

# UMA BREVE ANÁLISE DO FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL: O FATOR HUMPTY DUMPTY NO DIREITO E A (IN)APLICABILIDADE DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Guilherme Augusto De Vargas Soares<sup>1</sup>

Maria Eduarda Vier Klein<sup>2</sup>

Luis Felipe Leão Saccol<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO



vivemos em tempos de ativismo judicial. Não é novidade dizer que principalmente com o advento da Constituição de 1988 o protagonismo judicial passou a ser um tema que cada vez vem ganhando mais espaço nos debates acadêmicos dentre juristas dos mais diversos campos de atuação.

Trabalhar a problemática do ativismo judicial acaba por ter uma relação com a noção de discricionariedade judicial que,

---

<sup>1</sup> Advogado, Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), bacharel em Direito pela mesma universidade, membro do Dasên – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul (OAB/RS).

<sup>2</sup> Advogada, Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

<sup>3</sup> Advogado inscrito na OAB/RS 115.178; Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Estudante de Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

de acordo com STRECK, aparece nas teorias positivistas e pós-positivistas a partir da descoberta da indeterminação do direito.<sup>4</sup>

No contexto brasileiro isso se dá – e não exclusivamente por isso – em decorrência do período pós-autoritário em que a sociedade brasileira tentou se reerguer, restaurando a democracia. Todavia, com um Supremo Tribunal Federal que constante tinha a sua autonomia e composição atacada, uma postura autorrestritiva, ou seja, com forte deferência à literalidade da lei, era uma situação que o ambiente político impunha aos juízes da Suprema Corte.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o supremo Tribunal Federal, ao menos nos primeiros anos de atuação, seguiu uma postura autorrestritiva, justamente em decorrência de não saber como o ambiente político iria reagir às suas decisões. Com o passar do tempo, principalmente em decorrência do fato de o Poder Executivo não ter mais “influenciado” as decisões da corte, esta passou, aos poucos, a assumir uma postura ativista.

Desde então, vivenciamos constantemente o anseio por um judiciário que tenha como objetivo a concretização de direitos fundamentais e, não menos importantes, das promessas e objetivos impostos pelo constituinte originário, tudo em decorrência do fato de que, conforme os ávidos defensores do ativismo *à brasileira*, o juiz teria um espaço discricionário no momento da decisão, momento este em que poderia moldar a sua vontade ao caso concreto.<sup>5</sup>

A dimensão do problema envolvendo a discricionariedade judicial é exaustivamente abordada na matriz teórica formulada por STRECK. Em um primeiro momento, o referido jurista afirma que o estudo da discricionariedade deve ser refletido a partir da chamada “morte do método”. Ou seja, em que pese o

---

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 69.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 70.

fato de que não se possa mais falar em método não há que se falar em escolhas de sentidos, tendo em vista que o magistrado possui como função a de julgar, não a de escolher.<sup>6</sup>

É a partir desse problema que se inicia a análise do artigo 489 do Código de Processo Civil. Como bem se sabe, a Constituição de 1988 traz em seu texto um dever primordial inerente aos magistrados: o de fundamentar as decisões. Com o advento do novo Código de Processo Civil, foi incorporado no texto infraconstitucional processual no artigo 489, § 1º, os critérios para considerar uma decisão como não fundamentada, sendo esta uma grande conquista para o Estado Democrático de Direito.

Todavia, nos primeiros meses de aplicação do novo Código de Processo Civil, diversos tribunais deixaram de aplicar o referido dispositivo processual. É nesse momento que surge o seguinte questionamento: pode o tribunal deixar de aplicar a lei sem que isso seja considerado ativismo judicial?

Ademais, o que Humpty Dumpty e o ativismo judicial tem em comum? A capacidade de dar as palavras o sentido que bem entender a partir da vontade do intérprete. Quando Lewis Carroll publicou o icônico livro “Alice através do espelho” no ano de 1871, mal sabia ela que em seu texto estaria contida uma das maiores discussões envolvendo filosofia da consciência e os limites de atuação do judiciário.

## 1. ATIVISMO JUDICIAL: ENTRE A ORIGEM E O CONCEITO

A discussão acerca do ativismo judicial – e de atitudes de autorrestrrição judicial - remonta ao início da Constituição Federal de 1988, quando o Brasil passou por um processo de redemocratização, tendo em vista o período ditatorial que perdurou por mais de mais de 20 anos em *terrae brasilis*.

