

CRISTIANE RÊGO

DA JUDICIALIZAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL: uma investigação sobre os impactos
das decisões judiciais na atividade empresária

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Empresarial

Linha de pesquisa: A empresa na contemporaneidade

Orientador: Professor Doutor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior.

Nova Lima

2014

CRISTIANE RÊGO

**DA JUDICIALIZAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL: Uma investigação sobre os
impactos das decisões judiciais na atividade empresária**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

PROF. DOUTOR RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JÚNIOR (ORIENTADOR)

PROF. DOUTOR CARLOS ALBERTO ROHRMANN (EXAMINADOR)

PROF. DOUTOR RODRIGO ALMEIDA MAGALHÃES (EXAMINADOR)

PROF. DOUTOR JORGE MASCARENHAS LASMAR (SUPLENTE)

Nova Lima, _____, _____, 2014

Ao Flávio e aos meus pais, pelo amor verdadeiro que me impulsiona diariamente.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir alcançar mais esta conquista pessoal.

Aos meus familiares, pelos incentivos ao longo dessa caminhada, sempre de forma compreensiva e amorosa.

Ao Prof. Doutor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, por ter me apresentado ao desafiante mundo da docência.

Ao Prof. Doutor Carlos Alberto Rohrmann, pela confiança e aprendizado constante.

E à Rosely Braga de Oliveira, pela delicadeza no atendimento e comprometimento com os alunos.

RESUMO

A análise do papel do Poder Judiciário na contemporaneidade e a sua relação com a atividade empresária será o ponto de partida deste estudo. Nesse contexto, o protagonismo judicial, representado pelo fenômeno da judicialização, passou a assumir uma grande importância, no Brasil e no mundo, tanto no campo das Ciências Políticas como no Direito, uma vez que representa uma conquista da sociedade e revela a relação direta entre o Poder Judiciário, a política e a sociedade de um país. Todavia, verifica-se, com frequência, que alguns membros do Poder Judiciário se valem do ativismo judicial, aqui representado por uma postura paternalista e arbitrária do julgador, para definir as demandas que lhes são apresentadas, causando sérios danos à coletividade e, sobretudo, ao empresariado. Assim, o presente trabalho procurará demonstrar os efeitos sofridos pela comunidade empresária em virtude da prática do ativismo judicial por meio da delimitação dos seus contornos e da diferenciação quanto à judicialização.

Palavras-chaves: Judicialização; Ativismo Judicial; Efeitos. Empresários.

ABSTRACT

The analysis of the role of the judiciary in contemporary times and its relationship with entrepreneurial activity will be the starting point of this essay. In this context, the judicial role, represented by the phenomenon of legalization has assumed its great importance in Brazil and the world, both in the field of Political Science and the Law, since it represents an achievement of society and reveals the direct relationship between the judiciary, politics and society of a country. However, it is often that some Members of the Judiciary give value towards judicial activism, here represented by a paternalistic and arbitrary attitude of the judge, to define the demands presented to them, causing serious damage to the community and especially to entrepreneurs. Thus, this paper will seek to demonstrate the effects suffered by the community entrepreneur in the community because of the practice of judicial activism through the delimitation of their boundaries and differentiation as to legalization.

Keywords: Adjudication; Judicial Activism; Effects; Business.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO	10
2.1	A compreensão da judicialização.....	10
2.2	A historicidade da judicialização.....	16
2.3	As causas da judicialização.....	20
2.3.1	<i>Democracia.....</i>	<i>21</i>
2.3.2	<i>Da separação de poderes.....</i>	<i>23</i>
2.3.3	<i>Existência de uma carta de direitos.....</i>	<i>26</i>
2.3.4	<i>Recurso ao Judiciário por grupos de interesses e por grupos de oposição.....</i>	<i>28</i>
2.3.5	<i>Inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas.....</i>	<i>29</i>
2.3.6	<i>Percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais.....</i>	<i>31</i>
2.3.7	<i>Delegação parcial de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais.....</i>	<i>32</i>
3	DA JUDICIALIZAÇÃO AO ATIVISMO	35
3.1	Da delimitação do conceito de ativismo judicial.....	35
3.1.1	<i>Ativismo x Judicialização: ponto de intercessão e diferenças.....</i>	<i>39</i>
3.1.2	<i>As causas do ativismo.....</i>	<i>42</i>
3.2	O paternalismo como elemento motivador do ativismo judicial.....	48
3.2.1	<i>A definição de paternalismo.....</i>	<i>48</i>
3.2.2	<i>Breve histórico acerca da ingerência do Estado na vida privada do indivíduo.....</i>	<i>50</i>
3.2.3	<i>As formas de manifestação do paternalismo estatal.....</i>	<i>54</i>
3.2.4	<i>O ponto de encontro entre o ativismo judicial e o paternalismo pretoriano.....</i>	<i>56</i>
4	DA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DO ATIVISMO: ASPECTOS GERAIS.....	59

4.1	Crítica à judicialização excessiva/ativismo	59
4.1.1	<i>Da violação ao princípio da separação de poderes</i>	62
4.1.2	<i>Da ilegitimidade de representação e da politização do direito.....</i>	65
4.1.3	<i>A supervalorização do Judiciário e sua incapacidade real para consertar o país..</i>	74
4.1.4	<i>Sobrecarga do Judiciário e onerosidade do orçamento público.....</i>	77
4.1.5	<i>O ativismo em confronto com a democracia e a aproximação ao autoritarismo ...</i>	80
5	ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO SOB A ÓTICA DO EMPRESÁRIO	88
5.1	Da judicialização das relações empresárias – Análise principiológica.....	89
5.2	Do ativismo judicial e o abalo a princípios relevantes ao Direito Empresarial..	97
5.2.1	<i>Violação ao princípio da autonomia da vontade e outros princípios atinentes aos contratos.....</i>	97
5.2.2	<i>Segurança jurídica</i>	101
6	DO AGRAVAMENTO DO RISCO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA – APONTAMENTO DE JULGADOS.....	111
7	CONCLUSÃO.....	128
	REFERÊNCIAS	137

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, o Poder Judiciário tem se mostrado como uma instituição cada vez mais atuante frente à sociedade. Assim, nota-se que a função típica desse poder estatal relacionada à aplicação da norma jurídica tem dado espaço para uma atuação mais proativa por parte dos seus membros como forma de tentar atender ao máximo o interesse dos jurisdicionados. Nesse contexto, verifica-se a ocorrência de dois fenômenos: a judicialização e o ativismo judicial.

Tais fenômenos, aparentemente semelhantes, são de grande repercussão para a sociedade, uma vez que a judicialização representa uma conquista social relacionada ao aumento de mecanismos voltados para maior efetivação de direitos, ao passo que o ativismo judicial, em que pese ter também como objetivo a efetivação de direitos, é traduzido como uma forma de julgar que pode trazer sérios danos à coletividade.

Por outro lado, a atividade empresária também receberá atenção especial neste estudo dada a sua importância para o desenvolvimento da sociedade e pelo fato de que os reflexos decorrentes de tais fenômenos não estão circunscritos apenas no âmbito dos litigantes. Por essa razão, torna-se necessário verificar os impactos sofridos por esse ator social em função do atual papel assumido pelo Poder Judiciário.

Assim, partindo de tais fenômenos e do destaque da empresa, sobretudo na contemporaneidade, o presente estudo visa responder ao seguinte questionamento: as decisões judiciais podem impactar diretamente as relações empresárias e o desenvolvimento da economia do País?

Para tanto, inicialmente será analisada, de forma mais detida, o fenômeno da judicialização. Nesse momento, será apurado o motivo pelo qual o Judiciário ainda é visto como uma, para não dizer a única, instituição apta a pacificar as inúmeras divergências que surgem no âmbito do direito privado.

Por outro lado, o presente estudo buscará demonstrar, ainda, que eventual descrédito atribuído ao Judiciário tem como uma de suas causas o desenvolvimento do fenômeno do ativismo

judicial. Assim, o terceiro capítulo será destinado ao estudo desse fenômeno, sendo destacada a sua diferenciação em relação à judicialização.

Já no quarto capítulo serão analisados os efeitos negativos decorrentes do ativismo judicial, partindo-se da premissa que a judicialização representa uma conquista social ao passo que o ativismo é traduzido como uma forma distorcida do primeiro fenômeno.

Assim, fixada a linha demarcatória entre os dois fenômenos será possível adentrar no questionamento que motivou o presente trabalho, razão pela qual, o quinto capítulo será destinado à análise dos efeitos negativos do ativismo judicial sob a ótica do empresário. Nesse capítulo, será abordada a importância da atividade empresarial para o seio da sociedade, bem como o contorno da judicialização no que diz respeito à atividade econômica.

Nesse momento, será feito o cotejo entre a judicialização e o ativismo judicial quanto à atividade empresarial, para demonstrar o quão nociva é para a empresa, e, conseqüentemente, para a economia nacional, a prática do ativismo judicial e os impactos decorrentes das decisões que ostentam tal característica.

Por fim, o capítulo sexto será destinado à demonstração, por meio de alguns julgados, do alegado impacto negativo suportado pela empresa em decorrência de decisões proativas, marcadas, sobretudo pela técnica jurídica.

Ao final do presente trabalho ficará demonstrado os impactos negativos sofridos não só pelo empresariado nacional, mas também por toda a coletividade, sendo, nessa ocasião, sugeridas algumas medidas a serem observadas pelos julgadores de forma a conciliar o fenômeno da judicialização com a atividade empresarial e a busca pela justiça nas resoluções dos casos concretos.

2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

O fenômeno da judicialização será o ponto de partida deste trabalho, motivo pelo qual, revela-se necessário conhecer seus principais aspectos definidores.

2.1 A compreensão da judicialização

A Baixa Idade Média (sec. XI a XIV) foi marcada pela formação dos Estados Nacionais que, por sua vez, caracterizou pela centralização do poder sob único governante limitado a um determinado território. Esse momento histórico determinou a reorganização dos principais atores sociais da época – nobreza, igreja, império, servos – de forma a compatibilizá-los com o novo cenário que se formava, qual seja, o da sujeição a um monarca representante do Estado.

A partir de então, foi necessário criar um aparato legal e administrativo para que o Estado, representado por um monarca, pudesse exercer seu poder sobre a coletividade de forma autônoma, legítima e livre de embaraços causados pelos demais atores sociais, os quais tiveram que ceder parte de seus poderes em prol desse comando comum.

Para tanto, foi necessário criar um aparato burocrático, no qual prevalecesse a racionalidade, voltado para a organização dessa nova configuração social que ora despontava. Sobre o tema, esclarece Sampaio Júnior:

A organização dos territórios conquistados e a formação de exércitos próprios, a distribuição da justiça e o recolhimento dos impostos, dentre inúmeros outros fatores, contribuíram para a formação de uma burocracia comprometida com os interesses do Estado, e não do governo, e composta por funcionários [...] A estruturação do Estado moderno sobre as bases burocráticas bem reflete a predominância que, na Modernidade, as ações racionais tiveram sobre as ações tradicionais e afetivas. A fundamentação das atividades sociais se deslocou das tradições, dos hábitos, costumes e particularismos locais para a necessidade de consecução do fim almejado, pois “a ação racional tendo em vista um fim [...] é uma ação instrumental voltada para um fim utilitário e que implica a adequação entre fins e meios.” (SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p.17).

Weber traça os parâmetros de uma estrutura burocrática eficiente e legítima, a saber:

A efetividade da autoridade legal descansa na aceitação da validade das seguintes idéias interdependentes:

- 1) Que toda norma legal dada pode ser estabelecida por acordo ou imposição, visando fins utilitários ou valores racionais – ou ambos. A norma estabelecida pretende obediência pelo menos dos membros da organização, mas normalmente, inclui todas as pessoas dentro da esfera da autoridade ou poder em questão – que no caso de associações territoriais é a área territorial – desde que estejam em determinada relação social ou executem formas de ação social que, dentro das ordenações da associação, sejam consideradas importantes.
- 2) Que todo Direito consiste, essencialmente, num sistema integrado de normas abstratas. Ademais, a administração da lei consiste na aplicação dessas normas a casos particulares. O processo administrativo é a busca racional dos interesses – especificados nas ordenações da associação – dentro dos limites estabelecidos pelos preceitos legais e segundo princípios susceptíveis de formulação geral – aprovados pelas ordenações da associação ou pelo menos, não desaprovados por elas.
- 3) Que, assim, a pessoa que representa tipicamente a autoridade ocupa um “cargo”. Na atividade específica de seu status, que inclui a atividade de mando, está subordinada a uma ordem impessoal para a qual se orientam suas ações. [...]
- 4) Que a pessoa que obedece à autoridade o faz, como é usualmente estabelecido, apenas na qualidade de “membro” da associação. O que é obedecido “é a lei”. [...]
- 5) De conformidade com o ponto 3, segue-se que os membros da associação, enquanto obedientes àquele que representa a autoridade, não devem obediência a ele como indivíduo, mas à ordem impessoal. Consequentemente, há um dever de obediência apenas dentro da esfera racionalmente delimitada de autoridade que, em termos de ordem, lhe foi conferida. (WEBER et al., 1966, p.16).

Em função disso, Edmundo Campos, nas páginas introdutórias da obra em análise, afirma que “um dos traços distintivos das modernas sociedades é seu caráter burocrático”. (WEBER *et al.*, 1966, p.9).

Assim, conforme destacado, o Estado Moderno é marcado pela superação das ações tradicionais e afetivas que, em período anterior, permitiam que fatos cotidianos fossem explicados por questões naturais. Assim, por exemplo, a absolvição de um acusado pela prática de um crime poderia ocorrer se esse não se afogasse caso submerso em um reservatório de água. Caso o acusado morresse em decorrência do afogamento, tal fato seria equiparado a uma condenação imposta pelos deuses ao ilícito cometido. Nessa fase, portanto, não havia qualquer racionalidade na condução da vida social, mas sim a predominância de uma fundamentação baseada em fatores sobrenaturais.

Conforme apontado por Bonavides, “o Estado Moderno em verdade significa uma nova representação de poder grandemente distinta daquela que prevaleceu em passado mais remoto ou até mesmo mais próximo, como foi o largo período medieval.” (BONAVIDES, 2004, p.27).

Assim, com a consolidação do Estado Moderno, passa a haver uma predominância da racionalidade e, como consequência disso, o Estado passa a ter mecanismos legais e legítimos

para adentrar na vida do indivíduo, sobretudo em função do fundamento de que a atuação estatal é sempre voltada para o atendimento do interesse comum.

Tal racionalização também foi verificada na ordem jurídica, tendo em vista que a produção jurídica da época também precisou se sujeitar à razão, conforme demonstrado por Weber.

Dividida em etapas teóricas do desenvolvimento, a evolução do Direito e do sistema processual conduz, da revelação carismática do Direito, através de “profetas do Direito”, a uma criação e uma descoberta empíricas do Direito, por notáveis togados [...], daí à outorga do Direito pelo imperium leigo e os poderes teocráticos e, enfim, a uma elaboração sistemática e especializada do Direito com base em uma jurisdição que se desenvolve graças a uma formação literária e formalmente lógica como obra de sábios (ou juristas profissionais). (WEBER apud SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p.17).

Com base nisso, é possível inferir que as normas jurídicas se consolidaram como forma de externar o processo de racionalização das ações sociais. Tal processo, por sua vez, permitiu a inserção do Estado na vida dos indivíduos de forma ostensiva e legítima e o afastamento das fontes divinas como fundamento das decisões sobre as relações sociais.

Em função disso, Sampaio Júnior afirma que o Estado ficou incumbido de produzir e aplicar o Direito, o que acabou por lhe atribuir, por meio da figura do Poder Judiciário, a função de resolver todo e qualquer tipo de demanda, e complementa:

Na modernidade, a tendência ao monósmo jurídico, acabou por atribuir ao Estado a responsabilidade por toda a produção e aplicação do direito. Por conseguinte, houve a dissolução dos instrumentos de controle e pacificação antes existentes nas sociedades tradicionais. Desestruturaram-se os antigos alicerces sobre os quais se assentava a estrutura de poder na sociedade. As figuras dotadas de autoridade, capazes de mediar um conflito e com poder moral para dirimi-lo, foram progressivamente perdendo o respaldo que lhe conferia aquela autoridade. A máxima popular “vá se queixar ao bispo”, que Gilberto Freyre definiu como “o prestígio eclesiástico maior que o civil dentro do qual formou-se o espírito da gente peninsular”, tornou-se ultrapassado. As queixas hoje, são feitas diretamente ao juiz, de acordo com um sistema processual devidamente estruturado. Como consequência, verifica-se a falência da mediação no seio da própria sociedade e a consolidação ao Judiciário como órgão capaz de dirimir controvérsias, até mesmo por ser o único dotado do poder de executar, pela força de suas decisões. (SAMPALIO JÚNIOR, 2009, p. 18).

Assim, a partir da incumbência do Estado em ditar e aplicar o Direito, o que se nota, nos dias atuais, é a supervalorização do Poder Judiciário e o fomento do fenômeno da judicialização. Portanto, a análise do papel do Poder Judiciário na contemporaneidade será o ponto de partida deste estudo. Com efeito, o protagonismo judicial, representado pelo fenômeno da

judicialização passou a assumir uma grande importância, no Brasil e no mundo, tanto no campo das Ciências Políticas como no Direito, uma vez que trata da relação direta entre o Poder Judiciário, a política e a sociedade de um país, havendo, ainda, repercussão direta nas relações empresárias, conforme se pretende demonstrar.

Zauli destaca a relevância do tema para a sociedade hodierna ao traçar a sua característica preponderante:

Nos últimos anos, diante da constatação da expansão dos poderes judiciais nas democracias contemporâneas, tornou-se corrente entre os cientistas políticos o uso da expressão judicialização da política para referir-se à interferência de decisões judiciais e à introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas. (...) Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente uma transformação na direção do processo judicial. (ZAULI, 2011, p. 195).

Completando esse raciocínio, Vianna e outros afirmam que “a política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na constituição” (VIANNA *et al.*, 1999, p.40).

Diante da importância da judicialização, vista pela comunidade acadêmica como um fenômeno, torna-se necessária sua conceitualização. Todavia, vale ressaltar que, em que pese a visibilidade e a existência de vários estudos existentes sobre o tema, não há um consenso técnico acerca do conceito do termo *judicialização*, embora seja possível perceber o ponto de convergência, qual seja o reconhecimento de que a ampliação da fronteira de atuação do Judiciário decorre da transição de sistemas autoritários para sistemas democráticos.

Com efeito, a relação entre a democracia e a judicialização é de fácil compreensão, uma vez que a democracia, nos dizeres de Silva, “não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.” (SILVA, 2010, p.126).

Ao se defrontar com a difícil tarefa de conceituar democracia, Silva demonstra que a

democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a

cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. (SILVA, 2010, p.125).

Segundo Maciel e Koerner (2002), em trabalho realizado sobre os sentidos da judicialização, tal fenômeno diz respeito aos estudos sobre as relações das instituições judiciais com as instituições políticas.

Sobre esse tema, assume grande relevância os estudos realizados por Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder que, por meio da análise da atuação do Poder Judiciário em diversos países, verificaram a expansão e a importância do fenômeno da judicialização no processo decisório das democráticas contemporâneas, conforme destaca Maciel e Koerner (2002).

Para Guimarães, Vallinder entende que a judicialização envolve:

(1) A expansão do campo dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais ou, pelo menos, (2) A propagação dos métodos da tomada de decisão judicial para fora do campo judicial propriamente dito. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente uma transformação na direção do processo judicial. (VALLINDER *apud* GUIMARAES, 2011, p. 13).

Para Tate, ainda de acordo com Guimarães, a judicialização pode ser definida como:

1. O processo pelo qual os tribunais e juízes tendem a dominar cada vez mais a criação de políticas públicas já criadas (ou, acredita-se amplamente, que pelo menos deveriam ser criadas) por outras agências governamentais, especialmente legislativos e executivos, e 2. O processo pelo qual os fóruns de negociação e de tomada de decisão não-judiciais tornam-se dominados por normas e procedimentos quase-judiciais (legalistas). (TATE *apud* GUIMARÃES, 2011, p.13).

Maciel e Koerner, também com base em Tate e Vallinder, entendem que:

Judicializar a política, [...], é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

Com efeito, a partir destes conceitos, formulados a partir de 1995, o estudo acerca da judicialização se tornou mais sólido, razão pela qual é possível verificar a multiplicidade de tratamentos e sentidos dados a esse fenômeno formulado por autores nacionais e estrangeiros.

