

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E A NECESSIDADE DE
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**JUDICIALIZATION POLICY, JUDICIAL ACTIVISM AND THE REASONS NEED
OF JUDGMENTS: AN ANALYSIS TO THE NEW LIGHT OF CIVIL PROCEDURE
CODE**

**Ramon Rocha Santos
Raynara Souza Macedo**

Resumo

Este trabalho visa abordar a judicialização da política, o ativismo judicial e a necessidade de motivação das decisões judiciais à luz do novo Código de Processo Civil face à evolução estatal ocorrida desde a teoria do Estado Ideal, passando pelo absolutismo, o liberalismo até o advento do Estado Democrático de Direito. Pelo princípio da separação dos poderes o papel do Poder Judiciário se vincula a concretização de direitos sem ofensa à atuação dos outros poderes do Estado. Dessa forma, ao judicializar a política e realizar o ativismo judicial deve o magistrado motivar devidamente as suas decisões judiciais sob pena de revelar um Poder Judiciário tirano.

Palavras-chave: Judicialização, Ativismo, Fundamentação

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to address the legalization of politics , judicial activism and the need for motivation of judicial decisions in the light of the new Civil Procedure Code against the state developments since the state's theory Ideal , through absolutism , liberalism until the advent of Democratic state. The principle of separation of powers the role of the judiciary is linked to realization of rights without offense to the actions of other branches of government . Thus, when judicialize political and perform judicial activism should the magistrate properly motivate his judicial decisions under penalty of judiciary reveal a tyrant.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legalization, Activism, Grounding

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a judicialização da política, o ativismo judicial e a necessidade de motivação das decisões judiciais à luz do novo Código de Processo Civil.

Inicialmente foram trazidas considerações sobre a evolução estatal que ensejou o Estado Democrático de Direito até se chegar aos moldes conhecidos na atualidade.

Dessa forma, foram delineados traços da Teoria do Estado Ideal, surgida em razão da necessidade de organização da sociedade com vistas ao bem comum.

Após, com o declínio do feudalismo, surge o Estado absolutista, onde todo o poder era concentrado nas mãos do rei – criação e execução e das leis, e os respectivos julgamentos.

Com o declínio do absolutismo, o Estado passou a ter funções específicas, mediante a divisão de seus poderes e os interesses individuais coincidiam com os interesses da coletividade.

Eis que no século XIX o Estado Democrático de Direito se consolidou, após uma ampla afirmação dos direitos humanos, e valorização do indivíduo.

Assim, afirma-se que o princípio da separação dos poderes é marca inerente do Pacto Federativo e do Estado Democrático de Direito, resultado de um anseio da coletividade para a contenção de um poder pelo outro através do sistema de freios e contrapesos, a fim de que a ordem constitucional seja atingida como um todo.

O papel do Poder Judiciário então é a concretização de direitos sem ofensa à atuação dos outros poderes do Estado.

No segundo capítulo são trazidas noções de judicialização e ativismo judicial, fenômenos ocorridos em razão da evolução do Estado Constitucional, através da atuação jurisdicional, predominantemente criativa, embasada na hermenêutica jurídica, de modo a revelar aspectos decisórios com viés político, até então somente utilizados pelos poderes Executivo e Legislativo.

Diante disso, revela-se imprescindível, quando da aplicação da inovação no campo da materialização dos direitos fundamentais, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais para que não ocorra ofensa a própria Constituição Federal.

A decisão fundamentada fortalece o próprio controle da atuação do Poder Judiciário, consagrando o sentimento de segurança jurídica e a credibilidade da prestação jurisdicional. Decisão fundamentada é sinônimo de decisão democrática.

A proposta do presente trabalho então é demonstrar a importância da motivação das decisões judiciais que consagram direitos fundamentais através de ativismo judicial.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO.

O processo de evolução do termo estado democrático de direito, nos moldes conhecidos na atualidade, teve suas origens na Grécia, em razão da necessidade de organização da sociedade com vistas ao bem comum, aparecia nesse contexto a teoria do “Estado Ideal” (Sec. V a I a. c.).

Com o declínio do feudalismo, surge o Estado absolutista, onde todo o poder era concentrado nas mãos do rei – criação e execução e das leis, e os julgamentos advindos de seu descumprimento.