Todavia, se compararmos a produção teórica brasileira

---

<sup>6</sup> Ibid.

acerca do presente tema, está recém engatinhando, tendo em vista que a primeira manifestação do termo “ativismo judicial” remonta à década de 40 do século passado nos Estados Unidos da América com o artigo publicado por Arthur Schlesinger Jr na revista *Fortune*, vol. XXXV, n.º 1, em janeiro de 1947, intitulado “The Supreme Court: 1947”.<sup>7</sup>

Dessa forma, através do artigo publicado pelo historiador supra citado, “[...] o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular.”<sup>8</sup>

Referindo à capacidade de desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, Schlesinger chamou de “ativistas judiciais” (*judicial activists*) os juízes Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge. Já os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram rotulados de “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*), por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense. Em uma posição intermediária, o presidente da Suprema Corte naquele ano, Frederick M. Vinson, e o juiz Stanley F. Reed não seriam plenamente caracterizáveis como desse ou daquele lado.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Azevedo Campos afirma que além de apresentar o termo pela primeira na história do constitucionalismo americano, “Schlesinger entregou outra importante lição: quanto mais uma corte se apresenta com instituição vital ao país e à sociedade, mais ela e seus juízes deverão sujeitar-se ao julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator das decisões tomadas”. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P.43. Da mesma forma Keenan Kmiec afirma que “one might expect that the term judicial activism first appeared in a respected judge’s dissent, or in a seminal law review article. This does not appear to be the case. Rather, somewhat fittingly, the first use of the term to attract substantial attention from the public occurred in a popular magazine, in an article meant for a general audience written by a non-lawyer.” KMEIC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”*. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1445-1446.

<sup>8</sup> TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012. P.39.

<sup>9</sup> Ibid.

Após separar em grupos os juízes que compunham a Suprema Corte em 1947, Schlesinger afirmou que

“The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve”<sup>10</sup>

A partir dessa identificação da postura dos juízes que compunham a Suprema Corte, Schlesinger chega a conclusão de que “[...] os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devam atuar ativamente na promoção de liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, mesmo se, para tanto chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador. Ao contrário, os juízes campeões da autorrestrição judicial têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com deferência à vontade do legislador”.<sup>11</sup>

Kmiec<sup>12</sup>, comentando o artigo de Schlesinger, afirma que

---

<sup>10</sup> KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”*. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1446.

<sup>11</sup> AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P.44.

<sup>12</sup> No idioma original: Schlesinger’s Judicial Activists believe that law and politics are inseparable. They see judicial decisions as “result-oriented”, because no result is foreordained. They adopt the famous Learned Hand dictum that “the words a judge must construe are empty vessels into which he can pour nearly anything he will. [...] according to the Judicial Activists, Schlesinger writes, “The court cannot escape politics: therefore, let it use its political power for wholesome social purposes”. KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”*. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1447.

este, já em 1947, havia identificado uma relação entre direito e política no ativismo judicial, afirmando que, para os ativistas, a corte não pode escapar da política e, dessa forma, deveria ser permitido usar o poder político para alcançar propósitos sociais sadios.

Assim, como o direito estaria indissociavelmente ligado à política, não haveria uma resposta correta, tendo em vista que escolhas políticas seriam sempre inevitáveis.<sup>13</sup>

No outro espectro da corte tínhamos o grupo de Frankfurter-Jackson que, de maneira contrária ao grupo de Black-Douglas, defendia um ideal de autorrestrrição que, para eles, era como uma abdicação de responsabilidade, pois esse grupo de juízes defendia uma deferência à compreensão legal da norma a partir do seu Status quo.<sup>14</sup>

Para o grupo da “self-restraint”, que são extremamente céticos quanto o sentido individual de justiça dos juízes, a lei tem um sentido fixo, e o desvio desses sentidos é inapropriado, não importando quais grupos irão se beneficiar desse desvio.<sup>15</sup>

Ademais, Kmiec<sup>16</sup> demonstra que

At its heart, then, the Frankfurter-Jackson school seeks "to resist judicial supremacy, either of the right or of the left, in the name of deference to the legislative will and rests on faith in the separation of powers and the democratic process. The Champions of Judicial Restraint, according to Schlesinger, understand the judicial role much as Justice Holmes did "If the legislature makes mistakes, it is up to the legislature to remedy them. Any other course will sap the vigor of our democracy by encouraging legislatures in an irresponsibility based on an

---

<sup>13</sup> No texto original: There are no unassailable “right” answers, and policy concerns move to the forefront. “a wise judge”, if he accepts thiw philosophy, “knows that political choice is inevitable”. Ibid. Também em TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012. P. 39.

