que demonstra a intenção do legislador em fazer uma viragem teórica e prático-metodológica no que diz respeito ao modelo de processo que se tenta instaurar com as modificações na legislação processual. No art. 6º do referido diploma legal, tem-se que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. É a consagração do princípio da cooperação, já presente em outros códigos de processo mundo afora, como exemplo, previsto no artigo 7º do Novo Código Civil Português.

Tal princípio ou modelo de processo busca ser uma “saída” em relação aos princípios ou modelos processuais do dispositivo e do inquisitivo ou misto. Assim sendo, vale dizer que o referido princípio encontra-se diretamente ligado às ideias referentes ao neoprocessualismo, encontrando sua base estruturante na ideia de “processo justo”¹⁰¹, nos direitos fundamentais e demais valores constitucionais. Nessa linha, são os ensinamentos de Eduardo Madrug de Figueiredo Filho:

“O processo deve ser um palco ideal para um ponto de encontro entre os direitos fundamentais consagrados na constituição federal, para que só assim se obtenha uma tutela jurisdicional justa e efetiva. Na esfera constitucional, os princípios do devido processo legal, do contraditório, da solidariedade social e da igualdade cumulados servem de base estruturante para se extrair o princípio da cooperação”¹⁰².

Sobre essa base, o princípio da cooperação busca que o processo seja encarado como uma “comunidade de trabalho”, na qual devem as partes, os juízes, servidores e

¹⁰¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O processo civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo. Vol. 209, 2012. p. 360. Ver também, CANSI, Francine; Migliavacca, Luciana de Araújo; CANSI, Jean. *A constitucionalização do processo e o neoprocessualismo*. In As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo. Tomo 3. Org. Jorge Renato dos Reis (et al.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. p. 531.

¹⁰² FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madrug. *Contributo para concretização de um modelo cooperativo de processo sob a ótica dos poderes do juiz*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013. p. 52.

todos os outros atores que participam do processo agir de modo leal, probo, honesto, com o intuito de cooperarem para que ao fim do processo se alcance uma prestação jurisdicional e um resultado o mais próximo possível de uma noção de justiça material¹⁰³.

Abandonando a ideia de relação triangular e de tratar as partes como adversários, a “comunidade de trabalho” em cooperação estabelece que o processo deve ser o *locus* em que todos os direitos fundamentais são respeitados e as partes, os juízes e todos que operam na administração da justiça devem atuar de modo ordenado para a resolução do conflito, devendo “(...) ser compreendida como um feixe de relações colaborativas que se desenvolvem em um plano paralelo, com plena predominância do diálogo”¹⁰⁴.

Nessa esteira torna-se indispensável que no processo exista intenso e constante diálogo entre as partes, fundando-se uma verdadeira “comunidade de comunicação”¹⁰⁵ que viabilize a abordagem e o enfrentamento de todos os as minúcias e circunstâncias fáticas e jurídicas que dizem respeito ao caso, incluindo nessa participação todos aqueles que operam na administração da justiça e são partes do processo¹⁰⁶.

O objetivo final de toda engenharia sugerida pelo princípio da cooperação é de tentar se chegar a uma “verdade”, que dentro do modelo cooperativo de processo não mais é buscada como “formal” ou “material”, mas sim como uma “verdade provável” diante de todas as especificidades do caso, o que só torna-se possível quando as partes desenvolvem uma atividade compartilhada e pautada no respeito a deveres de cooperação. É deste modo que se acredita que seja a melhor forma de se conseguir uma decisão juridicamente efetiva construída dentro de um processo justo¹⁰⁷.

Assim, do que foi exposto, pode-se dizer que o princípio da cooperação exterioriza o neoprocessualismo em uma dimensão que trata do modo de se relacionar das partes em consonância com o direito fundamental à igualdade e com a busca de uma tutela jurisdicional efetiva e justa.

¹⁰³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2º ed. Lisboa: Editora: Lex, 1997. p. 62

¹⁰⁴ FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga. *Contributo para concretização de um modelo cooperativo de processo sob a ótica dos poderes do juiz*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013. p. 56 e 57.