Vale ressaltar que, em algumas situações, a judicialização passou a ter um sentido distorcido daquele vislumbrando inicialmente. É o caso, por exemplo, de se considerar o fenômeno da judicialização como sendo idêntico ao fenômeno do ativismo judicial, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

Acerca dos vários sentidos dados ao termo judicialização:

Os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Próximo a esse sentido, mas já com caráter normativo, afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via. Refere-se a decisões particulares de tribunais, cujo conteúdo o analista consideraria político, ou referente a decisões privadas dos cidadãos (como questões de família). [...] A expressão recebe um sentido de processo social e político, quando é usada para se referir à expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda aumento do número de processos nos tribunais. A judicialização é tomada como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais. [...] O termo aplica-se não só à ação dos juízes, mas também os profissionais de outras carreiras judiciais (especialmente os membros do Ministério Público), que seriam os responsáveis pela judicialização da política, por utilizar “excessivamente” suas atribuições para levar os conflitos à justiça, ou para resolvê-los extra-judicialmente, tendo a lei e seu *savoir-faire* como referência. [...] No sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política. (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 115).

Finalmente, é importante registrar o conceito de judicialização formulado por Barroso:

A judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2009, p. 3).

Assim, o fenômeno da judicialização pode ser considerado como sendo aquele pelo qual o Poder Judiciário passou a ter a sua fronteira de atuação estendida, o que o alçou à condição de ser a instituição de maior relevância para solucionar os diversos conflitos ocorridos no seio social e efetivar direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, devendo ser ressaltado que

essa atuação encontra legitimidade no corpo jurídico do país, aqui representado por uma constituição democrática.

2.2 A historicidade da judicialização

A origem histórica desse fenômeno também não é um consenso entre os estudiosos, uma vez que a ideia acerca da judicialização encontra-se ainda em construção, razão pela qual são apontados diferentes marcos históricos pelos diversos autores que se debruçaram sobre esse tema.

O Estado Liberal, característico do sec. XIX e do início do sec. XX (até a Primeira Guerra Mundial), consagrou-se pela intervenção mínima do Estado nas relações privadas, sobretudo na ordem econômica. Foi marcado, também, pelo reconhecimento da igualdade dos indivíduos perante a lei, sendo o ordenamento jurídico o freio do poder governamental e ao mesmo tempo garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse contexto de intervenção mínima do Estado nas relações privadas, o Poder Legislativo assume grande importância, uma vez que representa a vontade popular e se torna garantidor da igualdade formal dos cidadãos perante a lei, o que acaba por neutralizar a atuação do Poder Judiciário.

Assim, é importante destacar a relação feita por Ferraz Júnior entre o primado da separação de poderes e a posição assumida do Poder Judiciário no Estado Liberal:

A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica do sistema político, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política no governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito. [...] A neutralização foi acompanhada de uma desvinculação progressiva que iria sofrer o direito de suas bases sociais. Inicialmente, ela significaria neutralização política, para depois exigir distanciamento ético. Assim, com a canalização de todas as projeções normativas com pretensão de validade para o endereço político do Legislativo e o conseqüente tratamento oportunístico dos valores máximos (cresce a força e a importância do positivismo jurídico), a neutralização do judiciário se apoiará na centralização organizada da legislação (só a lei, votada e aprovada pelos representantes do povo, obriga) e reforçará o lugar privilegiado da lei como fonte do direito. Este reforço ocorre não só pela exaltação do princípio da legalidade e a conseqüente proibição da decisão *contra legem*, mas também pelo ato jurisdicional como um processo de subsunção à norma. Ao sublinhar-se a subsunção como o

método de aplicação do direito, neutraliza-se para o juiz o jogo dos interesses concretos na formação legislativa do direito (se esses interesses serão atendidos ou decepcionados não é problema do juiz, que apenas aplica a lei). [...] Acima de tudo, o importante é que a lei seja cumprida. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 14-15).

De acordo com a concepção liberal, o juiz assumiria apenas a função de submeter o fato concreto à norma previamente estabelecida pelos representantes do povo por meio do Poder Legislativo. Todavia, esse cenário sofrerá profunda alteração com o surgimento do Estado Social no período imediato ao fim da Primeira Guerra Mundial. Nesse contexto histórico, o Estado passa assumir uma posição oposta ao período anterior, ou seja, se transformaria em um Estado intervencionista e ativo perante a sociedade.

Deste modo, a partir do momento em que o Estado se torna proativo no que diz respeito às políticas públicas por meio de medidas protecionistas verifica-se uma reestruturação quanto à atuação dos poderes estatais. Neste contexto, o Poder Judiciário assume uma posição de maior relevância, conforme destaca Ferraz Júnior:

O crescimento do estado social ou estado do bem estar social reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar da separação entre o Estado e a sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. [...] Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. Correspondentemente, os Poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal. Os direitos sociais, produto típico do estado do bem estar social, [...], tem um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18).

E foi com base nessas considerações históricas que Santos, Marques e Pedroso remetem a origem da judicialização ao Estado Social, visto que, naquele momento, havia um destaque para a atuação do Poder Judiciário a fim garantir os direitos previstos, em contraposição ao Estado Liberal, época em que o juiz praticamente se limitava a ajustar o caso concreto à norma.

Extrai-se dos referidos autores que:

a juridificação do bem-estar social abriu caminho para novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo e da segurança social, o que, nuns países mais do que noutros, veio a se traduzir no aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão da litigiosidade. [...] O enfoque privilegiado nos efeitos extrajudiciais da decisão em detrimento da correção lógico-formal contribuiu para dar uma maior visibilidade social e mediática aos tribunais, potencializada também pela coletivização da litigiosidade. Na medida em que, ao lado das decisões que afetavam uns poucos indivíduos, passaram a haver decisões que afetavam grupos sociais vulneráveis – fossem eles os trabalhadores, as mulheres, as minorias étnicas, os imigrantes, as crianças em idade escolar, os velhos a necessitar de cuidados ou os doentes pobres a necessitar da atenção médica, os consumidores, os inquilinos –, o desempenho judicial passou a ter uma relevância social e um impacto mediático que naturalmente o tornou num objeto de controvérsia pública e política. (SANTOS; MARQUES, PEDROSO, 1993, p.4-5).

Vale registrar a observação feita por Vianna e outros, os quais demonstram que a ideologia característica do Estado Social serviu de substrato para o fomento da judicialização:

A primazia do Executivo em face do Legislativo seria constitutiva da operação do Estado Social, ao tempo em que faz do direito um dos seus principais recursos de comunicação, pondo sob a ameaça a repartição democrática entre os Poderes. O Estado Social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar de sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. *A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instancia institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.* (VIANNA, et al, 1999, p.20-21).

Por outro lado, Carvalho (2004) vislumbra o aumento da atuação do Poder Judiciário a partir do final do século passado quando a maioria dos países democráticos instituíram os chamados Tribunais Constitucionais como forma de controlar a atuação dos demais poderes e zelar pela sua constituição. Dessa maneira, o Poder Executivo, juntamente com o Poder Legislativo, passou a exercer seu mister, tendo a constituição como um norte a ser seguido sob pena de ter seu ato revisto pelo judiciário. Assim, com base nessa arquitetura institucional, o Poder Judiciário passa a exercer um papel significativo nas decisões políticas do país.

Já na seara econômica, Carvalho demonstra os fatos que ensejaram o desenvolvimento desse fenômeno:

Além disso, há também perspectivas que atrelam a judicialização da política a interesses econômicos globais (por exemplo, SANTOS, 2001, p. 127). Baseado em dados do Banco Mundial, o autor conclui que foi preciso conhecer o fracasso do Estado na África, o colapso das ditaduras na América Latina e o desmantelamento do Leste europeu para concluir-se que sem um enquadramento jurídico sólido, sem um sistema judicial independente e honesto, os riscos de um colapso econômico e social são enormes. “A reforma judicial é um componente essencial do novo modelo

de desenvolvimento e a base para uma boa governação, devendo, por isso, ser a prioridade do Estado não intervencionista. A administração da justiça é essencialmente um serviço prestado pelo Estado à comunidade, de maneira a preservar a paz social e facilitar o desenvolvimento econômico por meio da resolução de conflitos” (*ibidem*). (CARVALHO, 2004, p. 117).

Brandão aponta a origem desse fenômeno como sendo decorrente de um processo ondular, resumindo-o da seguinte maneira:

Vivemos uma era de expansão global do Poder Judiciário. Se durante o século XIX a judicial *review of legislation* era uma peculiaridade norte-americana, no limiar do século XXI nada menos que 158 países contam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional. [...] Além disto, houve notável avanço na tutela internacional dos direitos humanos, com o advento de tratados internacionais e de “Cortes Internacionais”. Este processo se desenvolveu por ondas: a primeira ocorreu após a fundação dos Estados Unidos, com a afirmação da doutrina da judicial *review of legislation* no caso *Marbury v. Madison* (1803); a segunda se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p. ex.: Alemanha e Itália) e com o processo de independência de antigas colônias (i.e., Índia e países africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina) e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (incorporação da Convenção Européia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia). (BRANDÃO, 2013, p. 88).

Vale destacar que, a partir da crise do Estado Social no final da década de setenta e no início dos anos oitenta do século passado, quando o Estado começa a perceber a sua incapacidade, sobretudo de ordem financeira, de atender a todas as demandas sociais, surge, então, uma nova maneira de atuação do Estado perante a sociedade.

Trata-se do Estado neoliberal que, nesse contexto, se caracteriza pela tríade da desformalização, deslegalização e desregulamentação, marcado pelo afastamento do Estado de questões de ordem social e econômica, conforme apontado por Campilongo:

Com a afirmação do Estado social, inúmeras expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas. No Brasil, especialmente ao longo da década de 80, tanto a Constituição de 1988 quanto a legislação infra-constitucional caminharam nessa mesma direção. Ainda que tardiamente, nem bem terminado o trabalho da Assembléia Nacional Constituinte, recrudesciu a discussão sobre a “crise do Estado” e, no seu bojo, o debate sobre a intervenção no domínio econômico, a carga tributária e, em última análise, a viabilidade do sistema compensatório e redistributivo nacional. Desformalização, deslegalização e desregulamentação são algumas das palavras de ordem desse momento de crise do Estado. (CAMPILONGO, 1994, p.124).

Esse momento histórico também é marcado pelo fenômeno da globalização que, em resumo, pode ser considerado como sendo o processo marcado pela integração econômica e social entre os diversos países do mundo e seus respectivos povos. Então, verifica-se uma teia de relações, sobretudo de ordem econômica, que repercutirá, inclusive, na legislação de cada país envolvido, tendo em vista que os atos praticados em um país passam a repercutir em outro.

Em virtude disso, surgiu a necessidade de realizar uma reformulação legislativa de forma que o Estado pudesse se adaptar a essa nova tendência que agora se verificava em âmbito muito maior, visto que vários países passam a assumir esta postura.

Por isso houve também uma reformulação do papel do Judiciário nas relações sociais, conforme ressalta Campilongo:

As práticas do Estado pós-social nada mais fazem do que calibrar, em função da escassez de recursos, as expectativas e pretensões jurídicas. Começam a ganhar corpo, no discurso jurídico, teses como a da “impossibilidade material” de aplicação do direito, da “ineficácia absoluta das decisões”, do “direito suprallegal”. [...] O Judiciário assume um papel absolutamente fundamental nesse momento. A interpretação reflexiva e a ênfase nas fórmulas de auto-regulação social contribuem para a consolidação das crenças pessimistas sobre a irreversibilidade da crise da lei a impossibilidade de garantia judicial à implementação das políticas sociais. A tendência dos sistemas jurídicos contemporâneos é a de criar novas técnicas de garantia da efetividade a sempre novos direitos vitais. Por isso, com propriedade, já se assinalou que “o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo. (CAMPILONGO, 1994, p.125).

Assim, independentemente do fato que remete a origem desse fenômeno e a posição assumida pelo Estado perante a sociedade, o certo é que o Poder Judiciário se coloca como sendo a instituição dotada de competência legal de efetivar os direitos previamente estabelecidos no ordenamento jurídico.

Portanto, é possível perceber que o fenômeno da judicialização se desenvolve a partir da reestruturação do Estado quando surgem novos atores sociais com suas novas demandas e que encontraram, no Judiciário, um terreno fértil para a defesa e efetivação de seus direitos.

2.3 As causas da judicialização

O processo de judicialização foi e vem sendo construído em intensidades variáveis e de acordo com o contexto histórico-social de cada nação.

Tate e Vallinder, citados por Guimarães (2011), afirmam que o fenômeno da judicialização não é restrito aos países do ocidente, uma vez que tal fenômeno se revela como sendo uma das fortes tendências governamentais na transição do sec. XX para o sec XXI.

Assim, é possível vislumbrar inúmeras causas da judicialização, sendo algumas delas comuns a vários países, sendo outras típicas de cada nação, conforme demonstrado por Guimarães:

Tate e Vallinder, além de proporem os aludidos conceitos, procuraram apontar algumas condições que facilitavam a expansão do poder judicial em vários países, a saber:

1. Sistema político democrático;
2. Existência de um ordenamento institucional baseado na separação de Poderes;
3. Existência de uma Carta de direitos;
4. Recurso ao Judiciário por grupos de interesse;
5. Recurso ao Judiciário pela oposição;
6. Inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas;
7. Percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais;
8. Algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais (TATE, 1995, p. 28-33, tradução nossa). (GUIMARAES, 2011, p. 13).

Apresentadas as causas gerais desse fenômeno, que devem ser consideradas de forma cumulativas, é preciso levar em consideração que a judicialização não pode ser traduzida em uma ciência exata, razão pela qual, cada país apresentará sua motivação e as causas fomentadoras do fenômeno.

Todavia, com base nas premissas levantadas por Tate e Vallinder, é possível perceber que a judicialização é um fenômeno presente em grande parte do mundo e tem suas bases fundadas em um sistema democrático, o que, em última análise, representaria uma conquista social.

2.3.1 Democracia

Inicialmente, nota-se que o processo democrático é de grande importância para a ocorrência do fenômeno da judicialização, tendo em vista que os estudos realizados sobre o tema não vislumbraram casos e ambientes propícios para o seu desenvolvimento em sede de governos autoritários.

Isso se explica a partir do fato de que a judicialização tem como premissa básica o poder de revisão dos atos políticos pelo Judiciário em função da expansão da sua atuação autorizada pelo próprio sistema. Assim, apenas em um sistema democrático se defere tal autorização e se garante ao Judiciário uma atuação livre e autônoma. Com efeito, a democratização traz consigo um alto índice de desenvolvimento da sociedade, em virtude da expansão e do reconhecimento de direitos até então inexistentes.

Outro fator que coloca a democracia como um importante substrato para a judicialização diz respeito ao fato de garantir aos membros da magistratura uma atuação independente e protegida pela constituição do país, uma vez que estariam livres de qualquer perseguição por parte do governo em caso de tomada de decisão contrária aos seus interesses.

Guimarães (2011), citando o estudo realizado por Roberto Alan Dahl, elenca as razões pelas quais um sistema democrático se revela propício para o fomento da judicialização:

Algumas vantagens da democracia foram magistralmente expostas pelo professor emérito de ciência política da Universidade Yale, Robert Alan Dahl, cabendo apenas enumerá-las: a) ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos; b) garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que outros sistemas não-democráticos não proporcionam; c) assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; d) ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; e) promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; f) promove um grau relativamente alto de igualdade política; g) apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercerem a liberdade de autodeterminação; h) somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; i) os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos; j) as modernas democracias não lutam umas contra as outras. (GUIMARAES, 2011, p. 18).

Guimarães (2011) conclui que, em função dessas vantagens oferecidas pela democracia, o Poder Judiciário passa então a assumir um papel de destaque por lhe caber zelar pelos direitos fundamentais e pela atuação dos demais poderes em observância aos comandos constitucionais. Ademais, Luiz Werneck Vianna e outros, analisando o caso brasileiro, ressaltam o fato de que o Judiciário, em um determinado momento histórico, já assumiu um papel periférico e, de certa forma, inacessível aos cidadãos. A partir desse processo, o Judiciário passa a assumir a condição de “instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social” (VIANNA *et al*, 1999, p. 9).

Com base nisso, verifica-se que, no Brasil, somente a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, este fenômeno encontrou terreno fértil para o seu desenvolvimento, tendo em vista que a democracia restou restabelecida a partir de então, o que permitiu que o Judiciário passasse a assumir uma nova postura na sociedade.

2.3.2 *Da separação de poderes*

O modelo tripartite da separação de poderes começou a ser vislumbrado desde os tempos mais remotos, mas a sua consagração se deu efetivamente a partir da obra “O Espírito das Leis” de autoria de Barão de Montesquieu (Charles Louis de Sécondat, 1689-1755), a saber:

é nítido na doutrina um consenso em atribuir a Montesquieu a consagração da tripartição de poderes com as devidas repartições de atribuições no modelo mais aceito atualmente por todos, em sua obra “O Espírito das Leis”, com a inclusão do poder judiciário entre os poderes fundamentais do Estado. Haja vista, podemos até mesmo dividir a história desta teoria entre antes e depois de Montesquieu, tamanha foi a contribuição que este deixou, numa verdadeira obra de arte de legislação, própria daqueles que se predispõe sem reservas a defender os seus ideais. (COUCEIRO, 2011).

Segundo essa teoria, cada poder estatal assume uma função típica a ser exercida de forma independente e harmônica de forma que um poder não sobressaia em relação ao outro, conforme demonstrado . Sobre tais funções dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário:

A *função legislativa* consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras na ordem jurídica, denominadas *leis*. A *função executiva* resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em *função de governo*, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A *função jurisdicional* tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesses. (SILVA, 2010, p. 108).

Desse modo, a teoria consolidada por Montesquieu serviu de substrato para a democracia de diversos países, constituindo ainda elemento de suma importância para o fenômeno da judicialização da política.

No Brasil, a separação de poderes foi consolidada no art. 2º da Constituição da República de 1988 como um princípio fundamental da República Brasileira. De acordo com o texto constitucional, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuem as suas atribuições

típicas, constitucionalmente delimitadas entre os art. 44 a 126, bem como funções atípicas também reconhecidas pela constituição pátria. A título de exemplo, podem ser citados, como funções atípicas, a edição de medidas provisórias por parte do Executivo (art. 62 da CF), bem como a atuação do Legislativo, a cargo do Senado Federal, no julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade. (art.86, *caput*). (BRASIL, 2013, p. 72;79).

Até o advento da Constituição da República de 1988, o Brasil vivia sob a égide de um governo autoritário e a assimetria entre os poderes era algo de fácil percepção. Em função disso, notava-se um aumento significativo das atribuições do Poder Executivo em contraposição à redução do espectro de atuação do Legislativo e do Judiciário. Até então, não havia uma independência real dos Poderes, uma vez que o ambiente autoritário não autorizava tal fato; ao contrário, todas as regulamentações e decisões deveriam passar pelo crivo do Executivo (representante do governo).

Já no cenário democrático, a separação de poderes encontra terreno fértil, tendo em vista que as atribuições de cada Poder estão devidamente delimitadas na constituição de cada país. Todavia, a simples previsão de separação de poderes não é suficiente para fomentar o fenômeno da judicialização, sendo necessário haver condições de se aplicar o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*).

É importante perceber então que o sistema de freios e contrapesos se faz necessário para a manutenção do sistema, visto que, a despeito de vigorar o preceito da harmonia entre os poderes, é certo que a atuação dos mesmos não pode se dar de forma absoluta e intangível, sendo necessário coexistir uma interferência por parte dos demais poderes como forma de restabelecer o equilíbrio eventualmente atingido:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visa, ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2010, p. 110).

Por essa vertente de pensamento, pode-se demonstrar a aplicabilidade do sistema de freios e contrapesos na realidade brasileira, no que diz respeito à separação de poderes, a partir do

momento em que a Constituição da República de 1988 defere ao Judiciário a competência para julgar a constitucionalidade de uma lei e para afastá-la em caso de incompatibilidade com a carta política brasileira.

Nota-se que por esse motivo, a judicialização encontra guarida, tendo em vista que o Judiciário assume uma posição de guardião da constituição e de garantidor de direitos previstos formalmente; não sendo admitido, contudo, uma atuação desmedida de qualquer um desses Poderes, a qual seja capaz de ameaçar o sistema democrático no qual está inserido.

Neste sentido:

A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organiza 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 instancias 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. (BARROSO, 2009, p. 11).

Nesse sentido, Gisele Cittadino, no artigo intitulado “Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”, presente na obra de organizada por Vianna, esclarece que:

A ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não pode, no entanto, representar qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países. De qualquer modo, se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, “essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular. (VIANNA, 2003, p.17).

