

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Flávio Augusto da Costa Braga Filho

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DO
ACESSO À JUSTIÇA**

Porto Alegre/RS

Junho/2016

Flávio Augusto da Costa Braga Filho

O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DO
ACESSO À JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Scarparo

Porto Alegre/RS

Junho/2016

Dedico este trabalho a todos aqueles que contribuíram em minha formação, permitindo eu seguir em frente. Também dedico este trabalho ao meu amor, Amanda, sempre presente me dando força. Por fim, faço uma dedicatória especial aos meus pais, Flávio e Lenise, que de algum lugar iluminam meu caminho e moldam o sorriso que levo no rosto.

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar o Ativismo Judicial como ferramenta para a efetivação do Acesso à Justiça. O tema é objeto de debate entre os estudiosos do Direito, na medida em que alguns entendem que a conduta ativa do magistrado acaba por ferir princípios constitucionais, como da separação, autonomia e harmonia entre os poderes. Por outro lado, discordando da corrente anterior, o presente texto demonstra que o Ativismo Judicial utilizado dentro de parâmetros previstos na Constituição e por legislação infraconstitucional ainda a ser elaborada, é um importante instrumento para a concretização dos direitos e garantias fundamentais elencadas pelo legislador constituinte. Especialmente sobre a previsão constitucional de Acesso à Justiça, a pesquisa apresenta exemplos práticos em nossos Tribunais em que fica nítida a conduta ativa do magistrado, de modo a satisfazer por completo a pretensão das partes e refletir na sociedade. Por fim, traz-se um panorama do Novo Código de Processo Civil, fazendo-se uma relação entre o Princípio da Colaboração e o Ativismo Judicial como institutos que caminham juntos, com objetivos comuns, dentre eles o de efetivação do Acesso à Justiça.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Acesso à Justiça. Direitos e Garantias Fundamentais. Princípio da Colaboração.

RESUMEN

Esta investigación busca analizar el Activismo Judicial como una herramienta para la realización del Acceso a la Justicia. El tema es objeto de debate entre los estudiosos del Derecho, en la medida en que algunos creen que la conducta activa del juez termina perjudicando a los principios constitucionales, como la separación, la autonomía y la armonía entre los poderes. Por otro lado, en desacuerdo con la cadena anterior, este texto muestra que el Activismo Judicial utilizado dentro de los parámetros establecidos en la Constitución y por la legislación infra-constitucional que aún está redactando, es una herramienta importante para la realización de los derechos y garantías enumerados por el legislador constitucional. Especialmente en la disposición constitucional de Acceso a la Justicia, las investigaciones muestran ejemplos prácticos en nuestros Tribunales, donde es evidente la conducción activa del juez, para satisfacer plenamente la intención de las partes y reflexionar sobre la sociedad. Por último, se plantea una visión general del Nuevo Código de Procedimiento Civil, estableciendo un vínculo entre el Principio de Colaboración y Activismo Judicial como institutos van juntos con metas comunes, incluyendo la realización de Acceso a la Justicia.

Palabras clave: Activismo Judicial. Acceso a la Justicia. Derechos y Garantías Fundamental. Principio da Colaboración.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. ATIVISMO JUDICIAL	
2.1. Conceitos e apanhado histórico sobre a postura do Poder Judiciário frente ao tema	09
2.2. Panorama após a Constituição Federal do Brasil de 1988	10
2.3. Projeto de Lei nº 8.058/2014	13
3. ACESSO À JUSTIÇA	
3.1. Retrospectivas e perspectivas	24
3.2. Precedentes e práticas pioneiras	26
3.3. Expectativas com o Novo Código de Processo Civil	29
4. CONCLUSÃO	32
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

1. INTRODUÇÃO

A evolução do homem e da sociedade pode ser entendida sob diversos enfoques. Por vezes se dá maior ênfase pelos avanços tecnológicos, as máquinas e instrumentos criados e que são cada vez mais peculiares. Sobre outro prisma, também se pode compreender a evolução quando se percebe um amadurecimento das relações entre as pessoas e entre elas com o meio em que vivem.

E é para tentar harmonizar essa evolução sob a ótica das relações entre os homens e entre eles e o lugar onde estão inseridos, que o Direito surge e tem sua principal razão de existir. E seguindo a evolução do homem e da sociedade, o Direito tenta sempre caminhar ao lado nessa trilha, buscando nunca estar tão atrás, tampouco muito a frente nesse caminhar.

É sobre essa ideia de acompanhar os passos da evolução humana que após o período das Grandes Guerras do século XX, surgem conceitos de pensadores do Direito a respeito de temas como *Acesso à Justiça* e *Ativismo Judicial*. Dentre os estudiosos, podemos destacar o italiano Mauro Capelletti que questionou a forma como se “fazia” justiça, elencando três grandes problemáticas a serem enfrentadas: a assistência judiciária gratuita, a representatividade e o acesso à justiça.¹

Sobre o Ativismo Judicial, tem-se que houve forte manifestação no início do século XX, especificamente nos Estados Unidos, com as decisões do tribunal Warren², oportunidade inclusive em que a denominação passou a ter caráter pejorativo. Nas palavras de Ronald Dworkin, o conceito se coloca da seguinte forma:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.³

¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 09.

² BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. IV, p. 144 e s.s.

³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 215.

A relação entre o Ativismo Judicial e o Acesso à Justiça pode ser vista como uma forma de efetivação da Constituição Federal. Na medida em que a Carta Maior assegura direitos e garantias fundamentais, o Estado traduzido pelo Magistrado em um processo, tem o dever de estar imbuído naqueles objetivos pretendidos na Constituição, de modo a atuar ativamente nesse sentido.

Se dentre os direitos e garantias previstos na CF/88 está o do acesso à justiça, deve o Juízo tomar todas as providências possíveis para ver efetivado esse direito. Não se fala em ultrapassar os limites da demanda, nem sequer de realizar providências estranhas ao processo e aos pedidos, o que se sustenta com o ativismo judicial como meio de efetivação do acesso à justiça, é uma conduta do Judiciário comprometida com a consecução do texto constitucional.

Não se pode entender de forma superficial que o acesso à justiça se encerra na medida em que a parte consegue atingir os portões do fórum e requerer o provimento jurisdicional. Esse é só o primeiro passo até que seja atingido os preceitos constitucionais estabelecidos, que se concretiza desde a facilitação do acesso, até o provimento jurisdicional e sua concretização no mundo real. Imaginar que basta o cidadão ter ingressado com uma demanda para que se tenha atingido o objetivo constitucional de acesso à justiça, seria reduzir aquele dispositivo a um mero comando de cunho administrativo, mais relacionado com a organização judiciária propriamente do que com a intenção maior do legislador constituinte.

E é nessa levada que o Ativismo Judicial surgiu e vem sendo cada vez mais temas de debates no mundo jurídico, como no presente ensaio, que irá abordar conceitos, históricos do assunto, desde a Constituição Federal de 1988 até recentes Projetos de Lei sobre a matéria; além de falar sobre conceitos de Acesso à Justiça, como o ativismo vem sendo utilizado por nossos Tribunais em casos emblemáticos, por fim apresentando um panorama sobre o enfoque do novo Código de Processo Civil.

Portanto, o presente texto se presta a debater as virtudes e deficiências do Ativismo Judicial, para que se encontre um equilíbrio na sua utilização, mas que, sobretudo, é entendido como uma importante ferramenta para a efetivação do Acesso à Justiça.

2. ATIVISMO JUDICIAL

2.1. Conceitos e apanhado histórico sobre a postura do Poder Judiciário frente ao tema

O ativismo judicial, de plano, pode ser percebido como reflexo do próprio ativismo social vivido em nossos tempos. Com a queda da ditadura militar, o Brasil passou a ter um ambiente democrático que fortaleceu o sentimento de cidadania, consolidou um maior fluxo de informações, levando as pessoas a tomar ciência de seus direitos e buscando proteger seus interesses perante os tribunais.

A denominação de ativismo judicial é das mais variadas, contudo, todas convergem no sentido de que se trata de um novo modo de fazer o direito pelo Poder Judiciário. Por esse movimento ativo vem se quebrando dogmas de uma cultura jurídica até então amparada no positivismo, que causou durante séculos grandes limitações ao olhar da sociedade pelo Poder Judiciário: O Juiz é a boca da lei (*“Le Juge est la bouche de la loi”*).⁴

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe*

⁴ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das Leis. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

v. *Wade*, 1973).⁵

Adiante, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o campo da política feita no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Executivo, tendo por força motriz o voto popular.

O debate constitucional do pós Guerra tem focado sistematicamente a necessidade de proteção da pessoa humana e da dignidade a ela inerente. Em razão disso, as Constituições que surgiram a partir da segunda metade do século XX têm se preocupado em proclamar um Estado Democrático de Direito, construído a partir dos valores “dignidade da pessoa humana”, “cidadania”, “direitos humanos” e “bem-estar social”. Nesse passo, as Constituições contemporâneas acabaram por regular o próprio fenômeno político, estabelecendo as prioridades políticas do Estado e vinculando os programas estatais à consolidação daqueles valores.

Aliás, cumpre observar que, desde o início do século passado, com o advento das Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), percebe-se uma crescente judicialização da política e das questões sociais, na medida em que as Constituições passaram a incorporar em seus textos, objetivos e diretrizes políticas, transformando em questões jurídicas as questões de política. Qualificadas como questões jurídicas, as atividades políticas do Estado, quando não regularmente cumpridas, submetem-se ao crivo do Judiciário, aqui residindo a própria essência da judicialização da política e do ativismo judicial.