<sup>14</sup> KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”*. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1447.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid. p. 1448.

expectation that the courts will backstop their wild pitches.

Imperioso destacar que, na interpretação de Vischinkeski, o artigo de Schlesinger peca no sentido de que haveria uma imprecisão terminológica da expressão acerca desta ser positiva ou negativa, e qual seria a melhor postura, seja no ponto de vista político ou jurídico<sup>17</sup>, pois o próprio autor americano afirma que o ativismo se justificaria caso ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos.<sup>18</sup>

Todavia, com o passar do tempo, conforme afirma Vischinkeski<sup>19</sup>, a postura ativista passou a ser incorporada pelos demais tribunais americanos e

“durante a década de 1950 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais. O expressivo crescimento de programas federais, durante o período do New Deal, demandava uma atenção específica para o impacto das suas ações nos contextos concretos das realidades locais, tornando o Judiciário espaço derradeiro no processo de garantia dos direitos das minorias. Surgiram então as ações afirmativas como instrumento político de combate à desigualdade social decorrente de fatores como sexo, raça, etnia, religião ou qualquer outra forma de discriminação.”

Continua o referido jurista gaúcho afirmando que

“[...] No governo do presidente Lyndon Johnson, o Civil Rights Act, de 1964, representou o primeiro passo de um programa social que naquele ano e no ano seguinte faria entrar em vigor uma série de leis cujos dois objetivos principais eram: auxiliar pessoas de baixa renda por meio de programas de incentivo à educação e de proteção à saúde, e estimular a economia para que novas vagas fossem abertas a pessoas que historicamente

---

<sup>17</sup> TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012. P. 39.

<sup>18</sup> AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P.48-49.

<sup>19</sup> TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012. P. 40.

se encontravam excluídas, ou marginalizadas, dentro do sistema educacional e do mercado de trabalho. Foi nesse contexto que o ativismo judicial ganhou fôlego em solo estadunidense e passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficientes.”<sup>20</sup>

Em que pese a primeira manifestação do termo “ativismo judicial” tenha se dado com o artigo publicado por Schlesinger, há um consenso teórico em afirmar que as decisões proferidas em *Marbury v Madison*, *Dred Scot v Sandford* e *Lochner v New York* são as maiores decisões ativistas da história do constitucionalismo americano.

## 2. O QUE SE ENTENDE, AFINAL, POR JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E NO QUE ELA SE DIFERE DO ATIVISMO JUDICIAL?

Com o processo de redemocratização instaurado pela constituição de 1988, é possível afirmar com TASSINARI que a forma de exercer a jurisdição constitucional foi modificada e, em consequência disso, duas expressões, com o passar do tempo, acabaram se tornando comuns, quais sejam, judicialização da política e ativismo judicial.<sup>21</sup>

Em que pese o fato de que ambas as expressões tenham como ponto em comum o alto grau de judicialização que o Brasil passa a comportar no período pós 1988, inexorável que devemos explicitar as suas especificidades conceituais.

O fenômeno da judicialização da política não necessariamente depende da vontade de agir do órgão judicial, em que pese TASSINARI afirme que tal tipo de judicialização se dê com a relação de ao menos três elementos: Direito, Política e

---

<sup>20</sup> TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012. P. 40.

<sup>21</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 27.



Judiciário.<sup>22</sup>

Alguns dos fatores que poderiam explicar essa demasiada judicialização poderia ser o dirigismo constitucional, fatores sociais e a inflação legislativa, aumentando, dessa forma, o espaço para discussões e a consequente abertura das portas do judiciário a debates antes travados unicamente dentro do legislativo. Vale dizer, com Lenio Streck, há um aumento da dimensão hermenêutica do direito: quanto mais direitos são constitucionalizados ou mais leis são editadas para regulamentar toda uma plêiade de matérias, maior será o espaço – possível – de concreção dessa normatividade, atividade que se realiza no âmbito da jurisdição, no enfrentamento das questões concretas e das demandas apresentadas pela sociedade.<sup>23</sup>

Com a expansão do espaço de discussão sobre questões, em sua grande maioria, morais e políticas, as cortes – principalmente àquela encarregada de interpretar a constituição – assume um papel de notável relevância nos governos e suas decisões acabam por interferir nos processos políticos destes.<sup>24</sup>

Assim, podemos explicar o fenômeno da judicialização da política a partir de dois enfoques: *o constitucionalismo dirigente* e *a inflação legislativa* pós 1988. Como já afirmado neste trabalho, a promulgação da constituição de 1988 se deu num período pós-autoritário, ocorrendo, dessa forma, uma verdadeira redemocratização do estado brasileiro.