Nicolau Maquiavel, cujas ideias foram o sustentáculo para o absolutismo, sustentava a separação entre a ética e a política.

Nasce daqui uma questão: se vale mais ser amado que temido ou temido que amado. Responde-se que ambas as coisas seriam de desejar; mas porque é difícil juntá-las, é muito mais seguro ser temido que amado, quando haja de faltar uma das duas. Deve, todavia, o príncipe fazer-se temer de modo que, se não adquire amizade, evite ser odiado, porque pode muito bem ser ao mesmo tempo temido e não odiado; o que sempre conseguirá desde que respeite os bens dos seus cidadãos e dos seus súditos porque os homens esquecem mais depressa a morte do pai que a perda do patrimônio. Mas quando um príncipe está com os exércitos e tem uma multidão de soldados sob o seu comando, então é de todo necessário que não se importe de passar por cruel; porque sem esta fama não se mantém um exército unido, nem disposto a qualquer feito.¹

Diante do choque da burguesia com o sistema absolutista, ocorreram as revoluções burguesas, iniciando o marco do Estado Liberal (Sec. XVIII), caracterizado pela ideia de que o indivíduo possui direitos naturais e inalienáveis. O Estado, então, passou a ter funções específicas, mediante a divisão de seus poderes e os interesses individuais coincidiam com os interesses da coletividade.

¹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1991, p. 21.

Os princípios da liberdade e igualdade surgem como a base do liberalismo, e o Estado deveria intervir minimamente nas relações dos indivíduos, havia claramente uma limitação do poder estatal. A existência do Estado era necessária, mas sua atuação deveria ser mínima, a fim de resguardar a liberdade individual.

Nesse período, a separação dos poderes se evidencia com clareza, e não há supremacia entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, todos são igualmente importantes na atuação estatal.

Com o declínio do Estado social, cujo foco era a coletividade, foi no final do século XIX que o Estado Democrático de Direito se consolidou, após uma ampla afirmação dos direitos humanos, e valorização do indivíduo. Abre-se, aqui, espaço para inclusão de todos como atores ativos do cenário social de modo a assegurar segurança nas relações sociais e a preservação de todos os direitos fundamentais da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 consagra expressamente, em seu artigo 1º, o Estado Democrático de Direito². Na perspectiva de constitucionalização, Gilmar Mendes diferencia as expressões direitos fundamentais e direitos humanos, no sentido de que a primeira é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. Já os direitos humanos são universalistas, supranacionais, empregados para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional³.

Afirma o autor que esses direitos são estanques e incomunicáveis. Sustentando que as ordens internas possuem mecanismos de implementação mais céleres e eficazes do que a internacional⁴.

Sob a perspectiva de concretização dos direitos fundamentais, cabe aos três poderes constituídos, elencados no artigo 2º da Constituição Federal⁵, em sua respectiva área de atuação, efetivá-los. Tais poderes são independentes e harmônicos entre si.

Ao Poder Legislativo cabe a edição de normas que regulamentem os direitos fundamentais, sob pena de cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou Mandado de Injunção.

² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...

³ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166.

⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ao Poder Executivo cabe a interpretação e aplicação das leis que assegurem os direitos fundamentais, implementando as políticas públicas.

Como objeto central deste estudo, o Poder Judiciário possui a função de impedir a violação dos direitos ou resguardar a sua aplicação, dando a máxima eficácia aos direitos fundamentais.

Como é cediço, os Poderes Legislativo e Executivo são oriundos da soberania popular, revelados no governo da maioria, ou seja, implicação direta da democracia.

Já o Poder Judiciário é exercido mediante a meritocracia dos membros que o exercem, através de uma jurisdição constitucional que deve ser democrática, no sentido de participação popular para o exercício de sua função de guardião da constituição (abertura da jurisdição).

A vontade da maioria, por sua vez, exercida pelo Executivo e pelo Legislativo, pode confrontar (negligenciar) direitos fundamentais, e, nesse contexto, abre-se espaço ao judiciário, para fazer prevalecer a Constituição.

Luis Roberto Barroso, então, questiona se é possível juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo - impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas.