¹⁰⁵ (SILVA, 2003, p. 589

¹⁰⁶ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGLG 1973/5)*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 265.

¹⁰⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Doutorado, 2005. p. 123. FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga. *Idem*. p. 60.

Da forma como é posto, em conjunto com os deveres que são impostos ao juiz e às partes de modo sistêmico e preconizados no Novo CPC, o princípio da cooperação termina por servir como instrumento que tem o condão de evitar o ativismo judicial, haja vista que, ao impor ao juiz o dever de sempre colocar seus atos e decisões em constante diálogo com as partes, o princípio da cooperação cria um ambiente de maior transparência e possibilita que as partes façam constar no processo a sua irresignação em casos em que o juiz ultrapasse ou esteja prestes a ultrapassar os limites das suas funções.

3.3.5 Dever de consulta às partes e o necessário tratamento paritário para consecução de um contraditório efetivo

Em consonância e talvez mesmo em decorrência do princípio da cooperação, o Novo CPC prevê nos seus art. 9º e 10º que nenhuma decisão será proferida contra uma das partes sem que ela seja ouvida de forma prévia e também que os juízes ou tribunais não poderão decidir tomando por base fundamento que não tenha sido dada oportunidade às partes de se manifestar, mesmo quando estiver diante de matéria de ordem pública e/ou matéria que devam decidir de ofício.

Os referidos dispositivos consagram na nova legislação processualista os deveres de ouvir e consultar às partes e de colocar em debate os fundamentos das decisões, importantes medidas para construção de uma decisão justa decorrente de um processo dialógico.

Tais dispositivos corroboram com a ideia de que deve ser dado às partes a oportunidade de participar e interferir na decisão que será tomada pelo juiz, na perspectiva de que o processo não “pertence” ao juiz, mas, sim, deve respeitar os argumentos fáticos e jurídicos colocado pelas partes para que sejam atingidos os fins sociais do processo em sua dimensão publicista, já que o interesse na solução dos conflitos não diz respeito apenas ao juiz e às partes, mas a sociedade em geral.

Ademais, para que tudo isso possa ser conseguido, como estabelece o art. 7º do Novo CPC, é necessário que o juiz trate as partes de modo paritário, no que diz respeito a possibilitar que todos possam exercer seus direitos e suas faculdades processuais, façam uso dos meios de defesa, tenham esclarecimento e atuação consentânea quanto aos seus ônus e deveres e que as sanções processuais sejam aplicadas de sem desbalanceamentos.

Essa paridade das partes, em conjunto com os dever de consulta que deve ser observado pelos juízes, dentro de um contexto onde seja respeitado e colocado em prática o princípio da cooperação contribui sobremaneira para que o princípio do contraditório seja efetivo e aplicado do modo que deve ser, ou seja, em toda sua plenitude¹⁰⁸. E, de igual modo importante, tais dispositivos contribuem para que se evitem as chamadas decisões surpresas¹⁰⁹ e contribui para a diminuição da discricionariedade judicial.

3.3.6 Publicidade das decisões e dever de fundamentação

O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 11º, também formaliza no âmbito processual o princípio da publicidade das decisões e a obrigatoriedade de os juízes decidirem de modo fundamentado, com a consequência de caso não sejam observados esses requisitos o processo ser declarado nulo. Vale dizer que neste ponto o novo código também privilegiou o texto constitucional, nomeadamente o seu art. 93, IX, que já previa a necessidade de publicidade e fundamentação das decisões dos magistrados.

Importa chamar atenção para o fato de que pelo espírito do novo código e da Constituição Federal e diante da forma que foi disciplinada a questão, é possível afirmar que a publicidade a que se referem os dispositivos não é apenas aquela de informar as partes sobre as decisões, mas um pouco mais além de que a decisão seja tomada com base em uma argumentação, exposição e motivação jurídica clara e compreensível, que possibilite o completo entendimento dos elementos fáticos e jurídicos levados em consideração para decidir, para que só assim se consiga atingir a exigência de fundamentação também prevista, devendo ser esta largamente buscada quantitativa e qualitativamente.