Assim, ainda que se note certa assimetria entre os poderes ou mesmo um desvirtuamento das suas funções (exemplo: edição excessiva de medidas provisórias por parte do Executivo ou a verificação de uma postura ativista por parte do Judiciário), não há como negar que a ordem democrática brasileira foi reestruturada e, com base no princípio fundamental da separação de poderes, idealizada por Montesquieu, é possível garantir a existência de instrumentos legais

para a preservação desse princípio, como, por exemplo, a previsão de regras que traduzem a aplicação do sistema dos freios e contrapesos, conforme acima demonstrado.

Assim, a judicialização encontra fundamento e legitimidade no primado da separação de poderes, inclusive no caso brasileiro.

2.3.3 *Existência de uma carta de direitos*

O estabelecimento de um processo democrático juntamente com a consolidação de uma carta de direitos, no qual ficam estabelecidos direitos e deveres, permitem o acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário que, com base em suas funções legitimamente instituídas, garantem e zelam pela efetividade desses direitos.

Registra-se que tais direitos não precisam estar consolidados em um documento formal para que ocorra o fenômeno da judicialização, bastando, apenas, que haja o seu reconhecimento pela ordem jurídica.

A Constituição da República de 1988 reinsereu o Brasil no conjunto das nações democráticas, o que permitiu, em momento posterior, o fomento do processo de judicialização:

a Carta de 1988 expurgou os elementos autoritários presentes naquela tradição, afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente. Por outro lado, não só conservou como ampliou consideravelmente a presença da representação funcional, recriando o Ministério Público, a quem incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; consagrou o instituto das Ações Cíveis Públicas e o tema do acesso à Justiça; e sobretudo admitiu a sociedade civil organizada na comunidade dos intérpretes da Constituição. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 42).

Ademais, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, concedeu uma atenção especial aos chamados direitos fundamentais, uma vez que definiu extenso rol de direitos com o claro intuito de atender e reconhecer demandas anteriores, bem como proteger o cidadão contra arbitrariedades do poder público. Tais direitos fundamentais são manifestados por intermédio do reconhecimento de liberdades, direitos sociais, individuais, coletivos, políticos, etc. Tais direitos, por força do art. 60, §4, IV, não podem ser suprimidos nem mesmo por meio de emenda constitucional, o que lhes garante uma estabilidade no sistema brasileiro.

Agregada à existência de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, Guimarães, mostra que a consagração de um sistema de controle de constitucionalidade também assume papel relevante no processo de judicialização:

A existência de uma carta de direitos como fator de judicialização da política deve ser compreendida também em virtude da presença ou não e do tipo de controle de constitucionalidade adotado, afinal não basta apenas garantir certos direitos, é preciso analisar se os demais textos normativos estão em consonância com a constituição. Pode-se considerar o reconhecimento de inconstitucionalidade de determinado ato normativo uma das manifestações da judicialização da política, pois o Poder que editou o ato impugnado ficará privado de utilizá-lo. (GUIMARÃES, 2011, p.19).

Sobre o papel do controle de constitucionalidade no processo de judicialização brasileiro:

No Brasil, o legislador constituinte confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante a provocação da chamada comunidade de interpretes da Constituição. E tal importante inovação não pode ser creditada, quer a uma expressão de vontade da sociedade civil organizada, antes bem mais do que agora, alheia às possibilidades democráticas da intervenção do Judiciário na arena política, quer a uma proposta amadurecida no interior do Poder Judiciário. Contudo, apesar de as ações diretas de inconstitucionalidade (Adins) terem caído como um raio em dia de céu azul no cenário institucional brasileiro, desde logo elas foram reconhecidas como um instrumento de significativa importância, não só para a defesa de direitos da cidadania, com também para a racionalização da administração pública. (VIANNA, *et al*, 1999, p.47).

Com efeito, no Brasil, tais elementos fomentadores da judicialização da política são facilmente perceptíveis dada a existência de uma carta constitucional com a previsão de Direitos Fundamentais, dentre outras conquistas, e a previsão de um sistema de constitucionalidade encarregado de permitir a confrontação das normas com a constituição brasileira.

Portanto, com base na consagração de direitos pelo ordenamento jurídico agregado a um sistema de confrontação da norma com a constituição do país, o Judiciário passa a assumir um papel ativo e zeloso quanto a tais direitos consagrados democraticamente, de forma que os mesmos não se tornem meras palavras desprovidas de conteúdo.

2.3.4 Recurso ao Judiciário por grupos de interesses e por grupos de oposição

Por grupos de interesses, entende-se aqueles que detêm legitimidade constitucional para requerer perante o Judiciário a efetivação de direitos devidamente reconhecidos pelo processo democrático ou mesmo para atuar nesses tipos de processos simplesmente como interessados.

Sobre os grupos de interesse:

De fato, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos direitos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e lutas das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse, do que obra de devoção de atores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais na realização de seus objetivos (idem, p.30). Seguindo o raciocínio acima, para que se verifique um ambiente propício à judicialização é provável que os grupos de interesses tenham uma boa parcela de participação nas ações judiciais. [...] Os números mostram uma participação efetiva dos grupos de interesse na utilização das Adins como instrumento de defesa de seus interesses. Estes ocupam o segundo lugar na propositura geral das Adins, só perdendo para os governadores dos estados. (CARVALHO, 2004, p.118).

Segundo o modelo brasileiro, os grupos de interesses seriam os legitimados para propor as ações de constitucionalidade nos termos do art. 103 da Constituição da República de 1988¹ e atuar na condição de *amicus curiae*:

No Brasil, os grupos de interesses podem propor suas pretensões em juízo, bem como habilitarem-se para atuar em determinados processos em curso nos tribunais na condição de *amicus curiae* (lê-se *amicus curi*), termo latino que significa "amigo da corte". Pode ser uma pessoa, entidade ou órgão, com profundo interesse em uma questão jurídica, na qual se envolve como terceiro (não litigante), movido por interesse maior que o das partes envolvidas no processo. [...] Além da atuação direta dos grupos de interesses, bem como participação na condição de *amicus curiae*, o direito pátrio (Lei nº 9.868/99, art. 9º e 20) admite a realização de audiências públicas a fim de colher manifestações de outros grupos de interesses. (GUIMARÃES, 2011, p.20-21).

Ademais, há que se ressaltar que o recurso aos tribunais por parte da oposição também se revela como sendo uma das causas da judicialização.

¹ Nos termos do art. 103 da Constituição da República de 1988: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I. o Presidente da República; II. a Mesa do Senado Federal; III. a Mesa da Câmara dos Deputados; IV. a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V. o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI. o Procurador-Geral da República; VII. o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII. partido político com representação no Congresso Nacional; IX confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional." (BRASIL, 2013, p.88)

Trata-se da hipótese de os partidos políticos opositores ou dos que representem uma minoria recorrerem ao Judiciário com o intuito de inviabilizar projetos apresentados pela parte contrária.

No Brasil, conforme noticia Carvalho (2004), tal recurso é muito utilizado, razão pela qual os partidos políticos ocupam lugar de destaque no *racking* das entidades impetrantes de ação direitas de inconstitucionalidade sendo tais ações tidas como mecanismos de contestação de políticas públicas.

Em síntese:

Dentre os grupos de interesse que alimentam o processo de judicialização, buscando respaldo ou impedimento jurídico para as questões que lhes interessam, merece destaque o papel que vem desempenhando os partidos políticos de oposição na utilização dos tribunais para obstacularizar ou impedir mudanças viabilizadas pela base governamentista. Pesquisas recentes sobre a utilização dos tribunais por partidos políticos (VIANNA, et. al..1999), (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007), (CARVALHO, 2004) apontam para o fato de os tribunais se afirmarem como uma via complementar de disputa política e de exercício da oposição, mais utilizada pelos partidos tidos como esquerda, mas igualmente mobilizada pelo centro e pela direita (VIANNA; BURGOS; SALLES, p.69). (OLIVEIRA, 2011, p. 83).

Vale ressaltar que tais recursos, quando disponíveis no ordenamento jurídico, não apresentam nenhum traço de ilegalidade, mas, a depender da forma como são manejados, podem demonstrar que “certos políticos se servem então da justiça pra enfraquecer seus adversários”(GARAPON, 2001, p. 33).

2.3.5 Inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas

Carvalho (2004) explica essa condição como sendo a situação em que as instituições não conseguem atender às demandas sociais, seja por não envolver interesses suficientes, seja por apresentar um alto custo. Assim, o Poder Judiciário surge como um efetivador de políticas, uma vez que ao ser provocado não pode deixar de atuar e, em função disso, acabam por imiscuir-se em debates que originariamente seriam reservados para a política.

Nesse sentido, destaca Campilongo:

O aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos atores no jogo de interesses jurídicos vão desencadear a perda de legitimidade das instituições tradicionais e a articulação de novos canais de consenso social. É exatamente num contexto marcado por essa mobilidade institucional e em resposta a essas exigências que emergem os movimentos de juízes questionadores da eficácia do modelo-liberal. Na Europa, fenômenos muito parecidos ocorreram na França e na Itália pós-1968, em Portugal e Espanha pós-redemocratização. Entre nós, de forma lenta e gradual, a magistratura começa a sentir os efeitos desse processo de rediscussão de suas funções a partir da década de 80 e, com mais intensidade, após a promulgação da Constituição de 1988 (CAMPILONGO, 1994, p. 117).

Essa condição também está relacionada com a atuação dos partidos opositores perante o Judiciário, conforme indicado por Guimarães:

Este tema é conexo ao anterior, pois se a oposição conseguir redefinir uma disputa legislativa como disputa de direitos poderá deslocar este conflito para arena na qual o direito das minorias é reconhecido (e muitas vezes, acolhido): o Poder Judiciário. Outro fator importante é a inoperância/fraqueza dos partidos políticos, bem como a ausência de coalizões de governo estáveis e efetivas. (GUIMARAES, 2011, p.22).

No Brasil, tal situação pode ser exemplificada por uma situação de notório conhecimento referente ao fornecimento de medicamentos pelo Estado ao cidadão. Com efeito, o direito à saúde está consagrado no art. 196 da Constituição da República de 1988, sendo atribuído ao Estado o dever de zelar e garantir esse direito constitucionalmente previsto. Em função disso, o Estado seleciona determinados medicamentos que serão fornecidos, em decorrência do dever constitucional, à população, levando-se em consideração a relação custo x eficiência. Todavia, dado o alto custo referente ao fornecimento de determinados medicamentos a toda a população, o que se verifica nos dias atuais, é a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a sua obtenção diante de uma recusa administrativa, na maioria das vezes injustificada.

Com efeito, a medicação existe e deve ser fornecida por determinação constitucional como forma de garantir o direito à saúde. A partir do momento que o Estado nega administrativamente o fornecimento, mas cumpre uma decisão judicial neste sentido, fica clara a delegação ao Judiciário da efetivação de políticas públicas, inicialmente, de competência do Poder Executivo.

Mais uma vez, o Judiciário revela seu papel garantidor de direitos constitucionalmente previstos e inobservados na esfera administrativa.

2.3.6 Percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais

As percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais também pode ser alçada à condição de causa da judicialização, uma vez que decorre da percepção da população de que, diante da omissão da administração pública, seus direitos só serão efetivados por meio de um pronunciamento judicial.

Dessa forma, o Judiciário passa a ser visto pela sociedade como sendo a instituição capaz de solucionar todo e qualquer litígio, e a figura do magistrado se fortalece em detrimento da figura dos administradores, visto que a sua atuação é livre e independente e, uma vez provocado, não pode se furtar do seu ofício.

Nessa vertente, Vianna e outros discorrem sobre a valorização do Judiciário em detrimento às demais instituições:

As sociedades democráticas – entendidas por Garapon, em sentido rigorosamente toquevilleano, como aquelas que “sediam a igualdade de condições em seu coração” – conheceriam um movimento total, absoluto, universal de migração do lugar simbólico da democracia para o da Justiça:” em um sistema providencial, o Estado é todo-poderoso, podendo a tudo satisfazer, remediar, atender. Daí que, diante de sua decadência, as esperanças nele depositadas se transfiram para a Justiça, Doravante é nela, e, via de consequência, fora do Estado, que se encaminha a realização da ação política. O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público.” (VIANNA *et al*, 1999, p. 25).

Para que seja alcançado o tão almejado senso de justiça, muitas vezes, o magistrado deverá atuar contra a vontade da maioria política que se mantém omissa no que diz respeito à efetivação do processo legislativo.

Nesse sentido, Barroso:

Os juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos 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 (BARROSO, 2009, p. 11).

Portanto, em que pese haver uma insegurança inicial quanto aos resultados de uma provável demanda judicial, esse caminho, ainda assim, revela-se como o mais procurado pelo cidadão brasileiro dada a desconfiança gerada pela omissão das instituições estatais. Todavia, conforme será demonstrado, a atuação do magistrado deve observar a vontade popular representada na constituição e nas leis e não se restringir à vontade de uma das partes litigantes.

2.3.7 Delegação parcial de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais.

A delegação de poderes em favor das instituições judiciais é feita pela própria Administração ao Poder Judiciário, conforme elucidada Guimarães:

Quando o custo político é muito alto, isto é, capaz de comprometer a carreira política, em virtude da complexidade das questões, as instituições políticas preferem delegá-las ao Poder Judiciário. Tate (1995, p. 32) elenca algumas questões que os políticos norte-americanos preferem delegar ao Judiciário: aborto, aumento da carga tributária, realocação de recursos em benefício do sistema prisional (GUIMARAES, 2011, p.23).

No Brasil, temas polêmicos, como, por exemplo, a pesquisa com a utilização de células tronco embrionárias², são recorrentemente discutidas na esfera judicial. Isso demonstra, de forma incontroversa, a delegação dessas decisões para o Judiciário, as quais, inicialmente, caberiam ao Executivo ou mesmo ao Legislativo e reforça a conseqüente valorização desse Poder frente à população.

Assim, todo o processo de judicialização no Brasil, analisado com base nas condições exemplificativas apontadas por Tate e Vallinder, pode ser resumido da seguinte forma:

A Constituição de 1988 teria sido marcada pela ação de juristas adeptos dessa linha de pensamento e teria incorporado os seus conceitos fundamentais, deslocando a cultura jurídica predominante até então, marcada pelo positivismo de caráter privatista. Disso resulta a ampliação da concepção dos direitos fundamentais, não mais considerados normas programáticas que dependem da vontade do legislador, mas afirmações de princípios que constituem programas de ação, objetivos que implicam o dever de ação do Estado. A efetivação dos direitos fundamentais seria obra do círculo de intérpretes na esfera judicial construída por meio de instrumentos processuais - procedimentais. Nessa perspectiva, a judicialização da política seria o “processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo

² As pesquisas com a utilização de células tronco foram liberadas pelo Supremo Tribunal Federal em sessão realizada em 29/05/2008 no bojo da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 3510.

processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição” (p.39). Tal fenômeno expressaria, portanto, o processo, resultante da transformação constitucional e seu efeito (a expansão do âmbito de atuação do Judiciário), o qual não seria contrário à política democrática, mas estaria em consonância com ela. (MACIEL; KOERNER, 2002, p.124).

Assim já sintetizou por Oliveira:

As variáveis que desencadearam a ampliação da ação judicial são, em grande média, compartilhadas pelos países que desenvolveram o processo de judicialização. (VIANNA et.al.,1999). É nesse sentido que a ampliação da ação judicial no Brasil está diretamente ligada a institucionalização da democracia, a afirmação do princípio da separação dos poderes com o conseqüente reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público, a consolidação de uma ordem constitucional democrática, responsável pela normatização de direitos, especialmente os de natureza coletiva e difusa (CITTADINO, 2004, p. 106), e, por ultimo, pela fragilidade dos partidos ou das coalizações governamentais, ou inefetividade das instituições majoritárias, em corresponderem às expectativas sociais, levando os diferentes grupos a buscarem a efetividade de seus interesses (sic) nos tribunais. (CARVALHO, 2004, p. 82). (OLIVEIRA, 2011, p.82)

Com o advento da Constituição da República de 1988 o fenômeno da judicialização passou a ter um terreno fértil para se desenvolver, uma vez que por meio dessa constituição houve uma significativa extensão do rol dos direitos fundamentais, bem como a reafirmação do princípio da separação dos poderes e a garantia de acesso ao Judiciário que materializa as demais condições levantadas por Tate e Vallinder.

É o que conclui Ernani Rodrigues de Carvalho:

O mapeamento das condições políticas em torno do fenômeno da expansão do poder judicial permite dizer que quase todas as condições estão presentes no caso brasileiro, embora, algumas condições, apesar de formalmente estabelecidas, não se tenham mostrado realidades factíveis. (CARVALHO, 2004, p. 120-121).

Portanto, ao se debruçar sobre cada uma das causas apresentadas por Tate e Vallinder e reportá-las ao caso brasileiro, é possível verificar que algumas delas estão mais estabelecidas que as outras, mas, de toda forma, todas se fazem presentes, ainda que de forma incipiente.

Assim, o fenômeno da judicialização, analisada nessa perspectiva, deve ser encarado como uma conquista dos países democráticos, a partir do momento em que o Poder Judiciário adentra em questões políticas para efetivar direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Essas causas permitiram uma expansão da atividade do Poder Judiciário, visto que o próprio sistema constitucional passou a admitir uma maior atividade interpretativa das normas legais. Isso permitiu que o Judiciário também passasse a exercer uma grande influência em questões notoriamente de ordem política. Dessa forma, o Judiciário deixa de ser um mero aplicador da letra fria da lei, atuação típica dos modelos legalistas rígidos, para assumir uma postura proativa perante a sociedade.

Em contrapartida, o que deve ser repellido é a ideia de que Judiciário deve se colocar em uma posição marcada pelo ativismo e criatividade no que diz respeito às políticas públicas e às normas legais, uma vez que essa postura, excessivamente proativa, levará ao desvirtuamento de suas funções capaz de, em última análise, comprometer o processo democrático que foi a base para a ampliação de sua atuação:

De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a “substituição” de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. (VIANNA, *et al.*, 1999, p. 43).

Portanto, é preciso se ater ao fato de que, a par da judicialização ser considerada como uma conquista da sociedade, urge ressaltar que a crescente intervenção do Judiciário em terrenos até então fora do seu âmbito de competência, pode abalar a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, no qual, ele está inserido

3 DA JUDICIALIZAÇÃO AO ATIVISMO

A prática jurídica tem revelado que o fenômeno da judicialização, visto aqui como uma conquista do cidadão, vem sofrendo algumas distorções em um cenário caracterizado pelo ativismo judicial. Tal distorção mostra-se capaz de comprometer a estrutura democrática do Estado, conforme será demonstrado ao longo do trabalho. Para tanto, é preciso conhecer os contornos do chamado fenômeno do ativismo judicial.

3.1 Da delimitação do conceito de ativismo judicial

O Poder Judiciário sempre exerceu um papel de destaque no seio social, seja por meio de uma atuação técnica e adequada ao ordenamento jurídico pátrio, seja por meio de uma atuação polêmica, muitas vezes marcada pelo casuísmo e pela subjetividade do julgador:

Ao longo do nosso século, os tribunais sempre foram, de tempos a tempos, polêmicos e objeto de aceso escrutínio público. Basta recordar os tribunais da República de Weimar logo depois da revolução alemã (1918) e os seus critérios duplos na punição da violência política da extrema direita e da extrema esquerda; o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e o modo como tentou anular a legislação do New Deal de Roosevelt no início dos anos 30; os tribunais italianos de finais da década de 60 e da década de 70 que, através do “uso alternativo do direito”, procuraram reforçar a garantia jurisdicional dos direitos sociais; o Supremo Tribunal do Chile e o modo como tentou impedir o processo de nacionalizações levado a cabo por Allende no princípio da década de 70. Contudo, esses momentos de notoriedade se distinguem do protagonismo dos tempos mais recentes em dois aspectos importantes. Em primeiro lugar, em quase todas as situações do passado os tribunais se destacaram pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, econômica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população. Em segundo lugar, tais intervenções notórias foram, em geral, esporádicas, em resposta a acontecimentos políticos excepcionais, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada. Em contraste, o protagonismo dos tribunais nos tempos mais recentes, sem favorecer necessariamente agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, tal como elas se apresentam no campo político, parece assentar num entendimento mais amplo e mais profundo do controle da legalidade, que inclui, por vezes, a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, ainda que a notoriedade pública ocorra em casos que constituem uma fração infinitesimal do trabalho judiciário é suficientemente recorrente para não parecer excepcional e para, pelo contrário, parecer corresponder a um novo padrão do intervencionismo judiciário (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1999, p.1-2).

Conforme já visto, o atendimento, por parte dos Tribunais, ao clamor social permitiu o desenvolvimento do fenômeno da judicialização nos países democráticos, uma vez que o Judiciário, por meio de uma atuação livre e independente, passa a ser detentor de instrumentos

e mecanismos que possibilitam a efetivação de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, a ampliação da fronteira de atuação do Judiciário, que encontra legitimidade no próprio ordenamento jurídico, tem sido manejada, em alguns momentos, de forma distorcida³, haja vista a visível assunção, por parte dos tribunais, de atribuições políticas que não se encontram no seu âmbito de competência originária.