O referido autor responde que será possível “sempre que o judiciário estiver anulando, inequivocadamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente”⁶.

Explica então que a atuação do Judiciário deve necessariamente revelar a aplicação da Constituição ou de uma lei, ou seja, reconduzir-se a uma prévia expressão majoritária.

Nesse sentido, o judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental estiver sendo descumprido, principalmente se houver negligencia quanto ao mínimo existencial da pessoa.

Se dentre as opções válidas de aplicação dos direitos fundamentais ou da legislação, o Legislativo e/ou o Executivo tiverem agido ponderando a sua possível “colisão”, haveria quebra do pacto federativo em caso de atuação do Judiciário.

O papel do Judiciário, então é somente de interpretar a constituição e as leis preservando direitos em obediência ao conjunto das normas jurídicas.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos Sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 166.

O princípio da separação dos poderes é marca inerente do Pacto Federativo e do Estado Democrático de Direito, resultado de um anseio da coletividade para a contenção de um poder pelo outro através do sistema de freios e contrapesos, a fim de que a ordem constitucional seja atingida como um todo.

Para evitar ofensa ao princípio da separação dos poderes, o Judiciário deve agir com cautela quanto à concretização de políticas públicas que evidentemente devem ser ponderadas pelos outros poderes com o intuito de assegurar os direitos fundamentais a um número máximo de indivíduos, e não apenas aos que se socorrem do Poder Judiciário.

Sem a pretensão de esgotar o tema atinente ao Estado Democrático de Direito e o Pacto Federativo com uma ênfase no Poder Judiciário, cabe trazerem noções básicas de judicialização da política e ativismo judicial, para que possamos tratar da necessidade de motivação das decisões judiciais e o regramento trazido pelo Código de Processo Civil.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL.

Com a evolução do Estado Constitucional surgiu uma nova forma de atuação jurisdicional, predominantemente criativa, embasada na hermenêutica jurídica, de modo a revelar aspectos decisórios com viés político, até então somente utilizados pelos poderes Executivo e Legislativo.

Esta inovação vem gerando inúmeros questionamentos no que tange à separação dos poderes. Haveria então uma tensão entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário?

A priori cabe aqui algumas considerações sobre essa atuação inovadora do poder Judiciário. Ao aplicar a lei, o magistrado toma como parâmetro as suas próprias convicções, ou seja, a sua pre-compreensão ou preferência ideológica são utilizadas como balizas de interpretação da norma.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o magistrado exerce atividade política, por estarem envolvidos num cenário eminentemente político (as normas produzidas são políticas, a sociedade é política).

Nas palavras de Tássia Gervasoni:

os juízes, antes de tudo, são cidadãos, e portanto também votam. Assim, não se pode ignorar que possui suas próprias preferências políticas, embora não as externem por considerar-se 'apolíticos', condição que se reputa indispensável para o reconhecimento da sua imparcialidade e independência. Isso se deve contudo, ao já relatado

equivoco de se atribuir à palavra ‘política’ o sentido estreito de ‘política partidária’.⁷

Desta forma, ao aplicar direitos fundamentais, por exemplo, o magistrado utiliza a política fazendo incidir a sua pre-compreensão, revelando assim a condição de poder político do Judiciário e fazendo surgir o termo judicialização da política.

A judicialização, então, nada mais é que a decisão pelo judiciário de questões com caráter político e social, que foram, de certa forma, negligenciadas pelo poder executivo e poder legislativo. Tudo isso fruto do princípio da inafastabilidade da função jurisdicional.

A redemocratização do país, a constitucionalização e o controle de constitucionalidade contribuíram diretamente para que a judicialização ganhasse força, dando suporte ao Judiciário para concretizar a constituição.

Nas preciosas lições de Tássia Gervasoni⁸, o conceito de judicialização da política engloba uma dupla dimensão: revelando os efeitos políticos indiretos – decisão jurídica sobre uma questão política -, e os efeitos políticos diretos – decisão jurídica determinada por opções políticas. Neste último, o exercício da função típica do poder judiciário como órgão controlador.

Sendo assim, qual seria então a relação entre a judicialização da política e o ativismo judicial?