2.2. Panorama após a Constituição Federal do Brasil de 1988

Como referido no tópico anterior, as Constituições nascidas no século XX, foram produtos de uma realidade social estremecida pelas Guerras Mundiais e diversos conflitos espalhados pelo mundo. Propunham uma nova ordem social, voltada à proteção e garantias sociais da pessoa humana. O avanço da tecnologia e do acesso à informação também foram determinantes para as mudanças no rumo da sociedade, por consequência, também impactou na

⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016. p. 5.

leitura feita pelo Poder Judiciário de seu papel neste contexto político-social, bem como alterou sua postura outrora de inércia.

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.⁶

Durante os quase trinta anos de vida da Constituição da República Federativa do Brasil, publicada em outubro de 1988, inúmeras vezes nossa Suprema Corte (STF) foi invocada a manifestar-se quanto a temas de natureza essencialmente política.

Desde a necessidade de um Judiciário forte e independente, juntamente com a fragilidade e descrença de nosso Poder Legislativo, aliados ao princípio da garantia do acesso à Justiça, trouxeram ao órgão de cúpula do sistema jurisdicional brasileiro questões tais como a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), a vedação ao nepotismo (ADC 12/DF associada à súmula vinculante n. 13), a não recepção da lei de imprensa (ADPF 130/DF) e, um dos que mais foram objeto de debates, o caso sobre o reconhecimento da união estável e entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277/DF e ADPF 132).

Em sua obra “Juízes Legisladores?”, por exemplo, Cappelletti trata o fenômeno do agigantamento do Judiciário como um acontecimento natural, que advém da sobrecarga do Legislativo. Denominando-o “Terceiro Poder”, coloca o Judiciário como um contrapeso necessário aos demais poderes políticos.⁷ Para

⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016. p. 06.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 43.

ele, essa ingerência do Judiciário não constitui, a nenhum tempo, um vício de legitimidade democrática:

Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.⁸

Para Marinoni⁹, o papel do Judiciário deve se dar no sentido de possibilitar o acesso à Justiça. Inócua seria o posicionamento do juiz que aplica a lei sem alinhá-la ao conteúdo do direito à sua época. Pelo motivo mesmo de que a noção de Estado é variável no tempo é que a Jurisdição deve também acompanhar tais mudanças.

Consoante interpretação dada pelo e. STJ, no Resp 881.323/RN, “a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial”.¹⁰

Não destoam a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes ‘novos’ direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais.¹¹

Esse postulado é também acolhido pela doutrina processualista contemporânea. Segundo o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista,

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 107.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 185.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, **Resp 881.323/RN**. Julgado em 11.03.2008, DJe 31.03.2008. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 02 jun 2016.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 56/7.

seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.¹²

É nesse contexto que se insere o Ativismo Judicial. Com intuito de dar eficácia aos comandos constitucionais, diante da inércia do legislador ordinário na regulamentação dos direitos e garantias da pessoa, bem como pela incapacidade de administração do administrador ocupante do Poder Executivo, na medida em que não planeja nem executa ações para propiciar o mínimo ao cidadão. E é atrás de respostas imediatas, ou ao menos, que protejam bens indisponíveis antes de seu perecimento, é que a população cada vez mais confia no Judiciário para verem implementados seus direitos fundamentais, dispostos em nossa Carta Magna.

2.3. Projeto de Lei nº 8.058/2014

O Judiciário brasileiro, como desenvolvido no presente ensaio, há muito tempo deixou de cumprir apenas a função que tradicionalmente lhe era atribuída — resolver com justiça litígios individuais de caráter patrimonial — para assumir também um papel de destaque no cenário político, assegurando, diante da inércia e da ineficácia de atuação dos outros poderes estatais, a efetivação de direitos e de garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Ocorre que, até então, não obstante o esforço da doutrina e da jurisprudência retratado nos comentários e arestos acima colacionados, tal atividade tem sido desenvolvida pelo Judiciário sem a existência de balizas legais precisas a orientar a conduta dos magistrados postos diante da necessidade de decidir questões cujos reflexos, por diversas vias, atingem a toda a sociedade. Para exemplificar as matérias que são levadas ao Judiciário e que envolvem a intervenção nas políticas públicas, podemos citar os sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, instituições e organismos destinados à saúde pública, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana, etc.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2008, V. 1, 3ª. ed., p.47.

O Projeto de Lei nº 8.058/2014¹³, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP), fala sobre um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Tal projeto visa criar os limites que tanto são discutidos atualmente acerca da matéria, bem como pretende legitimar ainda mais a atuação do Poder Judiciário nessa seara.

Antes de adentrar nos detalhes do PL citado, vale trazer ao presente texto um valioso compêndio com as principais críticas que são feitas ao Ativismo Judicial nesse aspecto, contudo com o contraponto trazido pelo Exmo. Min. do STF, Luiz Roberto Barroso, em brilhante texto sobre a matéria¹⁴, do qual se extraiu o trecho abaixo:

Riscos para a legitimidade democrática

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo. Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica.