Dieter Grim relaciona a legitimidade do Judiciário, nesse processo de judicialização, ao respeito à vontade política que motivou o processo, conforme apontado por Vianna, Burgos e Salles:

Para que o judiciário, [observa esse importante e experimentado autor,] estenda seu poder a domínios antes reservados a outras forças, é preciso que ele tenha sido instituído como tal e dotado de competências que lhe permitam solucionar conflitos políticos e sociais. A decisão que emprestou autoridade ao judiciário a fim de dirimir tais conflitos não foi, na origem, tomada pelo juiz, mas pelo político. Sem a vontade do político de delegar ao juiz a sua resolução, o ativismo judiciário se encontraria privado de fundamento institucional. Com efeito, [conclui seu argumento Grimm,] constata-se, ao longo do século XX, como resultado de decisões políticas, uma regular expansão de poderes concedidos aos juízes (apud Batinder e Breyer, 20013, p. 24). (GRIM apud VIANNA, BURGOS E SALLES, 2007, p. 41).

Contudo, não é esse o cenário que se apresenta nos dias atuais. Cada vez mais, a judicialização tem cedido lugar a uma postura paternalista por parte do Estado, sendo destacado, no presente trabalho, o ativismo judicial tão característico dos dias atuais, sobretudo nos tribunais brasileiros.

O conceito acerca do fenômeno do ativismo judicial não se apresenta de maneira uniforme na doutrina, uma vez que se trata de um fenômeno complexo e que admite interpretações diversas, que podem aproximá-lo da ideia de judicialização ou mesmo afastá-lo.

Em linhas gerais, o ativismo judicial pode ser conceituado como sendo a atuação do magistrado pautado em método próprio e deliberado de interpretação e aplicação dos atos normativos ao caso concreto, com o intuito de se alcançar a justiça naquela hipótese.

³ O fenômeno do ativismo judicial será abordado neste trabalho de maneira crítica, sendo revelado seu viés negativo à sociedade, sobretudo, no que diz respeito à atividade empresária. Todavia, há que se registrar que o ativismo judicial não é rechaçado por toda a comunidade jurídica; conforme será demonstrado no capítulo seguinte, é possível encontrar opiniões que defendem esse movimento.

Para Ramos o ativismo é:

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há [...] uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legislação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. (RAMOS, 2010, p. 129).

Nascimento, em reforço à ideia de que o ativismo se manifesta em uma atuação legiferante do magistrado, pondera que, em muitos casos, essa atuação encontra guarida no próprio Poder Legislativo:

Na ordem jurídica atual, observar-se também a dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no avanço de algumas esferas sobre as outras e na prática de atividades originariamente de um Poder pelo outro. Não se vê mais a divisão de tarefas bem definida por Montesquieu na separação dos Três Poderes. Verifica-se a expansão do Poder Judiciário na esfera política, sobretudo diante da função criativa e legislativa do juiz. [...] Mais do que interpretar as normas para aplicá-la ao caso concreto que lhe é posto para análise e resolução, o juiz, apoiado no ativismo jurídico, tem sido um verdadeiro legislador, extrapolando sua função de intérprete – aplicador das leis. Exerce um papel de criador do direito, assumindo a função legislativa. Essa função criativa, por vezes, é decorrência da delegação do próprio Legislativo ao Judiciário por diversas razões, entre as quais destacamos a existência de leis vagas e ambíguas, a inclusão de expressões com conceitos indeterminados ou imprecisos e a ausência de normas específicas para cada caso. (NASCIMENTO, 2008, p.23).

O ativismo judicial, portanto, decorre de um desvio de competência na atuação do Judiciário, ou seja, uma desnaturação da sua atividade típica motivada pelo alcance da justiça no caso concreto, devendo ser ressaltado que essa atuação proativa e ampliativa pode ser adotada por qualquer membro do Poder Judiciário e não necessariamente por um Tribunal Superior, e não é privativo do cenário o jurisdicional brasileiro, mas sim de várias nações:

Em diferentes partes do mundo, em épocas diferentes, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. (BARROSO, 2009, p. 1).

No que diz respeito à sua origem⁴, a referida expressão se tornou notória nos Estados Unidos da América em meados do século XX:

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 x 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 seu intervencionismo estatal (West Coast x 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 x Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda x Arizona, 1966) e mulheres (Richardson x Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold x Connecticut, 1965) e da interrupção da gestão (Roe x Wade, 1975). (BARROSO, 2009, p.5).

Por fim, é importante destacar que, embora não haja um conceito único acerca do tema em apreço, há características marcantes que identificam um magistrado adepto ao ativismo:

A professora de Ciência Política da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Thamy Pogrebinski, aponta que são muitas as definições de ativismo judicial, entretanto há aspectos jurídicos e sociopolíticos que identificam o magistrado ativista, a saber, a utilização de suas decisões para rever (e contestar) posturas dos demais poderes do Estado, bem como promover políticas públicas, além de não considerar os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade. Todavia a ilustre professora ressalta: Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, neste artigo, um ativista. [...] o ativismo judicial implica tomada de posição política; o juiz ativista define-se como um agente político. (POGREBINSKI, 2000, p. 2). (GUIMARAES, 2011, p. 28).

Assim, com base nas ideias acima levantadas, é possível perceber que tanto a judicialização como o ativismo judicial relacionam-se à ampliação da fronteira do Poder Judiciário no bojo das nações democráticas. Porém, tais fenômenos apresentam traços distintivos bastante marcantes, sobretudo no que diz respeito às possíveis consequências advindas de cada um destes fenômenos.

⁴ A origem do ativismo judicial é pouco explorada pelos pesquisadores, tendo em vista que, em muitos casos, esse tema é tratado como sinônimo ao da judicialização, o que faz com que seus contornos iniciais, conceituais e principiológicos sejam apresentados de maneira idêntica.

3.1.1 *Ativismo x Judicialização: ponto de intercessão e diferenças*

Partindo da ideia inicial de que a judicialização consiste em uma ampliação do espectro de atuação dos membros do Judiciário e que o ativismo judicial também diz respeito a uma atuação desse ator social fora dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, nota-se aí, um ponto de intercessão entre os dois fenômenos.

Em função dessa similitude, tais fenômenos muitas vezes recebem o mesmo tratamento, mas conforme será demonstrado, é possível verificar contornos e fundamentos que os distinguem.

Assim, considerando a aparente semelhança existente nos fenômenos em análise, confira-se:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. [...]. A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidos sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. (BARROSO, 2009, p. 5;12)

O ponto diferenciador entre os dois fenômenos diz respeito ao fato de que na judicialização a expansão da atuação do Judiciário decorre de uma autorização constitucional prévia, ao passo que no ativismo esta expansão se dá a partir do subjetivismo do julgador que busca atingir a justiça no caso concreto e o faz por meio de interpretações e releituras do texto legal de forma deliberada e muitas vezes arbitrária:

O supedâneo fundamental do ativismo judicial é, dessa forma, um senso de justiça (DWORKIN, 2007) na interpretação do texto constitucional, que se mostra como “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa.” (OLIVEIRA, 2011, p. 106).

Vale destacar, que a atividade jurisdicional, a ser exercida por todo e qualquer magistrado, é sempre inovadora, uma vez que para cada caso concreto será apresentada uma solução

específica a partir da aplicação e interpretação de diversas normas jurídicas, sobretudo, aquelas que apresentam espaço para o aplicador da lei transitar e inovar.

Ademais, o sistema jurídico de qualquer país não pode ser tratado como estanque e exato, cabendo ao magistrado a adequação da norma ao seu contexto:

O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas. (BARROSO, 2008, p. 25)

Daí porque Cappelletti afirma que “embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 31).

Dúvida não há quanto ao fato de que o sistema jurídico de um país admite a atividade interpretativa do magistrado, desde que esta interpretação não se transmude em criação de normas carregadas de subjetivismo, como define Ramos:

Não obstante, por vezes, nos sistemas de common Law as decisões judiciais, para além da concretização do direito em situações fáticas determinadas, assumam a condição de ato veiculador de normas jurídicas (*in fieri*) balizadoras de conduta e de novos atos de aplicação, não há que se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva. Tanto é assim, que mesmo nos casos em que há amplo espaço para a movimentação do juiz, por inexistir precedente aplicável ou por existir um texto legislativo vazado em linguagem da qual decorram conceitos amplos e indeterminados, não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário deste, a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica (escolha de método de interpretação adequado, integrado por meio de princípios gerais de direito ou analogia). (RAMOS, 2010, p. 109).

Portanto, ao julgador é deferida certa liberdade em sua atuação no que diz respeito à interpretação e aplicação das normas jurídicas, mas essa liberdade criativa é significativamente menor, se comparada com a atuação do Poder Legislativo.

Para o exercício da atividade judicante de forma livre e autônoma, não há uma limitação formal prescrita, tendo em vista que a sua contenção decorre do próprio ordenamento jurídico que, por sua vez, não legitima decisões arbitrárias e despidas de fundamentação.

A liberdade conferida ao magistrado, sobretudo no que diz respeito à interpretação das normas, decorre do fenômeno da judicialização, razão pela qual há que observar seus parâmetros e pressupostos para que tal decisão seja legitimada pelo próprio ordenamento jurídico. Por outro lado, o que se nota no ativismo judicial “é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.” (RAMOS, 2010, p. 116).

Nesse caso, há uma clara desnaturação das funções típicas do Poder Judiciário em detrimento das funções dos outros poderes, tendo em vista que o magistrado, por meio de uma decisão, assume a condição de legislador ou mesmo de um membro do Executivo:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. [...] A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania. (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

Daí porque Ramos entende que tal postura do julgador culmina na “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”. (RAMOS, 2010, p. 117).

Ademais essa atitude proativa por parte do Judiciário, embora ostente uma finalidade aparentemente nobre, muitas vezes é marcada por um alto grau de deliberação e arbitrariedade do julgador. Com frequência, é possível perceber que o Judiciário tem adotado certas posturas marcadas por um excessivo intervencionismo, em áreas em que a autonomia da vontade sempre prevaleceu, como por exemplo, na seara contratual.

Com base nisso, o Judiciário passa a ser o grande protagonista das ações estatais, o que em muitos casos leva ao desequilíbrio das relações privadas, sobretudo as empresárias.

Dessa forma, é necessário analisar o seu fundamento e as possíveis consequências dessa postura estatal de caráter supostamente altruísta, mas que também pode apresentar um viés autoritário, por partir do princípio que o indivíduo é ente vulnerável e, por isso, eternamente merecedor de uma proteção estatal específica, o que acaba por justificar a mitigação de princípios basilares do Direito Privado e que pode ser nocivo ao próprio sistema democrático que o alberga.

3.1.2 As causas do ativismo

Ao estudar o fenômeno do ativismo judicial é importante conhecer as causas ensejadoras desse processo. Todavia, considerando a ausência de unanimidade doutrinária acerca da caracterização e da delimitação conceitual desse fenômeno, o presente trabalho não pretende esgotar todas as suas causas impulsionadoras.

O que se pretende nessa pesquisa é apontar as possíveis causas que impulsionam esse fenômeno para, mais adiante, analisar os eventuais efeitos nefastos a serem suportados pela sociedade, sobretudo pelo empresário brasileiro.

Inicialmente, Cappelletti levanta como causa primária do “fenômeno moderno do crescimento da (inevitável) criatividade da interpretação judiciária” a revolta contra o formalismo. Para este autor, países como Estados Unidos, França e Alemanha passaram a insurgir-se contra o excesso de formalismo, inclusive no seu viés conceitual e científico e até mesmo contra o positivismo jurídico:

Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrendo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da escolha. Típico de todas estas revoltas [...] foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradução justiniana e montesquiana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva “inanimada boca da lei”. [...] Desnecessário acentuar que todas estas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. (CAPPELLETTI, 1993, p. 31).

Ramos elenca outros fatores de impulsionamento desse fenômeno no contexto brasileiro. Para o autor, o protagonismo judicial decorre de algumas causas, a saber: o modelo de Estado intervencionista, a expansão do controle de constitucionalidade das normas, o neoconstitucionalismo, a ineficiência dos Poderes representativos na concretização dos direitos e da atividade normativa atípica do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o autor, algumas dessas causas refletem tendências e problemas institucionais típicos do caso brasileiro, enquanto outras decorrem de questões estruturais gerais e, por essa razão, estão presentes em vários países.

A primeira causa motivadora do ativismo diz respeito ao modelo de Estado intervencionista.

Da leitura do art. 1 da Constituição da República de 1988 extrai-se que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, sendo demonstrado, em diversas passagens dessa carta política, o seu viés intervencionista.

Sobre o modelo do Estado brasileiro, Ramos demonstra que:

A Carta de 1988 [...] teve o propósito de conciliar a tradição liberal-democrática com a democratização de oportunidades e a participação cidadã [...] Não permitem dúvidas de que o sistema político democrático estruturado pela Constituição não é o de padrão liberal clássico e sim o *welfare state*: os objetivos fundamentais da República brasileira, assinalados no art. 3º, o generoso elenco de direitos sociais, boa parte deles consubstanciando créditos a prestações estatais; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos; e os poderosos e variados instrumentos de intervenção no domínio econômico, *stricto sensu*, assegurados ao Poder Público, abrangendo desde o exercício direto de atividades econômicas que, a princípio, seriam reservadas à iniciativa privada, até o planejamento e direção da economia, aparelhado por medidas monetárias, cambiais, creditícias e de incentivo ao investimento e à produção (sem contar os mecanismos indiretos, tais como a tributação e o consumo de bens e serviços pelo Estado), além dos poderes regulatórios em relação ao mercado. (RAMOS, 2010, p. 269).

Nesse contexto, o Poder Judiciário, ao exercer sua função típica, passa também a ter que responder aos anseios sociais no que diz respeito à consecução dos fins previstos na constituição. Ocorre que, muitas vezes, o magistrado, na ânsia de efetivar tais direitos, extrapola o exercício da sua atividade e age de encontro ao ordenamento jurídico que lhe serve de substrato, conforme conclui Ramos:

É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providencia constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente. (RAMOS, 2010, p. 271).

Portanto, o Poder Judiciário deve procurar encontrar o equilíbrio entre a criatividade e a adequada interpretação do texto constitucional no que diz respeito à concretização dos direitos previstos em seu bojo.

A expansão do controle abstrato de normas, a cargo do Supremo Tribunal Federal, também fomenta o ativismo.

A partir do momento em que o Estado passa a ostentar inúmeras funções garantistas e, em alguns momentos, intervencionistas; a sua função legislativa passa a assumir um papel importante nesse contexto. Porém, o que se nota é que a intensificação das atividades legislativa e executiva associada ao dinamismo da sociedade contemporânea culminou na edição de normas de qualidade inferior ao esperado, razão pela qual, o Judiciário passa a ser chamado, de forma ostensiva, para analisar a constitucionalidade destes diplomas normativos.

Neste sentido, já se posicionou Cappelletti:

Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance, cada um deles revelando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, existe o gigantismo do Poder legislativo, chamado a intervir ou a “interferir” em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade, de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profundo e potencialmente repressivo. [...] Basta notar que, também para o judiciário, tais desenvolvimentos comportaram conseqüências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades. Pelo fato de que o “terceiro poder” não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A justiça constitucional das leis constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. (CAPPELLETTI, 1999, p. 46).

Em função disso, as Cortes Constitucionais se aperfeiçoaram quanto à análise da constitucionalidade das leis, sobretudo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade abstrato, dado seu caráter generalizado.

Nesse diapasão, é possível perceber a proximidade da atividade legislativa da atividade judicante, conforme se infere de Ramos:

Cabe indagar por que o controle concentrado de constitucionalidade ou o controle abstrato nos sistemas difusos induzem ao incremento do ativismo judicial. A principal razão para tanto está na maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim, efetuado, do exercício da função legislativa, ainda que se trate, como já assinalado, do exercício de função jurisdicional. Com efeito, quer em uma hipótese como noutra, a decisão judicial sobre a validade da lei é emitida com efeitos gerais, ou *erga omnes*; de outra parte, quer no controle concentrado, quer no controle abstrato em sistema difuso, registra-se a tendência a se admitir a modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade; finalmente, a jurisdição constitucional, assim desenvolvida, interfere diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados. (RAMOS, 2010, p. 277).

Ademais, Ramos ainda adverte para o fato de que, na maioria das vezes, a Corte Suprema se baseia em normas-princípios presentes na constituição para apurar a validade de uma determinada norma, o que “permite ao órgão de controle maior liberdade de ação no exercício de sua função hermenêutica-concretizadora”. Ainda neste contexto, vale registrar que o neoconstitucionalismo pode ser apontado como umas das causas que estimulam o ativismo judicial. Essa nova perspectiva do direito constitucional, também denominada constitucionalismo pós moderno ou pós-positivismo já foi, inclusive, incorporada aos manuais de Direito Constitucional.

Em função dessa principiologia, o ativismo judicial encontra terreno fértil para se desenvolver, sendo promovidas decisões marcadas pelo subjetivismo do julgador, conforme demonstra Ramos:

a maior parte dos escritos nacionais associados ao “ideário” do neoconstitucionalismo contemplam manifestações de um difuso moralismo jurídico, e, nesse sentido, constituem fator de impulsão ao ativismo jurídico [...]. A principiologização do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretense “pós-positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores. (RAMOS, 2010, p. 285).

O neoconstitucionalismo fomenta o ativismo, uma vez que o interprete, no caso o magistrado, atribui às normas jurídicas o valor e o alcance que entender ser mais conveniente e adequado. Ademais, conforme foi apresentado no capítulo da judicialização, o ativismo também se desenvolve a partir da ineficiência das demais instituições estatais:

o Poder Judiciário, estimulado pelo reforço à tarefa de controle jurídico da função legislativa que lhe compete exercer e premido pelas pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição social-democrática de 1988, ultrapassa, por vezes, os limites que o nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional, porém o faz, em boa medida, pela ineficiência dos Poderes

representativos na adoção das providenciais normativas adequadas àquela concretização. (RAMOS, 2010, p. 287).

Segundo Ramos, Mendes, em ciclo de debates realizado pelo Senado Federal em novembro de 2008, reconheceu esse componente institucional do ativismo judicial ao afirmar “que não se pretende, de modo algum, usurpar a competência do Parlamento, mas, ao contrário, pressionar para que o ‘Legislativo atenda, faça aquilo que a Constituição preconiza”. (RAMOS, 2010, p. 288).

Assim, o ativismo judicial tem como principal finalidade buscar a concretização da constituição, embora, na prática, isso seja nocivo à sociedade.

Vários são os fatores que justificam a queda da produtividade normativa, tais como, a falta de consenso político entre os parlamentares, as medidas a serem tomadas e o custo político das negociações, no interior do bloco majoritário, que levam os chefes do Poder Executivo e os demais membros do Legislativo a abandonarem projetos de lei que possam não ter um nível esperado de aceitação.

Diante dessa inapetência legislativa, o julgador, na ânsia de promover a justiça, acaba por imiscuir nessa função ao se deparar com casos concretos desprovidos de regulação própria. Por fim, a atividade normativa atípica do Supremo Tribunal Federal também contribui para o desenvolvimento do ativismo judicial na visão de Ramos:

Outro elemento impulsionador do ativismo judicial, específico da realidade brasileira, é a assunção de atividade normativa atípica por parte do Supremo Tribunal Federal. [...] Os fatores causais que estou a aludir importam no exercício pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro de competências normativas que, se não confrontam com o princípio da separação de Poderes, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento, ao contrário, provocam uma certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial. (RAMOS, 2010, p. 294).

Para o citado autor, essa atividade normativa atípica exterioriza-se por meio da súmula vinculante e do mandado de injunção.

Embora decorrente de mandamento constitucional e subordinado à observância dos requisitos próprios, dúvida não há que, em se tratando da edição de súmulas vinculantes, o Supremo Tribunal Federal está exercendo uma atividade normativa. Segundo Ramos, “a súmula

vinculante é antes um ato de criação do que de aplicação do direito” (2010, p. 295), em que pese a liberdade criativa do julgador ser bem mais reduzida se comparada a dos membros do legislativo.

Ramos demonstra a natureza normativa dessas orientações jurisprudenciais:

A doutrina tem reconhecido de modo praticamente uníssono a natureza normativa da súmula vinculante. Manoel Gonçalves Ferreira Filho vê na nova atribuição do STF uma “função paralegislativa”. Já para Rodolfo de Camargo Mancuso, “a súmula, quando potencializada com a nota da obrigatoriedade, pouco ou não fica a dever, em termo de eficácia jurídica e social, à própria norma legal”. (RAMOS, 2010, p. 297).