No que tange à criação legislativa, esta diz respeito,

---

<sup>22</sup> Ibid. p. 28.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 10. 2012, Curitiba: ABDConst, 2013. P. 7. No mesmo sentido, AZEVEDO CAMPOS afirma que nas democracias contemporâneas verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais – *o espaço nobre do ativismo judicial* - para a arena judicial em vez de essas decisões serem tomadas nas políticas tradicionais – Executivo e Legislativo. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 154.

<sup>24</sup> Ibid. P. 153.

obviamente, a uma produção demasiada do produto legislativo. Temas que deveriam ser produto de longo debate passaram a ser aprovados rapidamente pelo Congresso Nacional com o escopo de - e não somente – atender ao clamor social. Veja, por exemplo, o aumento de tipos penais com um objetivo pífio de garantir a segurança através da simbologia inerente à tipificação de um crime.<sup>25</sup>

Assim, uma constituição rica em direitos fundamentais, naturalmente, requererá mecanismos que garantam a eficácia destes direitos. Dessa forma, o papel do Poder Judiciário ganha extrema relevância com o novo desenho constitucional que surge.<sup>26</sup>

Portanto, podemos classificar a constituição brasileira como dirigente pois em diversos trechos da carta maior podemos verificar seu comprometimento com o futuro, estabelecendo metas a serem cumpridas e programas que devem ser implementados pelo Estado e pela Sociedade.<sup>27</sup>

Nesse sentido temos OLIVEIRA<sup>28</sup>, que afirma que

“a Constituição Federal Brasileira de 1988 é tratada como uma constituição dirigente por que traz consigo uma preocupação que vai muito além da manutenção do status quo ou da mera organização estatal. Muito acima disso, a nossa constituição vigente visa ter, em si e por si mesma, uma capacidade de fomentar a transformação social, de modo que se propõe a estabelecer diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, além de vincular o legislador ordinário à realização de políticas públicas que (não só, mas além de tudo) contribuam – direta ou indiretamente – para a redução gradativa das mazelas sociais presentes no Brasil contemporâneo.”

---

<sup>25</sup> Ibid. p.16.

<sup>26</sup> BARCELOS, Guilherme. *Revisitando as origens da Judicial Review: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall*. 1ª ed. Florianópolis: Habitus Editora. 2018. P. 245.

<sup>27</sup> Curso de direito constitucional

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 10. 2012, Curitiba: ABDCnst, 2013. P. 10.

TASSINARI<sup>29</sup>, ao tratar do tema, parte da premissa que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada. [...] a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão julgante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatos originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguar no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas.

Uma das descrições mais usuais acerca do ativismo judicial consiste na invalidação de atos do legislativo, ou seja, no nível mais tênue, o fenômeno acima mencionado seria aquele tipo de ocasião em uma corte judicial intervêm e derruba atos emanados pelo legislativo.<sup>30</sup>

Todavia, a falta de deferência para com os atos do legislativo, por si só, não se traduz numa atitude ativista por parte dos magistrados, tendo em vista que mesmo que uma determinada decisão derrube diversos atos legislativos claramente inconstitucionais, tal fato, isoladamente, não poderia se enquadrar como uma postura ativista. Em resumo, o mero exercício da *judicial review* não pode ser considerado um ato ativista.<sup>31</sup>

Nesse sentido, GRAGLIA<sup>32</sup> defende que

By judicial activism I mean, quite simply and specifically, the

---

<sup>29</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 32.

<sup>30</sup> KMEC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"*. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1463.

<sup>31</sup> *Ibid.* p. 1464.

<sup>32</sup> Lino A. Graglia, *It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism*, 19 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 293, 296 (1996). Apud KMEC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"*. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1464.

practice by judges of disallowing policy choices by other governmental officials or institutions that the Constitution does not clearly prohibit. In other words, the Court is engaging in judicial activism when it reaches beyond the clear mandates of the Constitution to restrict the handiwork of the other government branches.

O Estado Democrático de Direito brasileiro surge a partir de um processo de redemocratização instaurado com a constituição federal de 1988. Tal acontecimento foi possível através do exercício de um Poder Constituinte Originário que, dentre suas principais características, é ilimitado, autônomo e inicial.