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa

¹³ Projeto de Lei nº 8.058/2014, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP), que fala sobre a criação de um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e da outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em: 02 jun. 2016.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016. p. 11 e s.s.

afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito.

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. *Constitucionalismo* significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já *democracia* significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na

Constituição.

Risco de politização da Justiça

Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na idéia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. *Direito não é política*. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa.

A ambigüidade refletida no parágrafo anterior impõe a qualificação do que se entende por política. Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

Evidentemente, Direito *não é* política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciocismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude *a priori* de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.

Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um célebre e acirrado debate teórico acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Contrário à existência da jurisdição constitucional, Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização da justiça. No geral, sua profecia não se realizou e a fórmula fundada no controle judicial de constitucionalidade se espalhou pelo mundo com grande sucesso. Naturalmente, as advertências feitas no capítulo anterior não de ser levadas em conta com seriedade, para que não se crie um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

A capacidade institucional do Judiciário e seus limites

A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Nada obstante, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legítima a arrogância judicial.

A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. *Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande

complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Como pode ser visto, em que pese as críticas da doutrina, filiando-se a tese do eminente Ministro Barroso, respeitadas diretrizes e limites legais – como é a proposta do PL referido, o ativismo judicial mais que uma exceção, deverá ser um objetivo a ser buscado pelo Judiciário brasileiro como instrumento a efetivar o texto constitucional.

Para se ter uma noção geral sobre o referido Projeto, tem-se no art. 2º seus princípios norteadores, a saber:

Art. 2º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

I – proporcionalidade;

- II – razoabilidade;
- III – garantia do mínimo existencial;
- IV – justiça social;
- V – atendimento ao bem comum;
- VI – universalidade das políticas públicas;
- VII – equilíbrio orçamentário.

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
- VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
- VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;
- VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;
- IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;
- X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;
- XI– que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

Adiante, em outros dispositivos fica nítida a discricionariedade que é dada ao magistrado nestas ações, podendo ele decidir em algumas hipóteses de ofício, na intenção de melhor instruir o feito; lembrando que nestas ações existe um interesse público muito superior ao das partes que compõem propriamente os polos da ação. Segue abaixo alguns dispositivos que oportunizam certo ativismo judicial em seu conteúdo:

Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em:

I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

§ 1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa.

§ 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

§ 3º Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Parágrafo único. Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo

cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela.

Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Art. 22. Quando o controle da política pública não for objeto específico da ação, mas questão individual ou coletiva suscitada no processo, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 18 a 22.

Vale lembrar que o Projeto de Lei não atribui qualquer competência ao Judiciário que a Constituição já não o tenha feito. É, aliás, da própria Constituição Federal, no artigo 5º, §1º – de acordo com o qual, as normas que estatuem direitos fundamentais têm aplicação imediata –, que decorre a legitimidade do Judiciário para atuar nos casos em que a inércia dos outros poderes estatais impede a satisfação de determinado direito fundamental. Trata-se simplesmente do exercício do controle da constitucionalidade, pelo qual o Judiciário é chamado – sempre a posteriori – para verificar se a ausência de uma política pública ou, se a política pública criada e implementada pelo Legislativo ou pelo Executivo, fere os direitos fundamentais ou não é adequada.

O que faz o Projeto de Lei, em realidade, é procurar limitar o subjetivismo judicial na tomada de decisões que determinam a implementação de uma certa política pública pela regulamentação que estimula o diálogo e a cooperação institucional entre os poderes estatais ao longo de todas as fases do processo.

Alguns dispositivos apontam que mais que simplesmente regulamentar os processos especiais de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, o PL, em contraponto à discricionariedade antes referida nos artigos acima, também visa apontar limites para a atuação do magistrado em algumas situações, como pode ser visto nos artigos abaixo:

Art. 28. Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder

a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Parágrafo único. Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

Art. 29. Na hipótese prevista no artigo 28, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual observará as disposições desta lei.

Art. 30. Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

I - tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete ao mesmo tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a ser fixado pelo juiz.

§ 3º Se nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo.

§ 4º A coisa julgada terá efeito erga omnes, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 5º O Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica se não intervier como parte.

Portanto, são de iniciativas como a do PL acima apresentado que o Judiciário precisa para aprimorar o Ativismo Judicial que executa, sem cair em condutas que possam prejudicar a autonomia e harmonia entre os poderes, cláusula pétrea em nossa Carta Maior. A doutrina mais apressada acaba por não

admitir a possibilidade do Ativismo Judicial, fechando os olhos para os avanços e conquistas para o processo brasileiro, por consequência com reflexos sobre o direito material, tornando mais efetivos os direitos e garantias constitucionais, especialmente no que toca ao tema aqui debatido, a efetivação do Acesso à Justiça.