O que dispõe o art. 11º é de grande importância para que sejam evitadas discricionariedades por parte dos julgadores e impõe aos juízes e tribunais o dever de decidir de acordo com as regras do jogo, evitando extrapolação dos limites de funções, fortalecendo o princípio da separação dos poderes e privilegiando a segurança jurídica.

¹⁰⁸ Ver, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 641.

¹⁰⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, André; CÂMARA, Bernardo Riberiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil: Fundamentação e aplicação*. BELO HORIZONTE: Editora Forum, 2011. p. 82 e seguintes.

Além disso, favorece a fiscalização do conteúdo das decisões por parte das partes e possibilita aos juristas um maior controle epistemológico em relação ao que é decidido, pois passam todos a ter acesso aos subsídios necessários para fazer uma análise mais precisa e profunda das decisões.

3.3.7 O modo de aplicação do ordenamento jurídico no contexto do novo CPC: humanização e socialização do processo, razoabilidade, proporcionalidade e legalidade

Como não poderia deixar de ser para um código que se apresenta como um corpo legislativo que tem como norte a Constituição e centro os direitos fundamentais, o Novo CPC prevê em seu artigo 8º que ao aplicar o ordenamento jurídico o juiz deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. Tal previsão confirma alguns argumentos já aduzidos, como o de que o novo código tem um viés publicista e a sua finalidade não é única e exclusivamente resolver os conflitos “para” as partes e, sim, possibilitar que o processo seja um veículo de pacificação social e de propiciar justiça material.

Mais além, o referido dispositivo estabelece que o juiz a aplicação do ordenamento jurídico deve resguardar e promover a dignidade da pessoa humana. Esta previsão é extremamente louvável no sentido de demonstrar que a nova legislação processual se distancia de uma visão lógico-formal e técnico-mecânica que permeou a cultura jurídico-processual durante muito tempo, além de deixar formalmente claro que o novo código de processo civil visa também introduzir na seara processual a prática de respeito aos fundamentos da República Federativa do Brasil, como é a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da CF/88.

No mesmo artigo, existe previsão de que o juiz deverá observar a proporcionalidade e a razoabilidade, fazendo constar também a exigência de respeito à legalidade, a publicidade e à eficiência. Tal parte do dispositivo, a nosso ver, termina por significar um norte e se apresenta como pré-requisito do que deve ter em conta o juiz para realizar sua atividade de interpretação e aplicação do direito. Ainda, deve-se chamar atenção para o fato de que a expressa previsão da utilização da proporcionalidade e a razoabilidade constitui homenagem ao neoprocessualismo, já que tais técnicas são bastante defendidas pelos adeptos desse novo modo de compreender o processo.

Apesar do avanço que significa, o uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como técnicas que devem ser levadas em conta na tomada de decisões de juízes e tribunais é algo que deve ser encarado com certa cautela. Pois, se por um lado o uso dessas técnicas pode favorecer a justa solução de litígios quando o julgador se depara com um conflito de direitos e a letra pura da lei não é suficiente para desatar as amarras existentes em determinado caso; por outro, deve-se ter o cuidado de que o uso dessas técnicas não sirvam para afastar o direito posto e justificar decisões discricionárias, subjetivismos e sentenças confeccionadas para abonar resultados já pré-determinados.

É imperioso notar que o Novo Código de Processo Civil no mesmo artigo traz o dever de observância à legalidade, que não deve ser desconsiderada e deve ser respeitada, nesse caso, servindo como limite e como instrumento de medida e moderação do uso das técnicas supramencionadas. Esse entendimento, a nosso ver, parece ser o que mais combina e possibilita que os juízes e tribunais consigam atender as exigências do bem comum e os fins sociais do processo.

Destarte, o uso de tais princípios é extremamente sedutor, mas o julgador não pode pecar por excesso, para que não haja vulgarização da utilização da razoabilidade e proporcionalidade e para que não se caia em um perigoso campo onde da utilização exacerbada de princípios termina por fazer surgir uma conjuntura de insegurança jurídica e abre espaço para desmandos indesejáveis em um Estado Democrático de Direito.