Ilimitado, pois não sofre nenhuma limitação do direito que a ele preexiste. Autônomo, pois somente cabe àquele que o exerce estabelecer os termos em que a nova constituição será estabelecida e qual direito será implantado. E por fim, inicial, pois instaura uma nova ordem jurídica em solo nacional, rompendo com a anterior.<sup>33</sup>

Com a instauração da nova ordem jurídica, ocorre uma verdadeira institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição Federal e na forma por ela prescrita.<sup>34</sup>

É justamente com o princípio da separação dos poderes que se dá a divisão do exercício do poder que será exercido por tais órgãos. A Separação dos poderes decorre do próprio texto constitucional de 1988, no qual, em seu artigo 2º, aduz que *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o judiciário*.

Nesse sentido, aduz José Afonso da Silva quando afirma que

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias

---

<sup>33</sup> CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2014. P. 198.

<sup>34</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 113.

(Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; a o Executivo, a função executiva; a o Judiciário, a função jurisdicional; b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se de uma forma de organização jurídica das manifestações do poder.<sup>35</sup>

Dessa forma, o que se pretende com a separação dos poderes é atribuir determinadas funções a órgãos que são independentes entre si e que, por evidente, tem-se como vedada a participação destes órgãos em funções que não aquelas que tipicamente são atribuídas a eles na constituição.<sup>36</sup>

Todavia, em que pese as atividades dos órgãos estarem delimitadas na constituição, existe a possibilidade de compartilhamento das funções nos limites impostos pela própria carta magna.

Assim, na linha argumentativa de José Afonso da Silva, o princípio da separação dos poderes não possui a mesma rigidez de outrora, tendo em vista que hoje há uma clara necessidade do relacionamento harmônico entre os poderes.<sup>37</sup>

Nessa linha de pensamento, é possível afirmar que o Ativismo Judicial se traduz intromissão aquém dos limites estabelecidos pela carta magna dos poderes em detrimento, principalmente, do Poder Legislativo. O que ocorre, em verdade, é a prática do núcleo essencial da função legislativa pelo Poder Judiciário.<sup>38</sup>

Todavia, como bem aduz TASSINARI, o instituto do Ativismo Judicial se diferencia da judicialização da política,

---

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direitos Constitucional Positivo*. 41ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. P. 111.

<sup>36</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 115.

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direitos Constitucional Positivo*. 41ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. P. 111.

<sup>38</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 119.

expressões estas que ganharam espaço no período pós 1988.

Ademais, na linha argumentativa de BARROSO, a judicialização pode ser compreendida muito mais como uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado no Brasil do que como uma mera vontade política, pois caso determinada norma permite que o cidadão tenha uma pretensão jurídica, cabe ao judiciário apreciar ao direito alegado e julgá-lo.<sup>39</sup>

Consubstanciado no acima afirmado, tem-se que a judicialização da política independe da vontade daquele que irá julgar a demanda. A grande questão acerca de tal expressão que, de uma forma ou de outra, possui uma relação com o Ativismo Judicial, está na incapacidade do Estado em implementar os direitos constitucionalmente previstos, o que acaba por gerar toneladas de ações judiciais pleiteando tais direitos.<sup>40</sup>

O Ativismo Judicial, ao seu turno, se traduz numa atitude positiva no sentido de como o magistrado irá interpretar o texto constitucional, expandindo ou retraindo o alcance da norma.<sup>41</sup>

Na mesma seara, Clarissa Tassinari aduz que a judicialização decorre da maior consagração de direitos e regulamentos constitucionais e que, por consequência, acabam por legitimar os indivíduos a pleitear direitos nas portas do judiciário.<sup>42</sup>

Ao conceituar o Ativismo Judicial, TASSINARI chega a conclusão que este é caracterizado como uma atuação do Poder Judiciário via competências que não lhe são atribuídas no texto constitucional, invadindo a esfera dos outros poderes.<sup>43</sup>

Demonstrando algumas das diversas hipóteses em que o Ativismo Judicial se evidencia, BARROSO aduz que

---

<sup>39</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Synthesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, 2012. P. 6

<sup>40</sup> Idem. P. 32.

<sup>41</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Synthesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, 2012. P. 6.

<sup>42</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 33.

<sup>43</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 36.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>44</sup>

Portanto, verifica-se que o ativismo judicial evidencia um agir do judiciário além dos limites impostos pela constituição, ao passo que a judicialização da política se traduz na ideia de insuficiência dos demais poderes, principalmente do legislativo.

### 3. A (IN)APLICABILIDADE DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: UMA POSTURA ATIVISTA POR PARTE DOS JUÍZES?