Por outro lado, o mandado de injunção também tem contribuído para o exercício de uma atividade de natureza legiferante por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal. Durante muito tempo na história do Supremo Tribunal Federal, a Corte apenas assinalava a omissão legislativa e não exercia a atividade legislativa em sede de mandado de injunção. Entretanto, esse cenário se alterou ao longo dos anos.

A título de exemplo, cita-se o Mandado de Injunção n. 232/RJ que assegurou ao impetrante o direito, caso a omissão legislativa não fosse sanada no prazo.

Confira-se:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (BRASIL, 1992).

Já no julgamento do Mandado de Injunção n. 670/ES, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura mais ousada, ao decidir acerca da omissão legislativa no que diz respeito à regulamentação do direito de greve do servidor público previsto no art. 37, VII da Constituição.

Mandado de Injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso vii). Evolução do tema na

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989. 1. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). (BRASIL, 2008).

Por meio desses instrumentos constitucionalmente previstos, o ativismo judicial se vê reforçado de forma de que o Supremo Tribunal Federal passa a ter condições de atuar de forma legiferante nos casos concretos que lhe são apresentados.

Portanto, apresentadas as causas ensejadoras do ativismo judicial, sobretudo no caso brasileiro, é possível notar que tal fenômeno em muito se aproxima do processo de judicialização, podendo, em alguns casos, ser muito sutil os aspectos que os diferenciem. Insta registrar que, por trás de todas as causas acima elencadas, destaca-se o paternalismo estatal como a grande causa deste novo modo de atuar dos magistrados, conforme será demonstrado no próximo tópico.

3.2 O paternalismo como elemento motivador do ativismo judicial

Conforme será demonstrado, o paternalismo estatal pode ser apontado como o elemento motivador das causas acima elencadas e, conseqüentemente, do ativismo judicial. Para compreensão dessa ideia, se faz necessária uma análise mais detida do aludido paternalismo estatal, sobretudo na sua vertente pretoriana.

3.2.1 A definição de paternalismo

Em linhas gerais, o paternalismo estatal pode ser extraído da situação em que o Estado se coloca em uma posição de provedor/protetor em relação aos seus integrantes, em suas mais diversas relações, por considerá-los frágeis e de certa forma inaptos para atuar na gestão de determinados campos de sua vida privada.

Para entender o paternalismo é preciso conhecer a etimologia dessa palavra. Do latim, *pater* significa pai. A partir desse vocábulo é possível perceber que o paternalismo está intimamente ligado à ideia de proteção.

A relação paternalista demanda a existência de dois pólos: de um lado se encontra aquele que está em uma posição de superioridade e, de outro, a parte considerada mais frágil que receberá uma proteção específica.

Ainda na construção do conceito de paternalismo é preciso levar em consideração que aquele que concede a proteção o faz como forma de suprir uma incapacidade ou mesmo uma deficiência por parte daquele que receberá tal proteção e na certeza de que o melhor está sendo feito em prol do beneficiado.

Sobre o tema, García caracteriza o paternalismo a partir das lições de Zimmerling:

⁵Há quatro idéias nos ensinamentos de Zimmerling que me parecem importantes para o tema do paternalismo: o exercício do poder se orienta a obter intencionalmente (I) um comportamento de outro (II); é possível exercer o poder por meio do exercício da influência (III); e o exercício do poder implica responsabilidade por parte de quem o exerce, ainda quando o poder se exerce por meio de exercer a influência (IV). (GARCÍA, 2005a, p.269, tradução nossa).

Assim, uma relação paternalista implica necessariamente uma relação hierarquizada, na qual a parte que se considera mais capaz e preparada deferirá uma proteção ao seu subalterno como se fosse um pai protegendo seu filho e guardando sua família.

Nesse contexto, a vontade daquele que será o alvo da proteção não é levada em consideração justamente porque já se concebe previamente que aquela pessoa não tem condições de tomar decisões, ainda que se trate de um assunto que apenas lhe interessa.

Vale ressaltar que o paternalismo pode ser visto em qualquer tipo de relação, seja, na laboral, na familiar, na afetiva, sendo necessário apenas que haja alguém que se sinta capaz de

⁵ Hay cuatro ideas en la aproximación de Zimmerling que me parecen importantes para el tema del paternalismo: el ejercicio del poder se orienta a obtener intencionalmente (I) un comportamiento de otro (II); es posible ejercer el poder por medio de ejercer influencia (III); y el ejercicio de poder conlleva responsabilidad por parte de quien lo ejerce, aun cuando el poder se ejerce or medio de ejercer influencia (IV).

proteger aquele que considere como sendo um necessitado, o que, pode ocorrer, inclusive, em detrimento da sua vontade.

Com base nisso, é possível trazer a ideia de paternalismo para a órbita estatal. De um lado, o Estado se coloca na posição de garantidor e, do outro, encontra-se o merecedor de uma proteção específica, ou seja, o cidadão; sendo que esta ação tem o objetivo principal de prevenir a ocorrência de eventuais danos.

Para Martinelli o paternalismo requer

a consideração de uma relação em que uma das partes julga-se mais preparada que a outra para certos tipos de decisão. O paternalista foca a pessoa a ser beneficiada ou protegida e o bem que se pretende atingir (evitação de um mal ou promoção de um benefício). O comportamento de natureza paternalista, em regra, reduz a liberdade da pessoa que se quer atingir, seja por meios mais brandos, seja por meios mais drásticos. Desde uma simples conduta insistente que procura a mudança de idéia até a restrição da liberdade pela cominação de uma sanção, aquele que age paternalisticamente quer retirar a parcela de atuação de alguém que entende não possuir autonomia para o ato. [...]. Portanto, três são os requisitos fundamentais do paternalismo: uma relação entre sujeito presumidamente incompetente e quem se julga mais preparado, o bem que se quer alcançar e a restrição da liberdade. (MARTINELLI, 2010, p. 120).

Dessa forma, o paternalismo pode ser conceituado como sendo a imposição de limites à autonomia individual de uma pessoa, considerada a parte mais fraca da relação, por aquele que se coloca em uma posição garantista, para que ao final seja evitada a ocorrência de um dano ou propiciado a esse indivíduo um benefício que sozinho não alcançaria em seu melhor interesse.

3.2.2 Breve histórico acerca da ingerência do Estado na vida privada do indivíduo

A prática de uma política paternalista por parte do Estado é recorrente na história da humanidade. Assim, para a compreensão desse fenômeno, é importante conhecer o cenário no qual foi desenvolvido.

Para muitos Estados, agir de forma paternalista significa ter ao seu lado grande parte da população e, conseqüentemente, o apoio de seu governo.

O que a história revela é que as sociedades passam por diversos ciclos em função de seus anseios e necessidades e, como consequência, haverá uma maior ou menor participação do Estado nas relações de caráter nitidamente privado.

Mais uma vez, mostra-se importante fazer o cotejo entre a evolução do Estado e a sua ingerência na vida privada do cidadão.

O Estado Liberal do século XIX, por ter como principal característica a intervenção mínima nas relações entre os particulares, apresentou como base teórica a defesa da liberdade individual em seus vários campos de atuação, tais como na economia, na política, na religião e na propriedade privada.

A ideologia de cunho liberal tinha como escopo a conciliação da liberdade formal e a segurança, uma vez que estes eram os principais fundamentos do Direito Privado da época.

E foi justamente como base nesses alicerces que se fomentou a ideia de autonomia da vontade como sendo o legítimo espaço que possibilitasse a manifestação da vontade, exteriorizada principalmente por meio dos contratos nas relações de cunho particular.

O que se nota é que, nesse contexto histórico, o Estado não possuía espaço para atuar paternalisticamente, uma vez que inexistia justificativa para limitar a liberdade do indivíduo, ainda que de forma preventiva em relação a uma das partes.

Ademais, o liberalismo visava fomentar o livre mercado, razão pela qual os contratos assumiam uma grande importância nesse momento, o que, em contrapartida gerava uma participação mínima do Estado nas relações privadas.

Entretanto, ao longo do tempo, o liberalismo não conseguiu se sustentar e garantir a liberdade tal como foi idealizada, visto que esta liberdade era experimentada apenas pela classe burguesa.

Nessa época, a defesa do direito à liberdade, igualdade e prosperidade se dava apenas no campo formal, razão pela qual a autonomia privada ficava cada vez mais mitigada em face do capitalismo desumano e selvagem que marcava a época.

Em função disso, o Estado passou a ser chamado a atuar nessas relações de caráter nitidamente privado como forma de garantir a segurança e a ordem pública.

Assim, já no século XX verifica-se a transição do Estado Liberal para o chamado Estado Social, também conhecido como *welfare state*, no qual, o espectro de atuação do Estado perante o indivíduo se amplia, passando, então, a atuar de forma positiva e não mais omissiva como era na fase liberal.

Nesse sentido, é a lição de Bonavides:

O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural porque passou o antigo Estado Liberal. [...] Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social. (BONAVIDES, 2001, p. 184).

Dessa maneira, as políticas de cunho protetistas promovidas pelo Estado se desenvolveram com grande intensidade e a autonomia privada cede espaço para a autonomia pública. Diante disso, é possível concluir que o Estado Social se revela como sendo a antítese do Estado Liberal, visto que as ideologias de ambos assumem posições antagônicas e se fundamentam em ideias opostas.

Surge, então, a figura do cidadão-cliente, uma vez que o indivíduo passa a recorrer ao Estado para auferir benefícios de ordem pessoal, conforme apontado por Oliveira:

A sociedade do pós- Primeira Guerra, a *sociedade de massas*, para usar uma expressão consagrada pela sociologia do Século XX, compreende-se dividida em sociedade civil e Estado. [...] Não mais um Estado Liberal “neutro”, distante dos conflitos sociais, mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas “públicas” de “vida boa”. O Estado do Bem-Estar Social [...] visa garantir o capitalismo através de uma proposta de bem-estar que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da

concessão de direitos sociais. [...] O cidadão proprietário do Estado Liberal passa a ser encarado como o cliente de uma administração pública garante de bens e serviços. (OLIVEIRA, 1998, p.40).

Entretanto, essa postura monopolizadora e paternalista do Estado entra em crise diante de falta de recursos para o cumprimento de novas demandas sociais, tendo em vista que tais despesas cresciam de forma inversa à sua própria receita.

A crise do Estado Social surge a partir do momento em que o Estado chama para si determinadas obrigações e passa a não sustentar as responsabilidades prestacionais assumidas. Diante das dificuldades enfrentadas pelo Estado Social, havia, então, a necessidade de criar um novo modelo de Estado que pudesse corrigir tais distorções. Surge, portanto, a ideologia neoliberal fundada em novos conceitos políticos e econômicos voltados ao fortalecimento do capitalismo.

Como visto, a história do Estado e da própria sociedade é cíclica, ora há uma reivindicação por uma participação mínima do Estado, ora por uma participação ostensiva do ente estatal. Nos dias atuais, percebe-se, sobretudo nos países da América Latina, que os governos encontraram na política paternalista uma forma de não incorrer nos erros do Estado Social e ao mesmo tempo ter ao seu lado a aprovação popular.

Com efeito, a adoção de políticas paternalistas são menos onerosos aos cofres públicos se comparado com o modelo do Estado Social, e, ainda, garantem, de certa forma, o apoio popular. Em função disso, políticas de caráter paternalistas sempre se mostraram atrativas a uma parte da população e, conseqüentemente, são utilizadas como forma de manipulação do Estado, levando, muitas vezes, a um Estado autoritário.

Na Venezuela de Hugo Chavez, por exemplo, a forte ligação com o povo até os últimos dias de sua vida caracterizaram seu governo como sendo paternalista e, ao mesmo tempo, autoritário.

O Brasil cada vez mais tem adotado esse tipo de uma postura, revelado, principalmente, por vários programas do atual governo e por inúmeras decisões judiciais.

3.2.3 *As formas de manifestação do paternalismo estatal*

Conforme já demonstrado, o paternalismo pode ser verificado nos mais diversos tipos de relação. No âmbito estatal, cujo o alvo é o cidadão, o paternalismo pode se manifestar de formas diferentes, quais sejam, o paternalismo estatal propriamente dito, o jurídico e o judicial.

Para melhor compreensão deste trabalho, faz-se necessário distinguir essas figuras.

O paternalismo estatal pode ser visto como qualquer ação praticada pelo Estado em prol dos seus indivíduos, levando-se em consideração uma relação garantista, no qual o cidadão, visto como um ser vulnerável, encontra-se em um dos polos da relação que tem como objetivo final a proteção do indivíduo contra um mal assim considerado pelo Estado.

Diante disso, o paternalismo estatal seria, portanto, o gênero do fenômeno sob análise, uma vez que o seu exercício pode ser manifestado de diversas formas e não apenas por meio de normas jurídicas.

Nesse contexto, o paternalismo estatal propriamente dito surge como espécie, conforme apresentado por García:

Em minha opinião, deve considerar paternalismo estatal qualquer ação paternalista levada a cabo por um órgão do Estado, mas só se tratará de paternalismo jurídico estatal quando o meio direto empregado sejam as normas jurídicas.⁶ Seriam, em

⁶ “Em mi opinion, debe considerarse paternalismo estatal a cualquier acción paternalista llevada a cabo por um órgano del Estado, pero solo se tratará de *paternalismo jurídico estatal* cuando el medio directo empleado sean las normas jurídicas. Habría, en consecuencia, supuesto de paternalismo estatal no jurídico. Veamos algunos de ellos. En primer lugar, tendríamos aquellos supuestos en los que el Estado establece incentivos económicos con fines paternalistas. Otro supuesto de este tipo de paternalismo serían los gravámenes orientados a que los ciudadanos abandonem hábitos de vida no saludables: por ejemplo, elevando el precio del tabaco. En tercer lugar, tendríamos un conjunto de casos en los que el medio empleado por el Estado para ejercer el sería la persuasión. Por “persuasión” no me refiero a la “persuasión racional”, sino a los casos en los que el Estado oculta información relevante o engaña a los ciudadanos. Aquí se incluiría un abanico de ejemplos que van desde lo más inócuo, como la falsa advertencia de que se controla la velocidad de los automóviles por radar, hasta lo más peligroso, con el falseamiento de los datos sobre la economía nacional. Dentro de este conjunto de casos, merecería la pena destacarse aquellos en los que el engaño adopta la forma de una manipulación sutil de la información. Me refiero a los supuestos de información sesgada o manipulada. Daniel Wikler sostiene, refiriéndose a las políticas públicas orientadas a la adopción de hábitos de vida saludables, que el instrumento de la información puede ser hábilmente utilizado, de manera que más allá de proveer información al objeto de adoptar una decisión racional, se producen fenómenos de manipulación. En España, por ejemplo, la política pública de prevención del consumo de drogas no sólo se basa en la coacción penal, sino que utiliza profusamente el medio de la persuasión, a través de campañas publicitarias en los “mass media”. Estas

consequência, exemplos de paternalismo estatal não jurídico. Vejamos alguns deles. Primeiro, teríamos os casos em que o Estado oferece incentivos econômicos com fins paternalistas. Outro exemplo desse tipo de paternalismo seriam os tributos orientados para que os cidadãos abandonem estilos de vida não saudáveis: por exemplo, elevar o preço do cigarro. Em terceiro lugar, teríamos um conjunto de casos em que os meios utilizados pelo Estado para o exercício seria a persuasão. Por "persuasão" não quero dizer com "persuasão racional", mas casos em que o Estado oculta informações relevantes ou engana o público. Isso inclui uma série de exemplos que vão desde o mais inofensivo, como o falso aviso de controle de velocidade dos veículos por radar, até as mais perigosas com o falseamento de dados sobre a economia nacional. Na Espanha, por exemplo, a política pública de prevenção do consumo de drogas não é apenas baseada na coerção penal, sendo amplamente utilizados meios de persuasão por meio de campanhas publicitárias em "mídia de massa". Essas campanhas são realizadas por agências de publicidade, cuja especialidade não é apresentar os melhores argumentos, mas os mais convincentes. Além disso, essas campanhas não são nem mesmo centradas retoricamente, não se baseiam em argumentos, mas em imagem e som. Elas são dirigidas, em última análise, para gerar uma resposta hostil ao uso de drogas, uma espécie de reflexo condicionado para "dizer NÃO" (que foi o slogan de um destas campanhas). (GARCÍA, 2005b, p. 458, tradução nossa).

Por outro lado, o paternalismo jurídico se apresenta como sendo a segunda espécie desse tipo de política, tendo em vista que a proteção estatal se manifesta por meio das normas jurídicas devidamente emanadas pelo Estado através do devido processo legislativo.

Para melhor entendimento da definição, Sampaio Júnior demonstra que:

A doutrina jurídica norte-americana entende o paternalismo jurídico como uma das formas possíveis de regulamentação estatal, ao lado da adoção legal de critérios redistributivos e da restrição de comportamentos visando a benefícios coletivos. Consistiria, o paternalismo jurídico, na edição de regras que objetivam a satisfação do melhor interesse do indivíduo, impondo-lhe ou cerceando-lhe certas condutas. A título exemplificativo, nos campos do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor pode-se encontrar um cipoal de normas que ora impedem, ora impõem, determinadas condutas, sempre tendo-se em vista o melhor interesse de seu destinatário – o trabalhador ou o consumidor. (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 4820).

Finalmente, há que se considerar o paternalismo judicial como sendo a terceira espécie do gênero paternalismo estatal.

Por paternalismo judicial, também conhecido como paternalismo pretoriano, entende-se como sendo a proteção concedida pelos magistrados a uma parcela de seus jurisdicionados, determinada pela sua vulnerabilidade, na crença de que estes estariam sempre em

campañas se encargan a agencias de publicidad, cuya especialidad no es presentear los mejores argumentos sino los más persuasivos. Además, estas campañas ni siquiera son centralmente retóricas; no se basan en los argumentos más que en la imagen y el sonido. Están dirigidas, en definitiva, a generar una respuesta hostil al consumo de drogas, una especie de reflejo condicionado a "decir NO" (que fue el eslogan de una de estas campanas).

desvantagem nas várias relações travadas no seu dia a dia. Esse tipo de paternalismo é muito comum nas relações consumeiristas e trabalhistas e, em muitos casos, se contrapõe ao interesse dos empresários, culminando no desequilíbrio dessas relações.

É o que destaca Borges:

A busca dos juízes pelo paternalismo pretoriano é notabilizada por um duplo esforço do juiz. Primeiro, esforça-se o juiz a atribuir a uma parte o título de “incompetente”, o que justificaria a intervenção paternalista. Neste sentido, verifica-se um grande esforço em inúmeros julgados para ampliação do conceito de consumidor, pois se justificaria a política paternalista a esta categoria, em face do reconhecimento de sua incompetência básica para determinados atos. (BORGES, 2010, p. 48).

Portanto, vários são os modos encontrados pelo Estado para imiscuir-se em relações originariamente privadas como forma de proteger a parte considerada mais fraca, o que pode acabar levando, em última análise, a uma postura de caráter nitidamente autoritária.

Dada a amplitude desse tema, o presente trabalho voltará sua atenção para o paternalismo estatal e a sua ligação com o ativismo judicial, para em seguida, avaliar as consequências sofridas pelo empresariado nacional em decorrência desta postura estatal.

3.2.4 O ponto de encontro entre o ativismo judicial e o paternalismo pretoriano

A partir da análise da possibilidade de intervenção estatal de forma paternalista, é possível perceber a nítida relação entre o paternalismo judicial/pretoriano e o ativismo judicial. Com efeito, diante da redefinição do papel do Judiciário decorrente do processo de judicialização e do próprio sistema democrático, é visível a distorção havida nesse íterim.

Assim, quando um magistrado entende haver uma autorização supra legal de agir fora dos limites de sua competência pela busca da justiça em um determinado caso concreto, nota-se que a sua motivação encontra fundamento nesse paternalismo pretoriano. Nesse caso, a figura paterna seria exercida pelo magistrado que, verificando a existência de uma parte mais vulnerável, conduz seu julgamento para o atendimento dos interesses dessa parte fragilizada na crença de estar reduzindo a desigualdade existente naquela relação processual.

Tal distorção é a desconfiguração da judicialização em ativismo judicial fundamentada pelo instinto paterno do julgador, o que, por certo, apresenta um traço nocivo à sociedade, como observa Vianna e outros:

De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a “substituição” de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. (VIANNA *et al*, 1999, p. 43).