Respondendo à pergunta, Barroso explica que:

a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem a mesma origem. A judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não o exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandido o seu sentido e alcance.⁹

Dessa forma, utilizando silogismo, o ativismo judicial é uma judicialização da política, mas nem toda judicialização é ativismo judicial.

⁷ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Monia Clarissa Henning. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 85.

⁸ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Monia Clarissa Henning. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 89.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 21 ago.2015.

O ativismo judicial, por sua vez, traz uma ideia imediata de ofensa ao princípio democrático (já que cria políticas públicas dos poderes representativos) e ao princípio da separação dos poderes. Essa ideia é abraçada pelo positivismo jurídico.

Podem existir peculiaridades, porém, que legitimariam o juiz a efetivar direitos não previstos expressamente na norma, para que sejam concretizados direitos fundamentais. Mas essas situações não podem configurar a regra, colocando o Judiciário como verdadeiro legislador de casos concretos.

Ora, a crise de legitimidade do Poder Legislativo não o retira do cenário constitucional, fazendo-o um poder menor que o Judiciário. Como dito outrora, todos os poderes possuem o mesmo peso, e um deve respeitar os limites de atuação do outro, salvo em caso de abusos (nestes casos há de incidir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na atuação jurisdicional).

O cenário atual revela, ademais, uma crescente aplicação do ativismo judicial, o que pode representar um grave comprometimento do pacto federativo, se usado de forma desmedida.

Não se está aqui proclamando a auto-contenção do Judiciário, para restringir a criação do direito no sentido de concretizar a constituição, mas a aplicação de medidas, de regras quando o Judiciário excepcionalmente tiver que adentrar no campo dos outros poderes.

Permanece, assim, íntegra a função precípua de controle do Judiciário no que tange a aplicação das leis.

Saliente-se que com o ativismo desmedido há o risco de politização da justiça (política usada no sentido aplicado pelos poderes com representatividade). O Poder Judiciário, assim, não pode se olvidar da harmonia que deve prevalecer entre os poderes, devendo se atrelar à lei e à Constituição, de modo que a aplicação desta não deve implicar em aceitação social, quando feita corretamente, através de métodos interpretativos que consagrem a razoabilidade.

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar de ativismo judicial, em julgado recentíssimo, barrou a atuação do poder judiciário em casos claros de exercício do legislativo, a saber:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. REGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC (13° GL). AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO,

SUBSTITUINDO-SE AO PODER LEGISLATIVO NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ADOTADOS NA APROVAÇÃO DAS NORMAS DE PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. DECISÃO COM EFEITOS VINCULANTES¹⁰.

O julgado ratifica o entendimento de que cada poder tem preferência na sua esfera de atuação, sob pena de afronta ao Estado democrático de direito.

Vale destacar, ainda, que o risco de difusão do ativismo judicial em proporções maiores a que já se tem, pode gerar um grave comprometimento das finanças públicas, uma vez que o judiciário não detém conhecimento técnico sobre o impacto financeiro na aplicação de uma política pública em detrimento da outra. Daí ser altamente importante a cautela do magistrado na sua atividade “criativa”.

Diante disso, revela-se imprescindível, quando da aplicação da inovação no campo da materialização dos direitos fundamentais, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, conforme demonstrado nas linhas ulteriores.

4. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Como é cediço, o artigo 93 da Constituição Federal de 1988 impõe o dever de motivação das decisões judiciais¹¹.

A motivação das decisões judiciais é dever do magistrado na realização do Estado de Direito. Isto pois, mediante o sistema de freios e contrapesos os poderes são controlados e a motivação é a baliza para o controle do Poder Judiciário.

Ao exercer o ativismo judicial, o magistrado interfere na atuação dos outros poderes, mas deve prestar contas à sociedade, às partes e aos tribunais correlatos, do exercício da atividade jurisdicional.

Desse modo, para que não haja abusos por parte do Judiciário e sejam respeitados os poderes representativos o dever de motivar as decisões judiciais traz consigo uma ideia de racionalidade, de previsibilidade.

¹⁰ STF. ADO 22. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe - 31-07-2015.

¹¹ Art. 93 (...)