Como olhar o novo com os olhos do novo? É com essa indagação que Lenio Luiz Streck inicia, dentro do capítulo introdutório do livro *Verdade e Consenso*, a discussão acerca das três equivocadas recepções teóricas no direito brasileiro, quais sejam: a Jurisprudência dos Valores; Ponderação Alexyana; e o Ativismo norte-americano.<sup>45</sup>

Todavia, destaca Streck que tais recepções se deram de maneira acrítica, sendo que os três aportes teóricos acima mencionados possuem um traço em comum: o protagonismo judicial.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, que passou a ter vigência a partir do ano de 2016, tivemos um avanço

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Synthesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. P. 6.

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 57.

democrático no que tange ao processo, tendo em vista que os diplomas processuais civis anteriores a ele foram promulgados em períodos autoritários.<sup>46</sup>

O professor STRECK<sup>47</sup> já alertava que pouco adiantava haver um diploma legal que obrigava aos juízes enfrentar todos os argumentos das partes se ele tivesse a liberdade de invocar a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal que autorizava o não enfrentamento de todas as questões arguidas pelas partes. O fim do livre convencimento, nesse sentido, foi um grande avanço no campo da teoria do direito no Brasil.

Dessa forma, para chegarmos à resposta acerca da (in)aplicabilidade do art. 489 do CPC passa por uma postura atípicada do judiciário, devemos passar, necessariamente, pelo enfrentamento da seguinte questão: o que seria uma resposta correta e quando o judiciário estaria autorizado a deixar de aplicar uma lei?

### 3.1. O ART. 489 DO CPC E A RESPOSTA CORRETA OU “A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA”

O CPC de 2016 teve claros avanços em relação ao de 1973. Dentre os principais, podemos citar, com DE VARGAS SOARES, a exigência de coerência e integridade, a existência de elementos essenciais à sentença (o relatório, os fundamentos e o dispositivo), a proibição de decisões surpresa e a expulsão do livre convencimento do texto processual.<sup>48</sup> Para os fins deste

---

<sup>46</sup> DEVARGAS SOARES, Guilherme Augusto. *PRIMEIRO ANO DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015: uma análise do artigo 489 do CPC a partir da Crítica Hermenêutica do Direito*.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 206, p.33-51, abr. 2015. P. 02.

<sup>48</sup> Para uma análise a partir da Crítica Hermenêutica do Direito dos elementos essenciais à sentença, vide DEVARGAS SOARES, Guilherme Augusto. *PRIMEIRO ANO DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015: uma análise do artigo 489 do CPC a partir da Crítica Hermenêutica do Direito*.



texto, me limitarei à expulsão do livre convencimento e a exigência de coerência e integridade.

O CPC/16 vem com um dos seus vários objetivos extremamente claros: expurgar o protagonismo judicial da legislação processual, retirando do texto legal todas as expressões que remetam a uma possibilidade de o juiz decidir livremente ou a partir de um poder discricionário. Não é de outra forma que STRECK<sup>49</sup> afirma que

Não é fácil acabar com os fantasmas de Oskar Bülow, Menger, Klein, Carnelutti, Couture, Liebman e outros que continuam a atazanar a alma de alguns processualistas brasileiros. Trata-se de uma coagulação de sentidos. Os instrumentalistas – mormente eles – continuam a acreditar que a solução do processo está no “protagonismo judicial”. Nisso há um *dejà vu*, que nos remete ao século XIX.

E continua afirmando que

Essa aposta solipsista está la streada no paradigma racionalista-subjetivista, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnelutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, o problema da escolha do juiz é, em última análise, o problema da justiça; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei.<sup>50</sup>

Tal fenômeno não se mostrou somente no anteprojeto do Código de Processo Civil, mas sim é algo que está presente em grande quantidade na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que no momento da decisão o juiz teria um espaço discricionário

---

<sup>49</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 206, p.33-51, abr. 2015. P. 04.

<sup>50</sup> Ibid. p. 05.

no qual poderia moldar a sua vontade.<sup>51</sup>

Nesse sentido, STRECK<sup>52</sup> afirma que

“Da escola do Direito Livre, passando pela jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo pós-hartiano até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento em comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz.”

Dessa forma, o § 1º do artigo 489 vem como uma barreira para conter o ativismo judicial, impondo padrões que devem ser observados das decisões judiciais para que não sejam contaminadas por uma nulidade. Todavia, como bem alerta STRECK<sup>53</sup>, uma crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. O ponto criticado pelo professor Streck é que as concretizações dos textos não podem depender de uma subjetividade assujeitadora do julgador.