Neste contexto, Oliveira entende que:

Mesmo que o processo de judicialização decorra da estrutura constitucional e seja um fenômeno que encontre guarida e propensão de desenvolvimento no contexto democrático, a substituição do Estado e do governante magnânimo pelo Judiciário assistencialista, não é um avanço institucional e, menos ainda, um avanço no sistema democrático uma vez que os cidadãos continuam a ser concebidos como meros receptores de atos estatais estranhos à sua vontade e participação.[...] Nitidamente, o exercício indiscriminado da interpretação judicial, “atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz”(DWORKIN, 2007, p. 452), visto “como arquiteto de um futuro melhor” (DWORKIN, 2007, p. 489), mesmo que sob o argumento de proteção e solidificação da democracia, pode se demonstrar, em sua essência, antidemocrático, na medida em que visa a instituir algo – a democracia – que não pode ser, aprioristicamente, instaurado, mas necessita ser cotidianamente experimentado e construído. (OLIVEIRA, 2011, p.103).

Assim, o Judiciário assume uma função paternal e não necessariamente jurídica, chamando para si toda e qualquer tipo de demanda. Além disso, é preciso atentar-se ao fato de que essa espécie de paternalismo se revela ainda mais perniciosa se comparado com o paternalismo jurídico por ausência de legitimidade.

As normas jurídicas, ainda que ostentem cunho paternalista, são editadas pelo Poder Legislativo, devendo ser observado o processo legislativo e estar em consonância com a Constituição, sob pena de ter declarada a sua inconstitucionalidade. Obedecendo-se a tais critérios, considerava-se que essa norma representa a vontade da população.

Veríssimo, citando Vallinder, pondera que “nas democracias, primariamente em suas assembleias eleitas pelo povo, os processos de decisão são baseados no princípio da maioria e em um debate livre e público de iguais.” (VERISSIMO, 2006, p. 25). Naturalmente esse não é o modo de produção de decisões utilizadas pelas cortes de Justiça.

No caso do paternalismo pretoriano, o magistrado, de maneira isolada, se considera legitimado a proferir uma decisão a favor da parte considerada mais frágil, muitas vezes desprovido de fundamento jurídico, simplesmente por acreditar que dessa forma está sendo feita a justiça naquele caso concreto.

Desta forma, decisões proferidas com base nas ideologias e crenças do magistrado que, diante de um caso concreto, pendem para um dos lados considerado vulnerável e merecedor de uma proteção, não encontra guarida no próprio ordenamento jurídico e revela a sua ilegitimidade.

Ademais, magistrados que fomentam esse tipo de protagonismo judicial tendem a ser populistas, na medida em que procuram defender as camadas da sociedade menos privilegiadas. Contudo, em função do caráter paternalista que suas decisões, ostentam e revelam sua pretensão de ter junto de si o apoio popular.

Por outro lado, práticas paternalistas demonstram a descrença por parte do Estado quanto à força e à capacidade do indivíduo em poder fazer as suas escolhas e arcar com os seus próprios atos, revelando, em última análise, um autoritarismo ainda que disfarçado. E é justamente nesse ponto que o ativismo judicial revela o seu viés autoritário, a despeito de estar escondido sob o véu da justiça, uma vez que a imposição de uma proteção não se coaduna com os ideais democráticos.

Portanto, é importante refletir como o ativismo judicial, manifestado por meio de decisões paternalistas, por vezes arbitrárias e carregadas pelas ideologias pessoais do julgador, pode ser perverso para a sociedade, uma vez que traz consigo a falsa ideia de justiça e, como consequência, gera um cenário de insegurança jurídica para a própria sociedade que se pretende proteger.

4 DA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DO ATIVISMO: ASPECTOS GERAIS

Estabelecidos, portanto, os contornos diferenciadores dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, passa-se à análise dos efeitos negativos sofridos pela coletividade em decorrência da prática do ativismo judicial.

4.1 Crítica à judicialização excessiva/ativismo

Entendida a linha tênue que separa os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, revela-se pertinente a análise das consequências decorrentes do manifesto protagonismo judicial na atualidade.

Conforme já levantado, a ampliação do raio de atuação do Judiciário, tão marcante nos dias atuais, é visto como uma conquista do cidadão por decorrer do processo de redemocratização dos países em que esse fenômeno se manifestou.

Todavia, o protagonismo judicial deve ser encarado com reservas, uma vez que a atuação desmedida do Judiciário pode acarretar um desequilíbrio do sistema político do país e produzir efeitos nefastos para toda a nação.

Em que pese este trabalho assumir um posicionamento contrário ao ativismo judicial, este em contraposição à judicialização, é importante ressaltar que o fenômeno do ativismo judicial encontra guarida tanto na doutrina nacional como na estrangeira.

Nesse sentido, Garapon assevera que:

O direito, tanto o direito humano como o processual, tornou-se a referência maior da ação política. Não só para traduzir as reivindicações, mas também para organizar a ação administrativa. É sob a forma do direito e do processo que o cidadão das democracias realiza sua ação política. Eis por que a questão do ativismo judiciário é mal colocada. Não se trata da ação esporádica de alguns juizes desmiolados que querem brigar com o poder político, mas de uma evolução de expectativas quanto à responsabilidade política. [...]. O aumento de poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, porém como uma transformação do sentimento de justiça. [...] O aumento do poder da justiça é mais um prenúncio de uma mudança profunda em nossa democracia do que uma realidade concreta. [...] Assim, o critério de fixação de competência se substitui insidiosamente àquele do positivismo da lei. O direito é definido não apenas pela

obrigatoriedade legítima da lei, mas sobretudo pela possibilidade de se submeter um comportamento ao exame de terceiros. “A determinação de competência desemboca em um fenômeno mais universal, englobando todo e qualquer apelo ao juiz, mesmo que ele não se revista de um aspecto organizado e estratégico, mesmo que seja apenas queixa, clamor, querela... O que importa é a intervenção de um juiz, desse terceiro personagem (árbitro particular ou funcionário do Estado, indiferentemente) destacado entre outros para levantar dúvidas na contradição dos litigantes e, finalmente, delas sair com uma decisão.” Tudo, então, pode ser questionado perante uma jurisdição. Até mesmo a política externa, domínio exclusivo da soberania política, tradicionalmente rebelde a qualquer recuso. (GARAPON, 2001, p. 48).

Para Garapon, o ativismo judicial não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo de uma transformação da democracia. (GARAPON, 2001, p.39).

Para Cittadino, a judicialização da política decorre da junção da democracia e do ativismo judicial, razão pela qual o ativismo judicial não seria a forma distorcida da judicialização tal como foi ressaltado nessa pesquisa:

Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação de poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político- representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos. (CITADDINO, 2004, p. 107)⁷.

Finalmente, vale consignar a posição de Mendes que vislumbra, nessa postura proativa do Judiciário, uma forma de efetivação de justiça. Conforme já destacado pelo autor “a assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional” (BRASIL, 2010).

Respeitadas as opiniões contrárias, ao se debruçar sobre o fenômeno da judicialização e procurar diferenciá-la do ativismo judicial, o que se objetiva é analisar os efeitos negativos decorrentes da ampliação da fronteira de atuação do Poder Judiciário para a sociedade, sobretudo, no que diz respeito à atividade empresária, cuja natureza da relação é nitidamente privada.

⁷ O entendimento da autora Cittadino (2004) demonstra que os fenômenos, ora em análise, possuem tratamentos diferenciados na doutrina, conforme aventado no primeiro capítulo deste trabalho, muitas vezes sendo tratado como sinônimos.

Nesse ponto, Santos, Marques e Pedroso levantam a questão da legitimidade, da capacidade e da independência dos tribunais neste processo:

A questão da legitimidade só se põe em regimes democráticos e diz respeito à formação da vontade da maioria por via da representação política obtida eleitoralmente. Como, na esmagadora maioria dos casos, os magistrados não são eleitos, questiona-se o conteúdo democrático do intervencionismo judiciário sempre que este interfere com o Poder Legislativo ou o Poder Executivo. A questão da capacidade diz respeito aos recursos de que os tribunais dispõem para levar a cabo eficazmente a política judiciária. A capacidade dos tribunais é questionada por duas vias. Por um lado, num quadro processual fixo e com recursos humanos e infra-estruturais relativamente inelásticos, qualquer acréscimo “exagerado” da procura da intervenção judiciária pode significar o bloqueio da oferta e, em última instância, redundar em denegação da justiça. Por outro lado, os tribunais não dispõem de meios próprios para fazer executar as suas decisões sempre que estas, para produzir efeitos úteis, pressupõem uma prestação ativa de qualquer setor da administração pública. Nesses domínios, que são aqueles em que a “politização dos litígios judiciais” ocorre com maior frequência, os tribunais estão à mercê da boa vontade de serviços que não estão sob sua jurisdição e, sempre que tal boa vontade falha, repercute direta e negativamente na própria eficácia da tutela judicial. A questão da independência dos tribunais está intimamente ligada com a questão da legitimidade e com a questão da capacidade. A independência dos tribunais é um dos princípios básicos do constitucionalismo moderno, pelo que pode parecer estranho que seja objeto de questionamento. E em verdade, ao contrário do que sucede com a questão da legitimidade, o questionamento da independência tende a ser levantado pelo próprio Poder Judiciário sempre que se vê confrontado com medidas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que considera atentatórias a sua independência. A questão da independência surge assim em dois contextos. No contexto da legitimidade, sempre que o questionamento desta leva o Legislativo ou o Executivo a tomar medidas que o Poder Judiciário entende serem mitigadoras da sua independência. Surge também no contexto da capacidade, sempre que o Poder Judiciário, carecendo de autonomia financeira e administrativa, se vê dependente dos outros poderes para se apetrechar dos recursos que considera adequados para o bom desempenho das suas funções. (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1999).

Percebe-se, então, que o ativismo judicial é capaz de produzir efeitos negativos de grande repercussão, seja de ordem política, seja de ordem social. Com efeito, a partir da análise crítica desse fenômeno, pode-se concluir que o ativismo judicial revela a ilegitimidade do seu prolator, dada a falta de representatividade popular, a ineficiência do Judiciário, como um todo, para cumprir todas as demandas que lhes são apresentadas diariamente, dado o acúmulo exagerado de demandas pendentes de solução, bem como a falta de capacidade financeira para cumprir tais mandamentos.

Ademais, a falta de independência do Judiciário perante as suas próprias decisões e atuações decorre tanto da sua ilegitimidade quanto da sua incapacidade, haja vista que o Judiciário se encontra sempre dependente dos demais poderes para fazer valer as suas decisões.

Assim, por qualquer ângulo que se analise este fenômeno, verifica-se que o ativismo judicial é aferido a partir de uma atuação do magistrado em desconformidade com o sistema jurídico no qual se encontra inserido, motivado pelo alcance da justiça no caso concreto que lhe foi submetido.

Com efeito, tal postura é passível de crítica, uma vez que a violação a preceitos como o da ilegitimidade representativa, da segurança jurídica, da autonomia privada e demais pilares do Direito pode ser extremamente nociva à sociedade e ter, como consequência, o afastamento da tão almejada justiça, conforme será demonstrado.

4.1.1 Da violação ao princípio da separação de poderes

A violação ao princípio da separação de poderes é a consequência mais inconteste quando se analisa o ativismo judicial, uma vez que a intromissão funcional do Judiciário nas funções legislativas e executivas tem relação direta com o primado da separação de poderes.

Para Piçarra o princípio da separação de poderes:

pressupõe uma distinção material das funções estaduais, devendo o desempenho de cada uma caber a um órgão ou grupo de órgãos específico independente dos demais; que esta distinção material das funções estaduais e a separação orgânico-pessoal nela fundada se pautam não só por preocupações de ordem jurídico-dogmática, mas também ou, sobretudo, por preocupações garantistas: pretende-se que nenhum desses órgãos chegue a controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado; que a entrega de cada uma das fracções em que o poder político seja dividido a diversos órgãos há de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso de poder, a favor da liberdade individual. (PIÇARRA, 1989, p.12).

Embora bastante remoto e consolidado, dúvida não há quanto a complexidade desse princípio, uma vez que a definição das funções estatais não é algo que demande uma simples fixação de competências, sendo recorrente para o funcionamento da máquina estatal o exercício de determinada função prevista para outro Poder.

Trata-se das chamadas funções típicas e atípicas dos poderes estatais já mencionados no primeiro capítulo.

Nesse sentido, pondera Piçarra:

Ressalva-se, contudo, que, porque uma separação orgânico-funcional rígida não é viável na prática, a independência entre os vários órgãos não pode ser absoluta, antes

devendo existir entre eles mecanismos de coordenação e interdependência – o que em última análise, reforçará a fiscalização e o controle recíproco. (PIÇARRA, 1989, p. 12).

Partindo dessas premissas, o que se nota, nos dias atuais, é a desconsideração desmedida ao referido princípio; isso porque tem sido cada vez mais comum a sua violação, verificada a partir de decisões marcadas pelo subjetivismo e do desrespeito à repartição de competências entre os órgãos estatais:

Corroborando com a tese de enfraquecimento de um Poder em detrimento de outro, o que se observa hoje é um contexto e um momento em que o significado de separação de poderes parece estar confuso e sem valor, pois assistimos a completa omissão dos poderes executivos e legislativos frente a assuntos que poderiam jogar a opinião pública contra eles, deixando para o judiciário e seu déficit democrático a solução de assuntos graves já que não dependem de eleição para manterem seus cargos e empregos. O que se tem também hoje é uma luta entre poderes por ganhos, tentando sempre a equiparação, e para isto funciona a igualdade entre eles e magistrados atuando como legisladores e o Executivo legislando por meio de infundáveis medidas provisórias. Perde-se deste modo todo o sistema de pesos e contrapesos. Tal cenário é de tal modo aparente, que não se faz necessário nenhum estudo especial sobre direito, bastando a simples leitura diária de um periódico, assistir ao noticiário da TV ou acessar a internet. (GUIMARAES, 2014).

Com efeito, o fenômeno do ativismo judicial tem como consequência a completa mitigação das competências estatais previstas na Constituição de um Estado, a partir do momento em que o julgador permite inovar o arcabouço legislativo nacional para albergar o interesse de uma das partes litigantes na crença de estar alcançando a justiça naquele caso concreto.

Certo é que o compartilhamento das funções estatais é amplamente admitido, não o sendo no que diz respeito à usurpação e à desnaturação dessas funções, conforme se apreende da lição de Ramos:

É de se acrescentar, ainda, que a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado. (RAMOS, 2010, p. 113).

A par de existir um compartilhamento de funções, manifestado no exercício atípico das funções, cada Poder Estatal possui um núcleo essencial que não é passível de delegação, e é justamente esse núcleo essencial que é violado por meio das práticas ativistas verificadas no dia a dia forense, conforme já aventado no capítulo anterior.

Assim, a partir do momento em que o julgador se imiscui na função legislativa, por meio de criação de normas no caso concreto ou mesmo na função executiva, quando determina a execução de políticas públicas não veiculadas pelo Poder Executivo, o que se nota é a franca violação ao princípio da separação de poderes em sua pior vertente.

Nessas hipóteses, há clara interferência na competência alheia e não o mero exercício atípico de função, pois tais funções também estão previstas na lei, não sendo autorizada a livre invasão de competência pelos poderes estatais.

Nesse sentido, Ramos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se esta a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa, e até mesmo da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, alias, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuído a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 116-117).

Dessa forma, a função jurisdicional consubstancia, basicamente, na exigência da observância das normas devidamente elaboradas segundo o processo legislativo competente, garantido, com isso, a efetivação dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Em outras palavras, a função jurisdicional funciona ainda como

um instrumento para a atuação do direito objetivo, visto que “ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza. (RAMOS, 2010, p. 117).

Por outro lado, conforme já mencionado, não se pode negar que a função jurisdicional possui certa dose de criatividade, na medida em que a norma admite certa interpretação para que o maior número de casos concretos sejam submetidos ao seu comando:

As decisões judiciais, portanto, são, [...], necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar

adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. (RAMOS, 2010, p. 119).

Todavia, conclui o autor que “a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilhe a função legislativa.” (RAMOS, 2010, p. 119). Assim, em observância ao princípio da separação de poderes, a liberdade jurisdicional deve ser limitada pelo próprio ordenamento jurídico, tendo em vista que o exercício dessa função de modo desconectado ao sistema e inundado pelo subjetivismo do julgador atenta, em última análise, contra a própria liberdade do cidadão.

Ademais, decisões proferidas com base em uma postura proativa do julgador carecem de legitimidade, tendo em vista a flagrante usurpação das funções constitucionalmente atribuídas e o fomento da politização do Direito, conforme será demonstrado a seguir.

Portanto, por todos os ângulos que se analise, o ativismo judicial, embora movido por um senso de justiça do julgador, tem o condão de afrontar a própria organização de uma nação esculpida no primado da separação de poderes.

4.1.2 Da ilegitimidade de representação e da politização do direito

Ao analisar o fenômeno do ativismo judicial, a questão da ilegitimidade do Judiciário, no que diz respeito à representação popular, assume singular importância.

E a razão é simples, uma vez que não cabe ao julgador investir-se na competência de legislador, a fim de criar normas jurídicas, no julgamento de um caso concreto. Com efeito, a vontade popular é manifestada por meio de normas jurídicas elaboradas por seus representantes, membros do Poder Legislativo e sancionadas pelo chefe do Poder Executivo, todos estes investidos no poder por meio do voto popular.

Porém, o que parece não ser levado em conta é que uma norma jurídica, ainda que de cunho nitidamente protetivo, ao se sujeitar previamente a um processo legislativo passou, em tese, por uma série de comissões e foi objeto de análise da utilidade/necessidade quanto à sua edição; estudos, estes, que não estão disponíveis ao magistrado no momento do seu julgamento.

Já o magistrado que atua de forma proativa e criativa não detém legitimidade para representar a população diretamente, ou seja, não lhe cabe considerar que sua atuação se dá em nome da vontade popular visto não ter decorrido de um processo eletivo.

Galuppo segue essa perspectiva:

Se remontarmos à origem do Constitucionalismo perceberemos que a lógica da separação dos poderes advinha de um desconfiança popular em relação aos poderes constituídos. A reivindicação de que as leis deveriam ser elaboradas apenas pelo Legislativo decorria do fato de que somente esse poder emanava do próprio povo. Em outros termos, enquanto o Poder Executivo se constituía hereditariamente e o Judiciário por nomeação, a legitimidade do Legislativo provinha do próprio povo, através do voto. A partir do século XVIII, o Executivo passou a ser constituído também pelo voto popular e a contar com um novo modo de legitimação: a legitimação democrática. O Judiciário, no entanto, não conta, salvo casos excepcionais, com esse modo de legitimação, razão pela qual ele parece contar com um déficit de legitimidade. Some-se a isso o fato de que os seus integrantes são vitalícios, o que o separa ainda mais da lógica da legitimação pelo sufrágio, que pressupõe a temporariedade do mandato. (GALUPPO, 2008).

Portanto, a legitimidade do Judiciário se destaca a partir do cumprimento da sua função típica, qual seja a resolução de conflitos sociais com base no arcabouço legal colocado à sua disposição. Ademais, qualquer atividade inovadora por parte do julgador deve ter assento no ordenamento jurídico e não no seu senso subjetivo de justiça.

Também neste sentido manifestou-se Galuppo:

Apesar de não se legitimar pelo voto, o Judiciário não é completamente destituído de legitimidade, que decorre, no caso, daquilo que Max Weber chamou de dominação nacional. Analisando o que isso significa, Weber identifica a racionalidade com a eficiência dos meios para atingir determinado fim, demonstrando que o conceito de eficiência está ligado, por sua vez, ao conceito de conhecimento. Quanto mais conhecimento se detém, maiores as probabilidades de escolher eficientemente os meios para realizar uma ação. É por isso que, na modernidade, os juízes são escolhidos por concurso público, e não por sorteio, como se fazia em Atenas, no século 4 a. C. Modernamente, a legitimidade do Judiciário assenta-se em sua capacidade de resolver os conflitos sociais. No entanto, essa não é a única condição de legitimidade do Judiciário. A legitimidade não se assenta apenas na eficiência, mas também na pretensão de correção normativa contida em suas decisões [...]. (GALUPPO, 2008).

Ademais, para melhor elucidação do tema, vale colacionar a lição de Baracho:

A legitimidade dos juízes não esta assentada em sua origem popular, em seu caráter representativo, uma vez que existem sistemas institucionais que procuram o recrutamento constitucional, legal, concursal e burocrático da magistratura. A legitimidade dos mesmos deve ser orientada, então, para o grau de adequação do comportamento judicial e os princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais. Sua legitimidade democrática encontra-se assentada na

exclusiva sujeição dos juízes às leis emanadas da vontade popular. (BARACHO, 1995).

Assim, o que se critica é a atuação do magistrado movido por paixões pessoais e, ao mesmo tempo, desconectado do sistema no qual está inserido sobre o pretexto de se praticar a justiça, conforme aventado por Barroso:

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 os 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 nessa vida - impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2009, p. 9).