3. ACESSO À JUSTIÇA

3.1. Retrospectivas e perspectivas

Partindo de uma abordagem histórica, segundo Mauro Cappelletti, o conceito de acesso à justiça vem sofrendo constante transformação, que, entre outras frentes, passa por uma mudança no estudo e ensino do processo civil. Ressalta o autor que nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis demonstravam a concepção individualista dos direitos então vigentes (processo era um assunto entre duas partes). Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. Mais que isso, para ele o Estado não se preocupava em trazer a população pobre ao abrigo da justiça e suas instituições, deixando-as a margem de todo esse sistema.¹⁵

A constatação do autor, feita há 40 anos, é muito presente em nossos tempos. No Brasil e na maioria dos países, a população marginalizada carece dos principais serviços básicos que deveriam ser fornecidos pelo Estado, inclusive o de acessar o judiciário e ver tutelados seus direitos. O sistema econômico que impera há mais de três séculos no mundo influi em outros sistemas de uma sociedade de forma indissociável. Não se pode pensar em um sistema jurídico sem entender as imposições econômicas que tal sistema econômico carrega, principalmente se pensarmos na ideia de estado mínimo.

De todo modo, em que pese às discrepâncias que o sistema econômico vigente reflete em outros sistemas, não se pode quedar inerte a isso e não buscar meios de amenizar essas consequências negativas, em especial no sistema jurídico e a busca pela garantia do acesso à justiça.

Na pretensão de superação do conceito de igualdade formal, portanto, as Constituições modernas estatuem o conceito de acesso à justiça no âmbito material, o que impõe a ampliação da pesquisa com relação ao acesso à justiça, para considerar métodos de análise sociológicos, políticos, psicológicos e

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 10.

econômicos, por exemplo. Segundo Bedaque¹⁶, em referência aos trabalhos dos autores retro citados, em especial Mauro Capelletti, essas ondas renovatórias se deram em três etapas: a) a primeira relacionada à concessão de assistência judiciária aos menos favorecidos; b) a segunda afeta à representação jurídica de interesses metaindividuais; e c) a terceira relacionada ao “novo enfoque do acesso à justiça”, que pretende englobar as ondas anteriores e garantir a proteção ao direito das partes. A partir daí é que o direito de acesso à justiça tem sido relacionado como um dos mais fundamentais direitos individuais, haja vista que a “[...] titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.

Ocorre que, numa sociedade como a brasileira, constituída tão originalmente por influências indígenas, africanas e europeias, e tão carente ainda dos direitos que pretendiam igualar os cidadãos, as pretensões de defesa dos direitos no âmbito processual precisam também seguir a mesma originalidade. O ativismo judicial, portanto, passa a ser cogitado como uma possibilidade de expansão do acesso à justiça, considerado em suas novas feições de efetividade de garantia dos direitos assegurados nas constituições modernas.

Nessa sistemática, a pretensão de realização de acesso à justiça e, conseqüentemente, de se fazer justiça no caso concreto, passa por uma política de facilitação não só do alcance ao Judiciário, mas de plena concretização dos objetivos constitucionais elencados pelo Estado. Nesse ponto é que o ativismo judicial pode surgir para coadunar-se com os ditames da Carta Maior e efetivar a garantia do acesso à justiça.

E nesse paradigma do novo Estado Constitucional Democrático, a posição ativa do juiz na interpretação da norma parece ter logrado espaço definitivo. Para Gomes¹⁷, o juiz é chamado a, em sua tarefa de interpretar a Constituição, contribuir na concreção dos valores e objetivos constitucionais. E

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

¹⁷ GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54.

nessa tarefa, o Ativismo Judicial vem a contribuir para a efetivação do Acesso à Justiça.

No mesmo sentido foi o voto do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau¹⁸, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 101, acerca da importação de bens de consumo (pneus) usados. Naquela oportunidade, para justificar a adequação das normas administrativas aos preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente equilibrado, sem ferimento das cláusulas de liberdade de concorrência e livre iniciativa, o Ministro manifestou-se acerca do papel da interpretação constitucional:

[...] interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é a atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente.

Portanto, percebe-se que por mais que as constituições modernas pretendam com louvor garantir direitos fundamentais, em países como o Brasil, em que muito se tem a evoluir socialmente, o pleno acesso à justiça encontra amparo na atuação ativa dos juízes e tribunais.

3.2. Precedentes e práticas pioneiras

Dois exemplos serão apresentados e que representam uma atuação comprometida do judiciário com os princípios constitucionais, traduzidos por meio de postura que se coaduna com os conceitos de ativismo judicial, culminando com a efetivação do acesso à justiça àquelas partes do processo sob análise.