3.3.8 Dinamização da distribuição do ônus da prova e princípio do acesso à justiça

Outra importantíssima inovação do Novo Código de Processo Civil é o conteúdo do seu art. 373, parágrafo 1º, que dispõe:

Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, **poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso**, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (grifo nosso).

A forma como elaborado o mencionado dispositivo significa a consagração no Novo CPC da teoria da carga dinâmica ou da dinamização do ônus da prova, que tem como precursor entre seus defensores o argentino Jorge Peyrano¹¹⁰. E, como aduz Felipe Vianna de Melo, “Tal entendimento visa dinamizar as normas rígidas de repartição do onus probandi, através de uma análise sistemática e constitucional, nas situações em que com a aplicação fixa dessas possa ocasionar uma supressão na eficácia da tutela prestada”¹¹¹.

Destarte, esta teoria visa evitar os prejuízos que podem ser ocasionados por uma distribuição rígida do ônus da prova, haja vista que em determinados casos a parte que não tem o dever de provar é a que está em melhores condições de produzir a prova e poderia se negar a fazer baseado em uma visão individualista e privatista do processo.

Com as modificações impostas pelo Novo CPC, em casos em que o caráter estático de imposição do ônus a uma parte ou outra possa vir a dificultar ou impossibilitar a concretização de uma prestação jurisdicional efetiva, o juiz deve então distribuir o ônus da prova de modo que venha a sanar tal problema, atribuindo o ônus da prova à parte que esteja em melhores condições de produzi-la, contudo, devendo respeitar o contraditório e oportunizar à parte desincumbir-se espontaneamente de tal ônus, utilizando-se de fundamentação robusta e coerente para tanto¹¹².

Ademais, interessa ressaltar que esse modo de tratar a questão da distribuição do ônus da prova constitui um importante instrumento de realização do acesso à justiça, tido como princípio que exige do Estado a promoção de uma tutela jurisdicional efetiva e fornecer as partes uma decisão justa, o que só pode ser alcançado por meio da contraposição dos fatos colacionados ao processo até o ponto de tornarem-se incontrovertidos e ao se evitar que a falta de robustez e vigor das provas colhidas afaste o julgador do objetivo de alcançar a verdade provável relativa a cada caso¹¹³.

¹¹⁰ PEYRANO, Jorge W; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

¹¹¹ MELLO, FELIPE VIANA. *A FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: estudo sobre a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica no direito luso-brasileiro*. Dissertação de Mestrado Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013. p. 78.

¹¹² Cf., DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. SALVADOR: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 122 e 123.

¹¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Alguns problemas atuais da prova civil*. Revista de Processo, n. 53. Ano 14. São Paulo: RT, 1989. p. 130. Ver ainda, SOUZA, Artur César. *Justo processo ou justa decisão*. In Revista de Processo. n. 196. Ano 36. São Paulo: RT, 2011. p. 483.

Importa referir também que, a obrigatoriedades impostas pelo Novo CPC de o Juiz fundamentar a dinamização do ônus da prova e de possibilitar o contraditório à parte, devem ser encaradas como aspectos de extrema valia. Isto, pois, sem essas imposições pode-se abrir espaço para que o juiz, de modo ativista, distribua o dever de provar a seu bel prazer e termine por violar o direito fundamental a um devido processo legal.

CONCLUSÃO

Terminado o percurso que no presente estudo se propôs a fazer, importa nesta altura apresentar uma síntese das conclusões a que se chegou, as quais em sua maioria já foram expostas durante o texto.

Na abordagem do tema ativismo judicial, viu-se que tanto a expressão quanto o fenômeno têm origem nos Estados Unidos da América. Verificou-se também que, em grande medida, devido à forma como foi introduzida a expressão, o ativismo judicial apresenta grandes dificuldades de conceituação, podendo ser dito que se trata de um termo polissêmico.