Com o exposto acima, parto para uma breve análise da coerência e integridade. Tal tese foi formulado pelo jusfilósofo americano Ronald Dworkin, sendo este um grande crítico do positivismo jurídico e que se opôs a Hart, seu professor.

Dworkin estabelece que o direito seria uma atividade interpretativa e que tal fato não se traduziria num relativismo no momento da decisão judicial, pois

“A percepção de uma dimensão interpretativa do fenômeno jurídico parte da divergência – que, por sua vez, representa a parada reflexiva sobre determinada prática jurídica – para afirmar a existência de respostas corretas no Direito, constituídas no esforço de, diante da divergência, encontrar a melhor interpretação possível para determinada controvérsia. [...] sendo o Direito a prática social que garante legitimidade para o uso da

---

<sup>51</sup> STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 1ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 54.

<sup>52</sup> Ibid. p. 53.

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 95.

força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc...) a fim de que a decisão particular se ajuste a o valor que é a sua razão de ser.”<sup>54</sup>

Ou seja, como o ato de interpretar faz parte da condição humana, a resposta correta Dworkiniana estaria centrada na ideia de haveria uma abertura interpretativa para o jurista encontrar tal resposta. Dessa forma, a coerência seria a consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si, ao passo que a integridade seria a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância.<sup>55</sup>

Dessa forma, exigir coerência e integridade quer dizer que o julgador não pode “seguir a própria consciência”, decidindo de outro modo, tendo em vista que não decidir com coerência e integridade significa se valer de um poder discricionário – ou do livre convencimento -, o que acarreta na recorribilidade da decisão por falta de coerência.<sup>56</sup>

De acordo com o STRECK<sup>57</sup>, somente existiriam seis hipóteses em que o Poder Judiciário estaria autorizado a deixar de aplicar uma lei, qual sejam:

- a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade stricto sensu) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; as especificidades podem ser encontradas nos respectivos desdobramentos da presente obra;
- b) quando for o caso de aplicação dos critério de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

---

<sup>54</sup> STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 1ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 33.

<sup>55</sup> *Ibid.* P. 34.

<sup>56</sup> *Ibid.* P. 35.

<sup>57</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3.ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2013. p. 347-348.

c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (verfassungskonforme Auslegung), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação “texto-norma”. Como poderá ser visto a miúdo mais adiante, a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão;

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido (conforme item específico no capítulo em que discuto esses mecanismos de aplicação do direito);

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares

exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da *applicatio hermenêutica* – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto.

Em que pese o artigo 489 possua uma redação de fácil compreensão, os Tribunais não vêm respeitando a sua literalidade. Em pesquisa realizada para verificar o grau de aplicabilidade do referido artigo, DE VARGAS SOARES<sup>58</sup> analisou centenas de decisões dos Tribunais do país.

A conclusão que chegou foi assustadora. Com base neste levantamento de decisões foi possível afirmar que a aplicação e recepção do art. 489 do CPC/2015 não está se dando de forma correta, ou seja, de acordo com o que prevê seu texto legal. Na *práxis*, se observa que os julgadores não estão “olhando o novo com olhares do novo”, pelo contrário, continuam a olhar o novo com olhares do velho.

Ademais, com esta mesma pesquisa realizada, foi possível observar dois posicionamentos distintos entre os tribunais. O posicionamento dominante que se pode examinar, é que alguns tribunais, ou melhor, julgadores, elevam a decisão judicial como um produto divino (um dogma) que jamais deverá ser reformada. Em outras palavras, é possível verificar em diversas decisões analisadas, sentenças extremamente sucintas, sem qualquer fundamentação - por tanto, sentenças nulas ao olhar do art. 489

---

<sup>58</sup> DEVARGAS SOARES, Guilherme Augusto. *PRIMEIRO ANO DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015: uma análise do artigo 489 do CPC a partir da Crítica Hermenêutica do Direito*. P. 42-84.

do CPC/2015 - que não são cassadas em razão dos julgadores sustentar que não há qualquer vício para ser sanado, pois, segundo eles, a fundamentação não precisa ser exaustiva. Ademais, nesta mesma linha, é possível verificar a existência de sentenças sem dispositivo, o que de imediato acarreta nulidade da decisão em razão de ausência de elemento essencial. Em alguns tribunais do país, julgadores sustentam que o dispositivo é mera formalidade da decisão, ou seja, não a torna nula caso estiver ausente. Seguindo neste caminho, foi possível se constatar na pesquisa o que se denomina na prática de “loteria da distribuição”, ou seja, duas câmaras que compõem o mesmo tribunal possuir posicionamento extremamente distinto para a compreensão de uma mesma matéria.