Resta ao Poder Judiciário, por expressa competência constitucional, zelar pelo cumprimento e observância das normas jurídicas, bem como os princípios e valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico, ao invés pretender criar normas jurídicas para aplicação ao caso concreto em franca atuação ativista.

A observância às competências legalmente instituídas, bem como a busca pelo equilíbrio na atuação dos poderes estatais, em observância ao princípio da separação de poderes, possibilitam a manutenção do regime democrático de uma nação.

Nesse contexto, surge a questão das normas de conteúdo aberto, ou seja, normas cujos contornos não foram integralmente definidas pelo legislador. Dessa maneira, o magistrado possui um campo de atuação mais aberto em função da própria judicialização, devendo, para tanto, serem respeitados os contornos valorativos e principiológicos decorrentes do ordenamento jurídico.

Todavia, em função da falta de legitimidade representativa do magistrado esta atuação mais livre do magistrado deve ser analisada com cautela, não sendo admitida a assunção da função legislativa por parte do julgador, sob pena de ser causado um gravame ainda mais, qual seja, o abalo ao regime democrático.

Neste sentido, a conclusão de Barroso é:

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental - , o poder criativo do interprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja, dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. (BARROSO, 2009, p. 8 e 12).

Ainda sobre o tema, é importante citar o entendimento de Cittadino que, ao defender o ativismo judicial, pondera acerca da função criativa do magistrado.

No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação de poderes - , os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos (CITTADINO, 2004, p.109).

Assim, deve o julgador, diante da necessidade de integração da norma ao caso concreto, buscar a vontade do povo ao interpretar uma norma jurídica e não fazer valer a vontade de uma das partes litigantes, conforme se infere da ponderação feita por Binembojm:

Os juízes do Tribunal Constitucional, ao desempenhar o seu mister de interpretar a Constituição, devem ser permeáveis aos valores políticos que correspondem aos ideais da razão pública, isto é, valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem. Assim, a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer o que ela é. (BINEMBOJM, 2010, p.81).

Com efeito, o que se rebate não é o aperfeiçoamento e a integração de uma norma em branco, seja ela de cunho constitucional ou infraconstitucional, mas sim o exercício da função legislativa, fruto de um processo criativo do magistrado, pois nesse caso, o vício de representação é manifesto.

Porém, o cidadão parece desconsiderar que seus representantes, eleitos pelo voto popular, são aqueles responsáveis pela edição das leis que balizarão a vida em sociedade e não um determinado magistrado, ou mesmo um Tribunal.

O que se nota é que, muitas vezes, o cidadão deposita nos membros do Judiciário uma confiança tal que acaba por neutralizar a representatividade do Legislativo.

Essa disfunção representativa é levantada por Chauí:

A sacração dos governantes tem ainda como efeito a maneira como se realiza a prática da representação política no Brasil. De fato, como vimos, o rei representa Deus e não os governados e os que recebem o favor régio representam o rei e não os súditos. Essa concepção aparece na política brasileira, na qual os representantes, embora eleitos, não são percebidos pelos representados como seus representantes e sim como representantes do Estado em face do povo, o qual se dirige aos representantes para solicitar favores ou obter privilégios. Justamente porque a prática democrática não se realiza, a relação entre o representante e a população é de favor, clientela e tutela. E é exatamente isso que se manifesta na força do populismo na política brasileira. (CHAUÍ, 2001, p.86).

Dessa forma, a omissão do Poder Público em promover as políticas públicas em atendimento ao interesse público, aliada à apatia da população em lutar por esta representatividade, permite a transferência das expectativas populares ao Poder Judiciário que, por sua vez, acata esse pleito.

Todavia, a assunção por parte do Judiciário desse mister não encontra guarida no ordenamento jurídico, sobretudo na Constituição da República, colocando em risco a própria democracia que se pretende defender.

Portanto, o protagonismo judicial, como forma de representação popular, permite o enfraquecimento das próprias instituições estatais e, em última análise, fomenta a omissão dos poderes públicos, tendo em vista a falta de cobrança pela própria população.

Por outro lado, a prática de ativismo judicial pode conduzir a uma noção distorcida no que diz respeito à diferença entre o Direito e a Política.

Conceituar Direito e Política é algo de extrema complexidade. Todavia, é de senso comum que o Direito consiste no arcabouço de normas, de observância obrigatória, voltadas para regulação das relações entre os indivíduos na sociedade no qual estão inseridos, a ver:

O direito objetivo é, via de regra, definido como o conjunto de regras de conduta que regem as relações suscetíveis de se estabelecer uma sociedade com maior ou menor organização. As normas jurídicas sempre correspondem a prescrições destinadas a ordenar relações sociais impondo determinados comportamentos cujo respeito é assegurado pela autoridade pública. (BERGEL, 2001, p.38).

Em decorrência disso, cabe ao Poder Judiciário zelar pelo respeito ao ordenamento jurídico e o cumprimento destas normas jurídicas. Já a Política está diretamente relacionada ao ato de governar, ou seja, à função de governo e ao ato de administração, aqui entendido como o conjunto de ações voltadas para o atendimento do bem comum, estando a referida função a cargo dos membros do Poder Executivo. Confira-se:

O conceito de Política, entendida como forma de atividade ou de práxis humana, está estreitamente ligado ao de poder. Este tem sido tradicionalmente definido como “consistente nos meios adequados à obtenção de qualquer vantagem” (Hobbes) ou, analogamente, como “conjunto dos meios que permitem alcançar os efeitos desejados (Russell). [...]. O poder político pertence à categoria do poder do homem sobre outro homem, não à do poder do homem sobre a natureza. Esta relação de poder é expressa de mil maneiras, onde se reconhecem fórmulas típicas da linguagem política: como relação entre governantes e governados, entre soberano e súditos, entre Estado e cidadãos, entre autoridade e obediência, etc. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p.955).

Dessa forma, por força de previsão constitucional e mesmo em decorrência do primado da separação de poderes, o dever de instaurar políticas públicas é de competência do Executivo e não do Judiciário, cabendo ao Legislativo elaborar as referidas normas jurídicas externando a vontade popular.

Sobre a relação entre Direito e Política:

Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é justo à vontade de quem detém o poder. [...]. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação que é política e não jurídica. (BARROSO, 2009, p. 9).

Por outro lado, é incontroversa a interação entre o Direito e a Política, tendo em vista que a própria constituição promove este intercâmbio, conforme destaca Barroso:

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 do 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 jurídico, em um esforço de 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 partidárias. [...]. 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. [...]. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido da 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, a luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego da argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação. (BARROSO, 2009, p.10).

Partindo dessas ideias, é possível perceber que a prática do ativismo judicial pode levar à equivocada convicção de que Direito e Política se traduzem na mesma ideia, quando na verdade há apenas pontos de ligação entre os dois ramos da ciência.

Contudo, o maior traço distintivo entre Direito e Política diz respeito à discricionariedade dos titulares dessas funções, uma vez que a discricionariedade judiciária é bem mais limitada, se comparada com a discricionariedade presente na Política.

Em que pese as diferenças entre estas duas esferas, o que se nota, nos dias atuais, é que o ativismo judicial acaba por fomentar a politização do Direito, na medida em que o Poder Público se vê em uma situação confortável em delegar ao Judiciário a apreciação de certas questões de cunho político, que em razão da polêmica que lhes são intrínsecas podem gerar descontentamento do eleitorado e, como consequência, prejudicar as eleições seguintes.

O que se vê com frequência é que os membros do Legislativo e mesmo os do Executivo, movidos por interesses particulares de cunho eleitoral, tem optado por não enfrentarem certas questões, deixando ao Judiciário o encargo que lhes competiam. Nesse caso, o cidadão, descrente de seus representantes, é levado a crer que o Judiciário tem competência para promover políticas públicas.

Ressalvadas, portanto, as hipóteses referentes às normas de conteúdo aberto que admitem certa discricionariedade do julgador, não se deve louvar decisões que buscam criar e

implementar políticas públicas que sequer foram vislumbradas anteriormente, seja por questão de estratégia ou mesmo de omissão do Poder Público competente.

A título de exemplo, cita-se a questão do direito à saúde, esculpido no art. 196 da Constituição da República de 1988, que assim dispõe:

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 2013, p. 133).

A partir de uma leitura inicial do dispositivo, o que se percebe é que o constituinte originário não deferiu ao Judiciário a competência para implementar políticas públicas em matéria de saúde, razão pela qual o Judiciário carece de legitimidade e competência para tanto.

Todavia, percebe-se que, frequentemente, o Judiciário é provocado em função da omissão do Poder Público, mais especificamente do Executivo.

Nessa hipótese, cabe ao magistrado, com base no contraditório, confrontar as partes e, no que diz respeito ao Poder Público, aferir as razões que levaram à sua omissão, apesar da previsão constitucional. Note-se que é possível haver razões relevantes que justifiquem a omissão estatal no fornecimento de determinado medicamento, como por exemplo, a existência de outro medicamento similar e que apresente um custo menor, sem prejuízo do tratamento prescrito. Por outro lado, pode ser demonstrado de forma incontroversa a falta de vontade política em fazer valer este dispositivo constitucional.

Com efeito, somente a partir do cotejo das alegações e da conclusão acerca de uma omissão injustificável é que o Judiciário estaria legitimado a agir em prol do cidadão como forma de assegurar o cumprimento da norma constitucional e efetivar direitos assegurados pelo ordenamento. Para tanto, o magistrado não poderá perder de vista a repercussão social decorrente de seu pronunciamento, razão pela qual, decisões meramente populistas são refutadas por atender apenas a uma parte em detrimento do interesse social.

Decisões carregadas de motivações emocionais e despidas de racionalidade, podem gerar efeitos nefastos para a sociedade que se pretende proteger, conforme se extrai de Barroso no que diz respeito ao fornecimento de medicamento:

1. [...] A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.
2. O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.
3. Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. (BARROSO, 2008, p. 14).

Portanto, cabe ao Judiciário agir com moderação e cautela diante de situações relacionadas às políticas públicas, devendo ser respeitadas as opções feitas pelo legislador e pela administração e rechaçadas fundamentações emotivas e carentes de racionalidade.

A intervenção do Judiciário encontra legitimidade nas hipóteses de descumprimento das normas jurídicas e dos atos administrativos previamente estabelecidos devendo, ainda, serem sopesadas as consequências decorrentes do provimento jurisdicional.

Julgamentos casuísticos e despídos de uma visão holística, acarretam a sobrecarga da sociedade, podendo colocar em risco o atendimento da coletividade em decorrência do atendimento de casos isolados. Por outro lado, ações políticas são mais eficazes por atingir a sociedade como um todo, ao contrário das decisões judiciais que produzem seus efeitos apenas em relação às partes envolvidas naquele litígio, como observa Oliveira:

Indiscutivelmente, os “canais políticos são muito melhores para realizar reformas sensíveis e eficientes” (SUNSTEIN, 2009, p. 187) do que os mecanismos disponibilizados para o Judiciário. Segundo Cass Sunstein, as “decisões judiciais são notavelmente ineficazes para propalar mudanças sociais” (SUNSTEIN, 2009, p. 188), sendo que, o “enfoque nos casos sob litígio dificulta aos juízes a compreensão dos efeitos complexos e frequentemente imprevisíveis da intervenção judicial” (SUNSTEIN, 2009, p. 190). (OLIVEIRA, 2011, p. 137)

Portanto, as consequências decorrentes de um provimento judicial extrapolam o contexto dos litigantes, razão pela qual, uma decisão desprovida de lógica e racionalidade e motivada por convicções subjetivas pode ser nociva a toda a sociedade.

4.1.3 A supervalorização do Judiciário e a sua incapacidade real para consertar o país

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao fato de que o ativismo judicial tem por consequência a promoção e o destaque midiático do Poder Judiciário, causando veneração entre os indivíduos e alçando a posição de único órgão capaz de solucionar os conflitos existentes na sociedade.

Diante de magistrados populistas e paternalistas que buscam reconhecer todo e qualquer tipo de direito levado à sua análise, emerge a crença do indivíduo de ser um mero cliente do Estado, que pode ter ou não seu pedido atendido, e não como um cidadão dotado de direitos e instrumentos legitimamente instituídos.

Essa visão de cidadão cliente encontra terreno fértil num cenário de supervalorização do Poder Judiciário. Da mesma forma que o consumidor tem a certeza de encontrar determinados produtos no varejo, o indivíduo passa a ter certeza que Estado lhe atribuirá todo e qualquer direito reclamado e diante da negativa, esse direito passaria a ser efetivado judicialmente, ainda que inconsistente.

A efetivação do direito, nesse caso, se daria na visão do cidadão de forma automática e decorrente de um simples pedido e não porque, de fato, houve a violação de um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico.

Em decorrência disso, uma das críticas que se faz ao ativismo judicial é a ideia que se tem de que um provimento judicial, ainda que desconectado do ordenamento jurídico, é capaz de acabar com as mazelas do país ou, em uma visão mais simples, daquelas pessoas envolvidas em um determinado litígio.

Diante da omissão dos poderes públicos em atender as demandas populares e da indolência do povo em insurgir contra tal fato, o Judiciário se apresenta como o salvador da pátria, como afirma Garapon:

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia a dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma mora, um grande projeto”. (GARAPON, 2001, p. 48).

Por isso, o Poder Judiciário passa a ser alvo de adoração e visto pela sociedade como a única instituição capaz de solucionar todo e qualquer tipo de litígio, seja de ordem privada, seja de ordem pública, o que, acaba por ocasionar um acúmulo sem precedente de processos pendentes de julgamento e conclusão.

Sobre a supervalorização do Judiciário, destaca-se o pronunciamento de Maus:

Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. (MAUS, 2000, p. 185).

Com efeito, é preciso frear o anseio do magistrado em pretender consertar o país por meio de seus provimentos judiciais, tendo em vista a impossibilidade material em fazê-lo e a falta de legitimidade, conforme já aventado.

Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno, pois, como ensina Konrad Hesse, “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. Tenho para mim que se trata de arroubos reveladores de imaturidade institucional, próprios de um Estado com escassa experiência democrática e que vive as primeiras décadas de vigência de uma Constituição que sinalizou, efusivamente, para dias melhores, como é próprio das Constituições programáticas de nosso tempo. (RAMOS, 2010, p. 273).

Sobre esse ponto, ponderou Mello:

Senhor Presidente, voltamos a apreciar matéria que envolve, a meu ver, um direito fundamental: o direito à segurança jurídica, presente a capacidade política. [...] Aprendi desde cedo que, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o fim ao meio. E tenho presente que se paga um preço por se viver em uma democracia, em um Estado Democrático de Direito, e é módico, ou seja, o respeito irrestrito ao arcabouço normativo, principalmente à Constituição Federal. Senhor Presidente, continuo convencido de que só se avança culturalmente quando se torna prevalecente o Direito posto, o Direito subordinante, principalmente quando possui envergadura maior, como é o Constitucional. [...] Não posso, Senhor Presidente, com base nesse raciocínio, potencializar a ânsia de consertar-se o Brasil, e consertar com "c" e com "s". Em Direito, sabemos - e nossa atuação é vinculada ao Direito posto, não segundo critérios que possamos estabelecer frente ao caso concreto -, os meios justificam o fim, mas não este àqueles. O que nos cumpre perquirir é se, à época em que implementada a renúncia, estabelecia-se, ou não, como consequência, a inelegibilidade. Fora isso, para mim, é a verdadeira "Babel", caso prevaleça a retroação que esta Corte, em consulta respondida, disse que realmente há, a pretexto da aplicação imediata da Lei Complementar nº135 a estas eleições de 2010. Há de se aguardar o pronunciamento, no caso, do guardião maior da Constituição Federal - o Supremo, última trincheira do cidadão. (BRASIL, 2010).

Em síntese:

como bem dito pelo Ministro Marco Aurélio, não se pode desconsiderar o meio, no caso a Constituição, para se atingir um fim. O que se espera no Estado Democrático de Direito é um respeito também aos meios democraticamente instituídos; do contrário não haveria diferença entre este modelo estatal previsto na Constituição e um Estado totalitário ou paternalista. As decisões ativistas analisadas estão impregnadas de um paternalismo dócil, aparentemente inofensivo, que visa tão somente “melhorar”, em detrimento da participação popular, a democracia brasileira. A experiência histórica brasileira, [...], dá exemplos dos retrocessos conseguidos por meio de posturas salvacionistas, messiânicas. É também essa experiência que aconselha que os cidadãos, e não o judiciário, e quem devem concertar e consertar o Brasil. (OLIVIERA, 2011, p.120).

Com efeito, o julgador não tem condições de, isoladamente e por intermédio de decisões ativistas, promover a reconstrução de uma nação por meio da moralização da política e da reorganização da sociedade, principalmente se levar em consideração a inobservância ao corpo normativo do país. Ao contrário, decisões despidas de fundamento no ordenamento jurídico podem fomentar a imoralidade política e desestabilizar a própria sociedade.

Certo é que o legalismo e o formalismo exacerbados já estão sendo temperados pelo próprio ordenamento jurídico. A título de exemplo, cita-se a existência de normas constitucionais e infraconstitucionais que admitem uma maior atuação do julgador que não seja a sua mera aplicação ao caso concreto (normas que apresentam conceito aberto), bem como a existência

de normas processuais que têm relativizado o formalismo característico do processo a exemplo do princípio da instrumentalidade das formas.

Mais uma vez, a observância aos contornos valorativos, principiológicos e normativos do ordenamento jurídico deve ser ressaltada, razão pela qual se torna alvo de crítica à atuação do magistrado que, em seu mister, afasta-se completamente desses parâmetros, ainda que possua um espaço de atuação maior na aplicação da lei.

Portanto, uma decisão marcada pelo ativismo do julgador, ainda que movido pelo instinto da justiça, pode trazer prejuízos imensuráveis a parte sucumbente em detrimento de um suposto direito da parte vencedora da lide, acarretando, em última análise, prejuízos para a própria sociedade, conforme será demonstrado por meio de apontamentos de julgados nos capítulos seguintes.

4.1.4 Sobrecarga do Judiciário e onerosidade do orçamento público

A supervalorização do Poder Judiciário, consequência deste protagonismo judicial, aqui representado tanto pela judicialização como pelo ativismo judicial, e do excesso de confiança depositada no Judiciário também ocasiona o acúmulo de processos, comprometendo, assim, a efetividade dessa função estatal.

Dissertando sobre o tema Nascimento afirma:

Em decorrência do crescimento dos conflitos sociais e da procura do Judiciário para por fim à ameaça ou à lesão dos direitos, a Justiça passou a sofrer de um problema crítico: a sobrecarga dos tribunais. O volume de processos, em todas as esferas da Justiça estatal, cresce constantemente. As demandas versam sobre pretensões que, cada vez mais, exigem urgência e rapidez na solução. Quase a totalidade de divergências sócias são entregues nas mãos desse Poder estatal para a obtenção de solução de problemas dos diversos segmentos e grupos da sociedade, [...] O Estado vê-se incapaz, diante da alta demanda social na busca da jurisdição estatal para dirimir conflitos, em razão da insuficiência da estrutura material, instrumental e pessoal do Poder Judiciário. “O Estado encontra-se, assim, visceralmente comprometido com o processo de acumulação”. Um dos problemas societários gerados por essa transformação do Judiciário foi o aumento da morosidade e de seus custos diante da procura desse poder [...]. (NASCIMENTO, 2008, p. 23).

Nesse sentido, Garapon revela que toda esta confiança depositada no Judiciário, como sendo a última e única fonte de resolução dos conflitos, pode levar a um sentimento de frustração em relação à própria justiça, a ver:

À justiça não cabe resolver todos os problemas, dar a última palavra em matéria de ciência ou história, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem estar das pessoas. Ela não o pode e não o deve, sob pena de mergulhar-nos num inferno sofista frustrante, estéril e destruidor que ninguém deseja. (GARAPON, 2001, p. 265).

No Brasil, a sobrecarga do Judiciário é pública e notória, sendo facilmente comprovada pelo crescente número de ações judiciais que são propostas diariamente.

O estudo “A Justiça em Números”, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça, revela que o ajuizamento de ações novas aumenta a cada ano em proporção muito maior ao número de decisões proferidas pelos magistrados.