Viu-se também que criação judicial de direito e ativismo judicial não se confundem e que a possibilidade de que exista criação judicial de direito é algo visto de forma natural e aceitável, que não constitui desvirtuamento do exercício da função judicial e não se configura como violação ao princípio da Separação dos Poderes. De modo que, a criação judicial de direito pode ser entendida como uma decorrência lógica e normal das atividades de aplicação, interpretação e integração que os julgadores desempenham.

Deve-se, todavia, atentar para o fato de que admitir a criação judicial do direito não significa admitir que os juízes têm liberdade desmedida no exercício das suas funções, passível de ultrapassar o núcleo essencial de funções reservado a outros poderes, não consistindo em exercício daquilo que se considera adequado para o caso que se julga, pois isto ocorrendo estar-se-á adentrando no campo do ativismo judicial.

Com a base fornecida pelo estudo das origens e por meio de uma apresentação e análise de conceitos apontados por vários autores, percorreu-se um caminho para evidenciar como deve ser entendido e considerado o ativismo judicial. Demonstrou-se então que este pode ser conceituado de modo geral (uma concepção mais abrangente do que seria) e de modo específico (apontando-se, mais especificamente, situações em que ocorre o ativismo judicial).

Foi possível concluir também que certa concepção do neoconstitucionalismo, apresentada e desenvolvida no Brasil, em especial por Luís Roberto Barroso, apesar de trazer interessantes discussões, abrindo os horizontes sobre a forma que deve ser entendida e interpretada a Constituição e ter a saudável preocupação de se construir um sistema mais justo e eficaz na realização de direitos,

pode formar uma conjuntura em grande nível favorável a existência e desenvolvimento do ativismo judicial.

Ainda em relação ao neoconstitucionalismo, diante do exposto é possível afirmar que ele serviu de inspiração e de base para o surgimento e desenvolvimento do neoprocessualismo. Este que, como se viu, surgiu em uma conjuntura em que os fatos sociais acontecem de maneira cada vez mais rápida, em que as relações sociais apresentam grande complexidade, em um ambiente de alta conflitualidade na sociedade, que termina levando os seus problemas para o judiciário, abarrotando ainda mais este poder que já tanto carece de estrutura física e pessoal.

Concluiu-se que o neoprocessualismo é uma quarta fase do processo, intimamente ligado ao neoconstitucionalismo, e que tem como um dos principais objetivos fazer com que o direito processual tenha como norte a realização das normas constitucionais, adotando uma visão publicista de processo, fazendo surgir um modelo de processo que pode ser dito constitucionalizado, onde o fim maior não é a satisfação de interesses individuais das partes, mas a realização de uma concepção de justiça material que realmente faz com que os conflitos sociais sejam pacificados. Tudo isto, decorrente do reconhecimento da centralidade da constituição no nosso sistema jurídico e da supremacia do texto constitucional.

Para que esse novo processo possa ser da melhor forma colocado em prática, é preciso que os legisladores criem leis que privilegiem as ideias relacionadas a ele, respeitando, contudo, os limites que o ordenamento jurídico brasileiro impõe, para que sob o louvável objetivo de se avançar muito não se corra o risco de se criar incompatibilidades instrumentais e sistêmicas.

Além disso, é preciso que os juízes e tribunais ao realizar suas funções de interpretação, integração e aplicação do direito processual levem em conta o conteúdo axiológico do neoprocessualismo, e, assim, sempre que possível e viável, devem afastar-se de uma aplicação lógico-mecânica das normas processuais, utilizando-se de técnicas como a ponderação e a argumentação jurídica e levando em conta o fato reconhecido dos princípios possuírem normatividade, para que se consiga atingir níveis satisfatórios de justiça material, devendo ter em conta que o principal papel do Juiz é aplicar a Constituição. Entretanto, não convém que tal papel seja desempenhado além do “núcleo essencial das funções” que lhes cabem e de um modo que torne as decisões vagas e obscuras, apenas para atingir um resultado já pré-determinado ou para fazer

valer convicções pessoais em detrimento do que é possível se extrair de uma interpretação honesta e adequada.