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros

Assim, não deve se admitir a aplicação do ativismo judicial sem critérios, pois sob a ótica de concretização de direitos fundamentais que impliquem utilização de recursos financeiros do Estado, pode haver um desequilíbrio em razão da escassez dos recursos e o que se configura como uma solução imediata, pode revelar uma crise também do judiciário, no sentido de não conseguir dar efetividade às decisões judiciais.

O dever de motivação, então, retira os abusos de um “super poder” conferido ao judiciário (visto como salvador da pátria), quando em verdade a medida correta deveria ser uma reforma política, através de controle e planejamentos entre os poderes.

O novo Código de Processo Civil, no intuito de conter os abusos do ativismo judicial, fixou parâmetros para nortear a atividade do juiz, com a previsão no §1º do art. 489 de um rol não exaustivo de situações em que a decisão judicial é considerada como não fundamentada.

O objetivo é justamente combater as fundamentações genéricas, onde não há o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo ou mesmo a aplicação inadequada de precedentes.

O conceito de decisão fundamentada é, portanto, tomado por exclusão. O artigo 489 estabelece apenas um núcleo mínimo de conteúdo que deve estar presente em todas as decisões judiciais, aprimorando, no plano infraconstitucional, a previsão contida no art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988.

Trata-se, portanto, de uma garantia do cidadão que, a um só tempo, limita e legitima a atuação do Poder Judiciário.

A fundamentação das decisões, portanto, revela-se como a legitimação do Poder Judiciário. Somente dessa forma é que se poderá averiguar se os argumentos e as provas carreadas aos autos pelas partes foram efetivamente considerados pelo juiz.

O Novo Código de Processo Civil nada mais faz do que consagrar, no plano infraconstitucional, o direito fundamental à motivação das decisões judiciais, com vistas a evitar a aplicação da chamada “Teoria da Katchanga”¹², evitando-se os abusos do ativismo judicial. O artigo, inclusive, constata as falhas rotineiramente observadas para combatê-las; solidificando, assim, a garantia constitucional.

¹² LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 21 ago.2015.

Ademais, a decisão fundamentada fortalece o próprio controle da atuação do Poder Judiciário, consagrando o sentimento de segurança jurídica e a credibilidade da prestação jurisdicional. Decisão fundamentada é sinônimo de decisão democrática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno atual da constitucionalização do Direito, sobretudo aquele experimentado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, por certo que contribuiu para o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, sendo o Poder Judiciário o grande protagonista na concretização dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Dentro do atual contexto, em um Estado Democrático de Direito e com a crescente judicialização das políticas públicas, o ativismo judicial representa, mais do que uma realidade, uma necessidade da sociedade moderna.

No entanto, conforme demonstrado, a referida atuação do Poder Judiciário encontra limites na necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Expressamente prevista no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, a referida regra foi consagrada também na legislação infraconstitucional, com a previsão contida no art. 489, §1º do novo Código de Processo Civil e representa a um só tempo, uma limitação e um instrumento de legitimação do Poder Judiciário, com vistas a evitar o que seconvencionou chamar de “tirania do Judiciário”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda H.S. Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no espaço democrático”, *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos Sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 21 ago.2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed.. São Paulo: Malheiros: 2010.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Monia Clarissa Henning. **O Mínimo Existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 ago.2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARVALHO NETO. Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: OLIVEIRA. Marcelo Cattoni de.(coordenação) **Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DROMI, José Roberto. **La Reforma Constitucional: el constitucionalismo del “por venir”**. In: **El derecho publico de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Fundación BBV, 1997.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FLORIANO, Neida Terezinha Leal; FLORIANO JR., Marcio. A nova interpretação constitucional: uma (re)leitura necessária em face das transformações do Estado. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clóvis (organização). **Constitucionalismo contemporâneo**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 279-302.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Monia Clarissa Henning. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 21 ago.2015.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In*; TORRENS, Haradja Leite (coord). **A expansão do Direito: estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Leonardo da Rocha. A elaboração de Normas e proteção dos Direitos Fundamentais. *In*: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (Orgs.). **Direitos Fundamentais Contemporâneos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2012.

SOUZA, Rubens Hess Martins de. Discurso decisório e Democracia: Uma perspectiva retórica. CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004.

_____. A hermenêutica jurídica nos vinte anos da Constituição do Brasil. *In*: **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; prefácio de Marcus Jurena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.