Um juiz federal, em virtude de condenação criminal, determinou o pagamento de indenização a todos os afetados pelo crime cometido, sendo uma quantidade muito grande de beneficiados. Ao invés de encerrar aí sua participação e aguardar que cada parte procura pela via individual sua parte,

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiasStf/anexo/ADPF101ER.pdf>. Acesso em: 03 jun 2016.

através de execuções, determinou o juiz que o valor pago pelo réu, aferido por meio de perícia, fosse rateado entre as vítimas do fato. Ordenou que fossem abertas contas para cada um dos afetados em banco oficial e que, após o pagamento, cada um fosse intimado a levantar sua parte em razoável prazo.¹⁹ (5º Vara Federal de Curitiba/PR, processo nº 2007.70.00.004156-4)

No caso, fica nítida a proatividade do magistrado em, após proferir a decisão condenatória, buscar uma solução para a efetivação da prestação jurisdicional, por meio de providências complementares. Num primeiro momento pode-se pensar que a atitude demandou maior dispêndio do judiciário, vez que fora necessária perícia – certamente muito contestada – e frente junto ao banco para abertura de diversas contas. Enfim, mesmo com esse esforço concentrado, no apanhado geral foi muito mais ágil do que seria o ajuizamento de centenas de demandas individuais.

O liame entre a conduta definida como ilustração do ativismo judicial e a efetivação do acesso à justiça, pode ser percebido pelo fato de que aquelas partes que teriam que demandar em juízo para requererem a abertura de contas e receber os valores, tiveram por ativismo do magistrado seus anseios atendidos naquele caso em específico, posto que o acesso à justiça – mesmo que não se compreenda em seu conceito formal – foi realizado de maneira implícita aos envolvidos naquela demanda.

Além desse exemplo, tem-se uma iniciativa de Santa Catarina que é de grande valia. Em virtude da intensa exploração carbonífera no sul do estado catarinense, em 1993 o Ministério Público Federal em Criciúma/SC ajuizou Ação Civil Pública em face de 24 réus. O processo ainda pende de julgamento pelo STJ, todavia, a execução de parte da sentença proferida no ano de 2000 já vem sendo cumprida.²⁰ (4ª Vara Federal de Criciúma/SC, processo nº 93.80.00533-4)

¹⁹Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=oxty&hdnRefId=62dd6de18fb1dcd711b0ae4454cb531c&selForma=NU&txtValor=200770000041564&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=PR&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras. Acesso em: 05 jun. 2016.

²⁰Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&sel

Tamanha é a complexidade da causa, que fora criado um site para o acompanhamento das etapas do cumprimento da sentença: www.jfsc.jus.br/acpdocarvao. Através de relatórios periódicos que passam pelo crivo do magistrado, o acompanhamento se dá tanto pelos olhos da justiça, quanto pelos olhos da população que pode acessar no site todos os detalhes da causa. A recuperação do ambiente degradado se planeja e executa através de controle rigoroso dos órgãos vinculados à matéria, bem como por um Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo – GTA.

Visto isso, ficou nítido o comprometimento do magistrado com o conteúdo constitucional, desejando ver efetivados os direitos e garantias dos envolvidos naquela demanda, mesmo após “resolvido” o processo. Em verdade, o acompanhamento da recuperação do meio ambiente através da iniciativa do juiz, está diretamente ligado ao texto constitucional, quando fala em proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI, CF/88), frisa-se, de forma efetiva. Portanto, nesse caso, o Juízo também efetivou o direito constitucional de acesso à justiça, na medida em que assegurou a todos os afetados por aquela degradação ambiental, verem reparados os prejuízos e monitor a recuperação daquele ambiente, de maneira interativa e permanente.

Em suma, as soluções dadas às causas pelo judiciário se amoldam aos ditames constitucionais e efetivam o direito fundamental de acesso à justiça, revelando um protagonismo dos magistrados que, por meio de providências que extrapolaram o senso comum, atingiram resultados extraordinários.

A inconformidade dos atores desse cenário, não pode ser ofuscada pela falta de respaldo de outros setores da sociedade. Em outras palavras, mesmo que o legislador ordinário se mostre inerte para a elaboração e aprovação de normas que atendam essa causa, como por exemplo o PL 8.058/2014 referido mais acima, o poder executivo em suas ingerências e más administrações, ou o próprio sistema econômico vigente – já referido no início do texto como um inexorável instituidor de desigualdades em nossos tempos e que reflete em nosso poder judiciário –; não se pode permanecer indiferente aos anseios da

sociedade, mas sim, especialmente o Poder Judiciário, buscar alternativas para da melhor forma tutelar os interesses levados a juízo, garantindo efetivamente o acesso à justiça.

3.3. Expectativas com o Novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil brasileiro entrou em vigor em março de 2016. Por ser muito recente sua aplicação em nossos tribunais, ainda não se tem uma análise dos resultados práticos do novo texto processual. Contudo, a análise do novo código pode ser feita com base em seu conteúdo em si, mas sobretudo diante dos princípios que fomentam sua estrutura.

Dentre os princípios que o NCPC trouxe e inovou, o que mais interessa ao tema do presente ensaio diz sobre a colaboração judicial, prevista no art. 6º (*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*). E mais interessa ao assunto pela sua grande correlação com o ativismo judicial, também objeto deste texto.