Coube perceber também que em resposta às circunstâncias de surgimento e de desenvolvimento do neoprocessualismo e todos os problemas descritos no primeiro tópico do capítulo 3, os legisladores foram pressionados pelos processualistas para criar um novo código de processo civil, levados pelo pensamento de que a legislação processual deve se adequar ao novo contexto teórico que perpassa o direito processual cível e de que os juízes e tribunais precisam dispor de leis processuais que viabilizem a concretização de tais ideias e a realização do texto constitucional.

Em relação ao novo código, conclui-se que muitas das mudanças trazidas privilegiam o conteúdo conceitual do neoprocessualismo. Importantes inovações foram lançadas no texto do Novo CPC, várias delas tendo o condão de contribuir para um sistema jurídico mais justo materialmente, tornar o processo mais célere e diminuir os níveis de conflitualidade da sociedade brasileira.

Para isso foram dadas algumas novas ferramentas aos juízes e tribunais, vistas na formalização da possibilidade de uso da razoabilidade e da proporcionalidade; na valorização que o código dá aos princípios; ao colocar o bem comum e os fins sociais como parâmetros para aplicação do ordenamento; no papel dado aos direitos fundamentais; também com a possibilidade de dinamização do ônus da prova e etc.

Por outro lado, percebeu-se preocupação do novo código de processo civil quanto à atuação dos juízes e tribunais, o que pôde ser visto diante da formalização legal e textual de vários deveres estabelecidos pelo código, como o dever de consulta às partes, dever de tratamento paritário, preocupação com a fundamentação das decisões, publicidade, dentre outros.

Dessa forma, conclui-se que o novo código avançou em alguns aspectos em relação ao atual, ao buscar dar mais segurança jurídica às partes e criar alguns limites aos juízes. Todavia, ainda assim, é preciso fiscalização e atenção constante por parte dos juristas, para que sob o argumento de realizar os direitos fundamentais e ocupar o espaço deixado pela falta de atuação dos outros poderes, o Novo Código de Processo Civil não seja aplicado de modo distorcido e termine servindo para exteriorizar a face pejorativa do ativismo judicial. Pois, em ocorrendo isto, servirá o novo código como fator de diminuição da segurança jurídica e de aumento da instabilidade que já existe no âmbito do judiciário, ou seja, promoverá aquilo que veio combater e terá efeito contrário a tudo que motivou a sua criação.

REFERÊNCIAS

BARNETT, Randy E. *Constitucional Clichês*. In Capital University Law Review. n 36 (p. 493-510). 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico. Ano 1. Vol. 1. N. 6. Setembro. Salvador, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Último acesso em 15 de agosto de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Último acesso em 15 de Agosto de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Vol. 28. n. 60 (p. 27-65). Julho-dezembro. Porto Alegre, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31274-34849-1-PB.pdf>>. Último acesso em: 15 de Agosto de 2015

BRANCO, Paulo Gonet. *Em busca de um conceito fugido – Ativismo Judicial*. In NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes (orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Último acesso em: 15 de Agosto de 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Processo Civil e globalização: notas de uma primeira reflexão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, ano 1, n. 6, p. 1-44, fevereiro, 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Último acesso em 15 de Agosto de 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2. n. 6 (p. 4693-4791). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf>. Último acesso em 15 de Agosto de 2015.

CANON, Bradley. *Defining the dimensions of Judicial Activism*. Judicature. vol. 66. n. 6 (p. 236-247). Dezembro-Janeiro. 1982-1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politicização da justiça: tópicos para uma intervenção sobre o Poder Judiciário*. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 2007. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

CANSI, Francine; Migliavacca, Luciana de Araújo; CANSI, Jean. *A constitucionalização do processo e o neoprocessualismo*. In As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo. Tomo 3. Org. Jorge Renato dos Reis (et al.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

CANSI, Francine; Migliavacca, Luciana de Araújo; CANSI, Jean. *A constitucionalização do processo e o neoprocessualismo*. In As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo. Tomo 3. Org. Jorge Renato dos Reis (et al.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARBONELL, Miguel. *Prólogo. Nuevos tempos para el neoconstitucionalismo*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editora Trotta, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito*. In NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes (orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O processo civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo. Vol. 209, 2012.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. SALVADOR: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. *Crítica do Neoconstitucionalismo*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Ano 2011.1, N. 22. (p. 179-204). Salvador, 2011.