Porém, é necessário ressaltar que com os mesmos resultados desta pesquisa jurisprudencial, surge, de forma minoritária, um posicionamento antagônico. Este posicionamento pode ser observado nos tribunais que realmente cumprem o que dispõe o art. 489 do CPC/2015 e as garantias do texto constitucional de 1988. Ou seja, aqueles tribunais que respeitam a legalidade e realmente cassam decisões que não estão de acordo com os parâmetros legais.

## CONCLUSÃO

Como afirmado na introdução deste artigo, vivemos em tempos de ativismo judicial. Isso é algo inegável. O Brasil de 2019, ao que parece, mergulhou no universo criado por Lewis Carroll, no livro “Alice através do espelho”, especificamente no momento em que Alice encontra a personagem Humpty Dumpty.

Na oportunidade, Alice pergunta para Humpty Dumpty o que é um presente de desaniversário. De prontidão, este responde que é um presente dado quando não é seu aniversário. Ao ser questionado novamente por Alice sobre o sentido de

desaniversário – e de glória, que o personagem afirma significar “um belo e demolidor argumento” – Humpty Dumpty afirma que “quando eu uso uma palavra, ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos”. A questão, como bem afirma Humpty Dumpty, não é saber se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes, mas sim saber quem vai mandar.

Esse trecho do livro de Lewis Carrol simboliza de maneira perfeita o problema que gira em torno do ativismo judicial, que é a capacidade de se dar diversos sentidos a um texto legal a partir da própria consciência e da maneira que convém ao juiz.

Todavia, o grande problema acerca do ativismo judicial consiste na falta de um acordo acerca dos elementos ou características que podem elucidar uma decisão ou ato judicial manifestamente ativista, se resumindo a uma mera intervenção indevida do judiciário principalmente na esfera legislativa, o que leva a uma confusão conceitual com a judicialização da política na maioria dos casos.<sup>59</sup>

E nesse momento que cabe uma diferenciação para que se evitem problemas que há tanto atingem o Brasil. Enquanto a judicialização é contingencial e inexorável, tendo em vista que está se dá, na maioria das vezes, para evitar o alto custo político de determinadas decisões que deveriam ser tomadas no ambiente legislativo, o ativismo se traduz em uma postura dos juízes que, por meio de um ato de vontade, vão além daqueles limites inerentes à sua atuação.<sup>60</sup>

Se a Constituição diz que as decisões deverão ser fundamentadas e com o advento de um novo Código de Processo Civil se estabelecem critérios para definir quando uma decisão não será considerada fundamentada e os Tribunais negam vigência a tais dispositivos, vivemos em tempos onde a Constituição e a lei

---

<sup>59</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 147.

<sup>60</sup> Ibid.

infraconstitucional não possuem aplicabilidade em um Estado Democrático de Direito em decorrência de um solipsismo judicial. Mais do que nunca, citando o gato de “Alice no país das maravilhas”, ao que parece, somos todos loucos aqui. Aparentemente, Humpty Dumpty estava certo. A questão é saber quem vai mandar. Apenas isso.



## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.
- BARCELOS, Guilherme. *Revisitando as origens da Judicial Review: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall*. 1ª ed. Florianópolis: Habitus Editora. 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Synthesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, 2012. P. 6
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2014.
- DEVARGAS SOARES, Guilherme Augusto. *PRIMEIRO ANO DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015: uma análise do artigo 489 do CPC a partir da Crítica Hermenêutica do Direito*.
- EDITORS, Biography.com. *John Marshall Biography*. Disponível em: <https://www.biography.com/political-figure/john-marshall>. Acesso em 29/06/2019.
- KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of*



- “*Judicial Activism*”. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direitos Constitucional Positivo*. 41ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. P. 111.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.
- TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 10. 2012, Curitiba: ABDCConst, 2013.
- SMENTKOWSKI, Brian P. *John Marshall: chief justice of United States*. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/John-Marshall>> Acesso em 29/06/2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 206, p. 33-51, abr. 2015. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512448>>. Acesso em 07/07/2019. P. 02.
- STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 1ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5ª.ed. Rio de

Janeiro: Forense.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Saraiva.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4<sup>a</sup>. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.