A relação entre o ativismo judicial e a colaboração, se baseia no fato de que o ativismo judicial requer do magistrado uma postura mais interativa e proativa, nesse passo, se coaduna com a previsão de cooperação judicial do art. 6º do NCPC. Vale frisar que a cooperação prevista no novo código, é entendida pela doutrina especializada somente do Juízo perante as partes, e não propriamente entre as partes.

A colaboração processual jamais pode significar aniquilamento da autonomia individual e da autorresponsabilidade das partes. A colaboração não elimina o princípio da demanda e as suas consequências básicas, a saber: o juízo de conveniência a respeito da propositura (ou não) da ação e a delimitação do mérito da causa, tarefas ligadas exclusivamente à conveniência das partes.

O que há é um verdadeiro “dever de engajamento” do juiz em prol de uma decisão justa.²¹

E para ilustrar a relação entre o ativismo judicial que já vem sendo praticado por nossos tribunais, mesmo ainda sem uma regulamentação processual adequada de nosso legislador ordinário, vale rememorar alguns julgados que já foram citados no presente ensaio, porém que vale sua reprise uma vez que revelam o ativismo judicial na intervenção do Judiciário em pautas especiais: pesquisa com células tronco ADC 12/DF associada à súmula vinculante n. 13), a não recepção da lei de imprensa (ADPF 130/DF) e o caso sobre o reconhecimento da união estável e entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277/DF e ADPF 132).

Ocorre que nossos Tribunais estão utilizando do Ativismo Judicial em suas decisões sem qualquer balizamento legal, o que alimenta uma forte crítica sobre eventual ingerência do Judiciário sobre outros poderes, implicando supostamente em desrespeito a autonomia dos poderes e supremacia do Judiciário sobre os demais poderes.

Ocorre que, em que pese a crítica tenha parcela de razão, ao entender que deverão existir limites para a atuação do Judiciário de forma proativa – incluindo especialmente as causas que envolvem intervenção em políticas públicas – deve ser dito que eventuais decisões com excessos sobre o tema, conforme vislumbra a crítica, em parte ocorrem uma vez que ainda não se definiram quais os limites que poderão ser alcançados pelo magistrado em ações daquela natureza. Além disso, outra parte se deve ao fato de que muitos dos operadores do Poder Judiciário brasileiro, foram formados por princípios e regras que nasceram na primeira metade do século XX, portanto, ainda carregados de muito conservadorismo em matérias como a que aqui se discute.

Em um juízo raso sobre o tema, certamente a opinião mais fácil de se ter é que o Ativismo Judicial deve ser limitado ao máximo, sob o dogma da separação dos poderes, e que com isso se criaria um superpoder que não fora

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015. p. 71-74.

“democraticamente” eleito pelo povo. Todavia, em uma análise mais apurada e que já fora referida mais acima desse texto, a própria Constituição Federal prevê situações em que o Judiciário pode e deve intervir em situações que vislumbra não estar sendo efetivados direitos e garantias constitucionais, em razão da inércia dos demais poderes.

Essa atuação deve ser feita dentro de limites a serem determinados pelo legislador ordinário, como por exemplo nos termos do PL 8.058/2014, mas que, sobretudo, devem ter como norte a Constituição Federal, bem como se utilizar de princípios trazidos pelo novo Código de Processo Civil – especialmente o Princípio da Colaboração, previsto no art. 6º –, com intuito de efetivar o texto constitucional elencado pelo Estado.

Portanto, especialmente sobre a previsão constitucional de Acesso à Justiça, esculpida no artigo 5º, inciso XXXV, e sua relação com o Ativismo Judicial, tem-se que o Judiciário não só deve facilitar o acesso do cidadão a sua porta para reclamar seus direitos, tema que toca mais ao aspecto administrativo de organização judiciária, mas também deve agir nos processos de forma mais proativa e comprometida com a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

4. CONCLUSÃO

A inconformidade com o *status quo* de uma sociedade é o que, sem dúvida, motiva as pessoas a questionar e lutar por dias melhores. As transformações sempre brotam dessa ambição em evoluir e proporcionar a melhor solução aos conflitos que envolvem os indivíduos e a sociedade. O processo civil, em última análise, é o instrumento que visa concretizar o direito material e, por conseguinte, a justiça.

E foi pelas inconformidades com os instrumentos disponíveis em suas épocas que os pensadores do Direito iniciaram as transformações que vivenciamos hoje, mas que não podem se resumir aos feitos do passado. Dentro desse panorama, o presente trabalho abordou temática que envolve assunto de grande relevância social no Brasil. Está-se a falar da efetivação dos direitos e garantias previstos na Constituição de 1988. Mais precisamente, se fala sobre o Ativismo Judicial como instrumento para a efetivação do Acesso à Justiça.