FARIA, MARCELO Carvaho. *A lealdade processual, o projeto de novo código de processo civil e a experiência portuguesa*. In Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 1 (2015). n. 1. p. (1395-1430). LISBOA: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 201

FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga. *Contributo para concretização de um modelo cooperativo de processo sob a ótica dos poderes do juiz*. (Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra, 2013.

FRANÇA, Adriano Bernardo de. *SEPARAÇÃO DOS PODERES, PARLAMENTO E ATIVISMO JUDICIAL: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o fenómeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na realidade brasileira*. (Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra: 2013.

GRECCO, Sibele Regina Luz. *Fenômeno do ativismo judicial: análise teórica e estudo do caso da fidelidade partidária na ótica do Supremo Tribunal Federal brasileiro*. (Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra: 2010.

GREEN, Craig. *An intellectual history of Judicial Activism*. Emory Law Journal. vol. 58. Issue 5 (p. 1197-1260). 2009.

GUERRA, Gustavo Rabay. *O princípio constitucional da razoável duração do Processo*. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16312-16313-1-PB.pdf>>.

Acesso em: 15 de Agosto de 2015.

HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, processo e constituição: tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo*. Dissertação apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999. p. 248 e 289.

KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of "Judicial Activism"*. California Law Review, 92 (p. 1441-1478). Outubro. 2004.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho* In Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8. n. 22 (p. 9-51) Enero-Abril, 1988.

LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. In Temas atuais de processo civil. v. 2. n. 2. Fevereiro de 2012. Disponível em: <www.temasatuaisprocessocivil.com.br>. Acesso em: 15 de Agosto de 2015.

MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. Colorado Law Review. V. 73. (p. 1217-1256). Setembro. 2002.

MARTINS, IVO HENRIQUE MOREIRA. *Novos contornos da atividade jurisdicional: neoconstitucionalismo e o papel do juiz no Estado Democrático de Direito*. Monografia apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil. Brasília, 2009.

MELLO, FELIPE VIANA. *A FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: estudo sobre a possibilidade de aplicação da teoria da carga*

dinâmica no direito luso-brasileiro. Dissertação de Mestrado Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Alguns problemas atuais da prova civil*. Revista de Processo, n. 53. Ano 14. São Paulo: RT, 1989

NUNES, Dierle; BAHIA, André; CÂMARA, Bernardo Riberiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil: Fundamentação e aplicação*. BELO HORIZONTE: Editora Forum, 2011

OLIVEIRA, Umberto Machado; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coords.). *Ativismo Judicial*. Curitiba: Juruá, 2010.

PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. LII. nº 1 e 2 (p. 305-352). 2011.

PEYRANO, Jorge W; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGLG 1973/5)*. Coimbra: Almedina, 2004.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. *Estado, democracia e globalização*. In Revista Prismas: Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundia, V. 5, N. 1, janeiro-junho, p. 1-19. Brasília, 2008.

RODRIGUES, Pedro Augusto Rufino. *Neoprocessualismo e a inversão do ônus da prova como regra de procedimento no CDC*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2013. Disponível: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Pedro%20Augusto%20Rufino%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2015.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Ano 3. N. 9 (p. 233-272). Jan./mar. Belo Horizonte, 2009.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2º ed. Lisboa: Editora: Lex, 1997.

SOUZA, Artur César. *Justo processo ou justa decisão*. In Revista de Processo. n. 196. Ano 36. São Paulo: RT, 2011

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*, Trad. Carlos Correia Moreira de Oliveira, Estoril: Princípia, 2007.

TUSHNET, Mark V. *Comment: The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint*. Maryland Law Review. nº 47 (p. 147-150). 1987

URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* In Tribunal Constitucional 35º aniversário da Constituição de 1976. 1ª ed. Vol. 2. (p. 7-41) Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírío. (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

WATANABE. Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Doutorado, 2005.