Inicialmente foi feito um apanhado geral sobre o conceito e a postura do Poder Judiciário frente ao tema do Ativismo Judicial no decorrer do tempo, mostrando que ainda hoje existe um apego ao formalismo e ao conceito do Juiz inerte, o que a doutrina filiada a esta tese, justifica como sendo a neutralidade e imparcialidade do magistrado. Ocorre que restou demonstrado que não basta ao Estado, na figura do Juiz, ser apenas a “boca da lei”, mas sim de que ele deve estar comprometido com os comandos constitucionais, e para tanto atuar de forma ativa diante de situações que demandem seu ativismo.

Também foi dito que para que não se tenham decisões e condutas que venham a ferir a separação, autonomia e harmonia dos poderes, há que se ter limites e balizas para a atuação ativista do magistrado. Nesse sentido, a própria Constituição já prevê alguns parâmetros para essa conduta, todavia, há que se ter a complementação pelo legislador ordinário do regramento para essa postura ativa. O PL 8.058/2014 é um exemplo de legislação infraconstitucional que pode contribuir para a regulamentação desse ativismo judicial.

Carregados pelo compromisso de efetivar o texto constitucional, nossos Tribunais já vêm aplicando o Ativismo Judicial, conforme restou demonstrado em julgados que trataram de temas cruciais para nossa sociedade, e que

demonstraram como é possível o Judiciário interferir em questões aparentemente estranhas a sua competência, mas que, em um olhar mais apurado, se mostra inteiramente ao alcance do Poder Judiciário. Isso se dá por previsão constitucional, de que diante da inércia dos outros Poderes (Legislativo e Executivo) o Judiciário tem o papel de fazer valer os termos da Carta Magna.

No presente ensaio se apontou a relação entre o Ativismo Judicial e o Acesso à Justiça. Como foi dito, a conduta ativa do magistrado no processo visa efetivar os direitos e garantias constitucionais. Nesse passo, dentre elas está o acesso à justiça, como previsão do art. 5º, inciso XXXV da CF/88. O liame que justifica o Ativismo Judicial ser um instrumento para a efetivação do Acesso à Justiça, está no fato de que não basta o Judiciário dar meios às pessoas acessarem suas portas, se não obtiverem as respostas que tanto precisam. Em outras palavras, resumir o direito de acessar o judiciário como simplesmente dar suporte para o cidadão reclamar seus direitos, seria tratar o tema como mero assunto administrativo de organização judiciária.

O que o constituinte de 1988 queria ao assegurar a previsão de acesso à justiça, era que além de propriamente ter meios de mover suas pretensões, que o Judiciário respondesse aos anseios dos que lhe reclamavam direitos, concretizando os direitos e garantias elencados pelo Estado. E é nesse passo que após a promulgação da CF de 1988 nossos Tribunais, mesmo que carentes de legislações que balizassem sua atuação ativista, apresentam práticas pioneiras e que serviram de parâmetros para futuras atuações nessa linha.

Por fim, com a recente edição do Novo Código de Processo Civil, o tema do Ativismo Judicial como meio para a efetivação do Acesso à Justiça ganhou mais força. Dentre os princípios inovadores trazidos pelo novo texto processual, está o previsto em seu art. 6º, que fala da colaboração. Esse princípio está diretamente ligado ao tema do presente trabalho, uma vez que tanto na cooperação quanto no ativismo, imperioso se faz uma postura ativa do magistrado, de modo a além de simplesmente dizer o direito que cabe ao caso, estar imbuído com o compromisso de concretizar os dispositivos constitucionais.

Nesse sentido, pelo presente texto ficou demonstrado que, dentro de limites a serem observados, tanto junto à Constituição Federal como em

legislação ordinária a ser ainda elaborada pelo Poder Legislativo, o Ativismo Judicial deve ser visto como uma ferramenta que auxilia o Estado a assegurar efetivo Acesso à Justiça, bem como aos demais direitos e garantias fundamentais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:

http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. Justiça Federal, **processo nº 93.80.00533-4/SC**. Disponível em:

http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=9380005334&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=SC&sistema=&hdnRefId=be3e915beb2e85b222c02e30c33347df&txtPalavraGerada=uccn&txtChave=

BRASIL. Justiça Federal, **processo nº 2007.70.00.004156-4/PR**. Disponível em:

http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=oxtly&hdnRefId=62dd6de18fb1dcd711b0ae4454cb531c&selForma=NU&txtValor=200770000041564&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=PR&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, **Resp 881.323/RN**. Julgado em 11.03.2008, DJe 31.03.2008. Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=762440&num_registro=200601949035&data=20080331&formato=PDF

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Ministra Carmem Lúcia. Primeira Turma, **ADPF 101**. Julgado em 01.06.2012, Dje 04.06.2012. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=101&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiasStf/anexo/ADPF101ER.pdf>

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, V. 1, 3ª. ed. 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das Leis. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Paulo. Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP). **Projeto de Lei nº 8.058/2014**. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>.