É o que se extrai da notícia veiculada pelo site Conjur de autoria de Pedro Canário, a saber:

A produtividade dos juízes e tribunais aumentou no decorrer de 2012, mas ainda está longe de ser o suficiente para dar conta do trabalho. É o que mostra o relatório Justiça em Números, estudo estatístico anual do Conselho Nacional de Justiça que avalia a produtividade, os gastos e o volume de trabalho do Judiciário nacional. O trabalho, lançado na manhã desta terça-feira (15/10), mostra que os juízes estão, de fato, trabalhando mais. Só que número de processos novos na Justiça vem aumentando em proporção muito maior ano a ano. Isso significa que o acervo, que ainda está longe de ser desbastado, continua crescendo ano a ano, numa equação que não se resolve. De acordo com o estudo, o Brasil fechou 2012 com 92,2 milhões de processos em tramitação, dos quais 64 milhões eram ações pendentes de julgamento e 28,2 milhões foram ajuizadas ao longo do ano. Ou seja, o acervo representa 70% do trabalho do Judiciário. No mesmo ano, o número de processos resolvidos, ou baixados, foi de 27,8 milhões de processos. O próprio CNJ conclui que a tendência é que o número de processos em acervo aumente ao fim deste ano. Proporcionalmente, é fácil ver as formas pelas quais a conta não fecha. O número de casos novos aumentou 8% entre 2011 e 2012. Se contado a partir de 2009, quando foi publicado o primeiro Justiça em Números, o aumento foi de 15%. Já o número de processos baixados cresceu, de 2011 para o ano passado, 7,5%. Nos quatro anos desde que o relatório é feito, o crescimento foi de 10%. O número de decisões judiciais, que em 2012 foi de 24,7 milhões, vem crescendo numa taxa mais baixa ainda: menos de 5% ao ano. Simplificando, o Judiciário recebeu no ano passado 28 milhões de casos novos, mas só deu conta de julgar 25 milhões. Só em 2012 o acervo de ações pendentes aumentou em cerca de 3 milhões de processos. “A principal questão que os dados revelam é que o ingresso de novas ações judiciais cresce mais significativamente que a resolução desses processos, tanto em termos do quantitativo de processos baixados quanto de sentenças proferidas. Assim, além do constante aumento de estoque, houve queda de 4,3 pontos percentuais no índice de baixados por caso novo, o que indica que os tribunais não estão conseguindo baixar nem mesmo o quantitativo de processos que ingressaram no Judiciário nesse período”, diz o relatório do CNJ. Segundo o estudo, o número de processos ajuizados foi 12% maior que o número de processos julgados. (CANARIO, 2013).

Portanto, a intervenção excessiva do Judiciário nas relações sociais e a prolação de decisões casuísticas marcadas pela criatividade do julgador conduzem à falsa ideia de efetividade de

direitos, uma vez que acarreta a morosidade dessa instituição e o não atendimento, em tempo hábil, das demais demandas propostas, por falta, inclusive de elemento humano e material para atendimento de tais necessidades.

Nesse caso, fica clara a distorção verificada no processo de judicialização, tendo em vista que o alargamento da fronteira do Judiciário, levantada no primeiro capítulo desse estudo, tem a finalidade de garantir o acesso do cidadão à Justiça para a efetivação de seus direitos.

Essa distorção se manifesta, por exemplo, na morosidade característica do Judiciário em decorrência do acúmulo de demandas, gerando, com isso, o descontentamento da população, em que pese ser o Judiciário uma instituição que ainda detém a confiança da população.

Ao lado dessa sobrecarga do Judiciário, nota-se que as decisões de cunho ativista podem, ainda, onerar sobremaneira o orçamento público fazendo com que toda a sociedade arque com aquela decisão e não somente as partes litigantes. Esse impacto no orçamento público diz respeito ao fato de que políticas públicas que são impostas ao Estado, por meio de decisões judiciais, acabam por gerar gastos para a sociedade de forma não planejada.

Vale ressaltar que toda e qualquer decisão gera impacto no orçamento público. Todavia, o que se questiona é o fato de que uma decisão, movida por questões emocionais e desprovida de fundamentos jurídicos robustos, pode gerar efeitos nefastos para toda a sociedade, uma vez que o orçamento dos entes federados será gravemente afetado em decorrência desse pronunciamento judicial. Tal fato pode ser exemplificado no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, o que acaba por gerar a desorganização da Administração Pública, conforme leciona Barroso:

São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo a um litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. (BARROSO, 2008, p. 28).

Acerca do comprometimento do orçamento do ente envolvido na demanda judicial e o consequente reflexo para toda a sociedade, vale colacionar o apontamento feito por Barcelos citado por Souza:

Ana Paula de Barcelos afirma que “o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo”. Isso porque “preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça -, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça”. (SOUZA, 2012, p. 55).

Ora, sendo necessário o fornecimento do medicamento, o Estado deve sim arcar com o custo; uma vez que ele já deveria ter sido contabilizado, não existindo razão para a sociedade, como um todo, insurgir contra a manifestação da judicialização.

Todavia, o que deve ser levado em consideração é o fato de um determinado medicamento ser fornecido para um litigante de forma discricionária pelo julgador e a sociedade ter que arcar com o impacto orçamentário, além de estar diante do não atendimento de pessoas igualmente necessitadas.

Nota-se, portanto, que a coletividade passa a ser prejudicada em função do atendimento de demandas individuais.

Portanto, a almejada ideia de efetivação de direitos acaba por se ver frustrada diante da dificuldade por parte do Judiciário em exercer sua função em tempo hábil e segundo os interesses dos jurisdicionados, principalmente se a coletividade tiver que arcar com custos não contabilizados pela Administração.

4.1.5 O ativismo em confronto com a democracia e a aproximação ao autoritarismo

Por tudo que foi aventado até o presente momento, a consequência mais perniciosa decorrente do ativismo judicial seria a ostentação de um viés autoritário presente na atuação do magistrado capaz de abalar a própria democracia que o fundamenta.

Sobre a democracia, Barroso a define como sendo a tradução da soberania popular e o governo de maioria, confira-se:

O princípio democrático, por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular: todo poder emana do povo, na dicção expressa do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira. Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc. [...] Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. (BARROSO, 2008, p. 19).

A partir do momento em que as decisões são proferidas com bases nas convicções particulares do julgador, despida, portanto, de uma fundamentação jurídica que a sustente, o que se nota é uma nítida limitação da liberdade do cidadão à medida que esses passam a ser submetidos a decisões arbitrárias.

Em um primeiro momento, tais decisões podem ser louvadas e consideradas interessantes para um cidadão desatento, porém, é preciso ponderar que tais decisões são arriscadas dada a insegurança que lhes são intrínsecas.

Basta imaginar que se um julgador estiver imbuído por ideias antidemocráticas ou mesmo se o país estiver passando por uma fase política delicada, tais valores serão refletidos em suas decisões.

O que se revelava conveniente, em um primeiro momento, passa agora a ser algo extremamente pernicioso, daí porque Ramos (2010) afirma que o ativismo judicial que seduz os incautos e agrupa os aristocratas do direito existe tanto na jurisprudência progressista como na resistência abusiva.

A implantação e a manutenção da democracia requerem um esforço coletivo no que diz respeito à observância dos pilares que a sustentam, não havendo espaço para discricionariedades do julgador.

Nesse sentido, é a ponderação de Ramos:

Destarte, se os principais grupos sociais e lideranças políticas (em sentido amplo, abrangendo desde os chamados formadores de opinião até os líderes partidários e representantes políticos) desacreditam os princípios nucleares do sistema democrático (pluralismo, direitos fundamentais, Estado de Direito, etc) não há como ser bem sucedida a sua implementação (RAMOS, 2010, p. 315).

O que se rechaça é a prática do ativismo judicial marcado por decisões fundadas em valores e princípios próprios do julgador desconectados do ordenamento que o fundamenta.

O magistrado deve se pautar nos princípios condutores do sistema no qual está inserido e, diante da necessidade de interpretar normas jurídicas e aperfeiçoar seu conteúdo, tal prática deve ser feita conforme esses ditames, para que, em última análise, sejam respeitados os princípios democráticos, conforme leciona Ramos:

Apenas um positivismo renovado e reflexivo, [...], e adaptado à peculiaridade existente na interpretação-aplicação de normas constitucionais, está em condições de propiciar o ajuste ótimo entre a criatividade inerente à jurisdição constitucional (*latu sensu*) e o indispensável acatamento aos princípios do Estado de Direito, dentre eles o da separação dos Poderes, impedindo que o voluntarismo bem intencionado, mas institucionalmente desastroso, dos órgãos judiciários acabe por solapar um dos fundamentos mais caros de qualquer democracia: o respeito à soberania popular e à participação política que dela decorre. (RAMOS, 2010, p. 316).

Nesse contexto, o processo legislativo assume, mais uma vez, uma significativa importância por traduzir e representar a vontade popular, razão pela qual, qualquer mudança do ordenamento jurídico também deve se dar por meio do processo legislativo e não por casuísmos do julgador.

Daí porque a ideia de construção da democracia no caso concreto pelo julgador pode ser capaz de abalar os princípios democráticos que o sustenta, conforme afirmam Vianna *et al*:

Na democracia, a Corte Constitucional deve-se limitar a uma compreensão procedimental da Constituição e “entender a si mesmo como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais” [...]. A função da Corte Constitucional, originária ou não do Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democrático para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a se de arrogar o papel de legislador político. (VIANNA *et al.*, 1999, p. 29).

Ainda como forma de abalo aos princípios democráticos, é possível verificar que por meio de uma postura paternalista, manifestada por decisões judiciais, o Estado transfere para a

sociedade gastos e a responsabilidades que naturalmente eram atribuídos para si. Mais uma vez o viés autoritário dessa prática se revela, tendo em vista que, à sociedade, são impostas certas consequências que não lhe eram atribuídas inicialmente, ao passo que o Estado se vê livre de determinados ônus que lhe seriam cabíveis por natureza, conforme já aventado neste capítulo.

A indagação que se faz em relação ao ativismo judicial diz respeito à análise da real necessidade de se atuar de forma beneficente em relação a um grupo considerado, de antemão, vulnerável, e saber qual seria o grupo-alvo dessa conduta estatal.

Questiona-se, ainda, a legitimação do magistrado em albergar o interesse de uma das partes pelo simples fato de considerá-la merecedora de uma proteção específica. Ou seja, o questionamento sobre esse tema diz respeito aos limites da ingerência do Estado em uma esfera nitidamente privada.

Com efeito, não existe justificativa plausível em constranger o cidadão a tomar determinadas decisões ou submetê-lo a outras emanadas do poder público, sob o pretexto de que aquela decisão estaria lhe trazendo o bem, quando na verdade, em todas essas hipóteses, trata-se de uma pessoa capaz, livre e que, muitas vezes, não concorda com aquele tipo de proteção ou não tomaria aquela decisão.

Ademais, é importante lembrar que o cidadão participa de forma significativa desse processo decisório, tendo em vista que as normas jurídicas foram elaboradas por ele por intermédio do Poder Legislativo, razão pela qual, cabe ao cidadão cobrar a observância a essas normas legitimamente instituídas, sendo, portanto, o guardião último da constituição, conforme assevera Galuppo:

A revelação do verdadeiro sentido de uma Constituição no Estado Democrático de Direito pressupõe duas condições: primeiro, o reconhecimento de que a Constituição é plural e, segundo, o reconhecimento de que o intérprete (guardião) último da Constituição não é, como se supõe, um órgão do Estado, como o próprio Supremo Tribunal Federal, mas o próprio povo. Ao povo, em um Estado Democrático de Direito, compete guardar a Constituição e o pluralismo que ela manifesta. (CRUZ, 2001, p. 63-64).

Por essa razão, cabe ao Judiciário, mediante provocação, zelar pela manutenção do pacto democrático, ficando a cargo do cidadão, por intermédio dos seus representantes tradicionais

(membros do legislativo e chefes do executivo), o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico como forma de impedir uma situação de déficit democrático.

Assim, práticas ativistas de magistrados, fundadas em valores individuais e casuísticas, na busca pela efetivação de direitos atentam contra a democracia por desconsiderar a identidade plural da sociedade e o processo legislativo, ferindo frontalmente, os anseios do cidadão, embora possa parecer que os mesmos estão sendo atendidos.

Conforme é cediço, decisões emanadas pelo Judiciário também ostentam as características da imperatividade e coercibilidade de maneira que devem ser observadas e cumpridas por todos aqueles que estão envolvidos naquele provimento jurisdicional.

Em decorrência disso, quanto mais o Poder Judiciário interferir nas relações privadas e com isso passar a decidir pelo próprio cidadão, menos liberdade experimentará esse indivíduo, o que lhe conduzirá, certamente, para uma posição de servidão e passividade perante o ente estatal.

Portanto, é preciso ponderar sobre as possíveis consequências advindas de uma política paternalista externada por meio do ativismo judicial, embora em um primeiro momento, esse tipo de decisão venha a agradar os cidadãos, conforme se infere do apontamento de Barroso:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não um problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise da representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2009, p.14).

Diante dessas possibilidades, deve o julgador tentar buscar encontrar o “equilíbrio entre a ousadia e criatividade, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade”. (RAMOS, 2010, p. 274).

Nesse sentido, é o caminho indicado por Barroso (2008):

A atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos

órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção (*sic*). (BARROSO, 2008, p. 26).

A autocontenção, então, destaca-se como uma proposta voltada a solucionar, ou pelo menos suavizar, a questão relativa ao ativismo.

Trata-se de um juízo de ponderação e conscientização feita pelo julgador, no exercício de sua função, no sentido de que o Judiciário deva atuar de forma mais modesta no que diz respeito a matérias que trazem consigo controvérsias políticas. Tal contenção visa justamente impedir a alegada intervenção de um poder sobre o outro:

Ao revés do ativismo, a auto-contenção significa uma postura mais contida dos juízes quando estes se depararem com casos difíceis, que exijam, em certa medida, o exercício criativo da jurisdição. É o que ocorre, por exemplo, quando se vêem decisões que deixam de conceder uma determinada tutela sob o fundamento de que a efetividade do direito em discussão é de competência do legislador e/ou do administrador, porque primeiros destinatários da norma em questão. A postura de auto-contenção é, em certa medida, preocupada com a falta de legitimidade democrática do julgador para decidir sobre escolhas feitas pelos poderes constituídos, haja vista que seus representantes foram democraticamente eleitos, por uma maioria, para representarem os interesses da sociedade. Conforme sobredito, a preocupação fundamental dos partidários da auto-contenção judicial é o fato de uma minoria qualificada – os juízes – “criar” e impor normas a toda uma coletividade, sem que esta mesma coletividade os tenha – democraticamente – escolhido para fazê-lo. E, de acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, o núcleo central da teoria democrática é que as normas somente serão legítimas quando os seus destinatários participarem de sua produção. Em outras palavras, é necessário “identidade entre governantes e governados.” A partir disso, foram desenvolvidas diferentes teorias partidárias da auto-contenção judicial. Um de seus principais defensores é Jürgen Habermas, para quem a jurisdição constitucional deve garantir o devido processo legislativo, o devido processo constitucional e os direitos fundamentais. É que, para Habermas, uma decisão somente será legítima se tiver origem no consenso de seus destinatários. [...] Há ainda outros modelos teóricos em favor da auto-contenção. Um deles é o de Bruce Ackerman, que defende o reconhecimento dos direitos fundamentais também através de uma perspectiva procedimental, na medida em que os indivíduos devem ter assegurada constitucionalmente a sua participação no processo de formação do conteúdo e do estabelecimento dos destinatários desses direitos fundamentais. À semelhança de Habermas, essa participação será feita dialogicamente, discursivamente, em um ambiente que propicie a deliberação popular. [...] para Ackerman, o Judiciário, apesar de exercer papel substancial, de defesa da constituição, seria apenas preservacionista e, o povo é que seria ativista, criador de norma (PEREIRA, 2014, p. 22; 24).

Portanto, diante de situações que permitem maior liberdade e discricionariedade dos magistrados, estes devem atuar com equilíbrio e ponderação, utilizando dos recursos previstos em lei, e não segundo os seus ímpetos heroicos.

Dúvida não há de que tal equilíbrio não é fácil de ser alcançado e também ostenta um caráter subjetivo no que diz respeito ao que seria esse almejado equilíbrio. Todavia, os magistrados devem se concentrar em buscá-lo, pois para a manutenção e efetivação da democracia não há espaço para posturas omissas ou mesmo criativas por parte dos membros do Poder Judiciário.

Em suma:

Contrariamente ao que podem sugerir as decisões ativistas, propulsoras dessa estatolatria doce imperceptível ao promover “melhoras” sociais, a democracia “não é apenas uma opção de regime dentre outras igualmente disponíveis em todos os momentos e lugares, mas, mais propriamente, constitui uma resposta a desafios e a aspirações históricas” (DALLMAYR, 2001, p. 13). Dentre essas aspirações históricas, destaca-se o desejo de construção de uma identidade pluralista, por meio da qual nenhum projeto de vida se sobrepõe aos outros e, com base no qual, não é dado ao judiciário construir uma identidade, mas, sobretudo, defender a existência da diversidade, da democracia. E é exatamente por não ser simplesmente uma opção dentre outras, e sim uma conquista histórica, que a democracia não pode ficar à margem, como se fosse uma mera coadjuvante das benesses distribuídas pelo Judiciário. Dar vazão aos fins da Constituição, desconsiderando os meios para tanto, significa negar os pressupostos democráticos. (OLIVEIRA, 2011, p. 139).

Por outro lado, diante de questões previstas no ordenamento jurídico de forma clara e objetiva, deve o magistrado verificar se a norma prescrita deixa espaço para relativizações, sob pena de provocar um mal ainda maior para os jurisdicionados. Por outro lado, diante de normas de conteúdo aberto e que dão espaço para o julgador atuar de forma mais livre, a mesma prudência deve ser perseguida. Ademais, o próprio ordenamento jurídico concede instrumentos que auxiliam na integração de tais normas.

Com efeito, o processo legislativo não consegue abarcar todas as situações possíveis ocorridas no seio social, daí porque as lacunas legais são bastante comuns e, até mesmo necessárias, para permitir a evolução desta sociedade.

Em função disso, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determinou em seu art. 4 que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (BRASIL, 2012, p. 225)

Sobre o processo de integração das normas

A questão dos modos de integração diz respeito aos instrumentos técnicos à disposição do intérprete para efetuar o preenchimento ou a colmatação da lacuna.

[...] Quando se refere aos meios de integração, a doutrina fala em analogia, costumes, equidade, princípios gerais de direito, indução amplificadora, interpretação extensiva, etc. [...] não podemos esquecer que os diversos ordenamentos jurídicos nacionais enfrentam a integração de modo diferente, havendo os que expressamente determinam quais são os instrumentos, como é o caso brasileiro, mas havendo também os que são omissos a esse respeito, gerando uma espécie de lacuna de segundo grau por falta de norma sobre o modo de preenchimento, como é o caso do ordenamento alemão. [...] Em suma podemos dizer que, na verdade, a questão da lacuna e dos limites à integração é uma espécie de invenção do pensamento dogmático que permite, **de modo controlado**, a decidibilidade de conflitos não regulamentados de forma positiva. (FERRAZ JUNIOR, 1994, 294-295;302)

Enfim:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada em Gilberto Amado, “querer ser mais do que é, é ser menos”. (BARROSO, 2008, p.14).

Assim, embora haja divergências na doutrina quanto à legitimidade de uma postura ativista por parte do Judiciário, bem como quanto ao espectro de atuação do julgador, há que se preservar o sistema democrático, razão pela qual, Garapon (2001, p. 265) afirma que o vocábulo da democracia deve encontrar novamente sua força e seu frescor originais: cidadão, terceiro, neutralidade, imparcialidade, erro, responsabilidade, regra.

Portanto, o que se visa combater é a profusão da atividade criativa do magistrado, já que “só na democracia o direito pode se desenvolver de forma a cumprir a sua tarefa de permitir a coexistência de diferentes projetos de vida sem ferir as exigências de justiça e de segurança, necessárias à integração social.” (GALUPPO, 2002, p. 152).

Dessa forma, o ativismo, marcado pela criatividade do julgador, deve ser contido pela própria democracia, tendo em vista que essa atuação do magistrado pode vir a inibir a liberdade dos cidadãos e da própria sociedade, conforme será demonstrado por meio da análise de julgados.

5 ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO SOB A ÓTICA DO EMPRESÁRIO

Para o presente estudo, ao buscar diferenciar o fenômeno da judicialização e do ativismo e analisar o atual papel do Judiciário na sociedade contemporânea, o que se pretende é auferir os possíveis efeitos negativos que a postura proativa dos membros do Judiciário pode acarretar para a sociedade, e, mais especificamente, para empresariado nacional.

Em função disso, serão fixados os pontos negativos decorrentes do ativismo judicial experimentos pelos empresários no exercício de sua atividade. Com efeito, a atividade empresária, externada pela atividade comercial, sempre ocupou um papel de destaque no seio da humanidade, sobretudo no que diz respeito ao seu desenvolvimento.

Tal fato pode ser comprovado a partir do grande fascínio existente em torno do consumismo, que, mediante o estímulo decorrente do avanço tecnológico que tem permitido a facilitação na aquisição de bens e serviços.

Em virtude desse avanço e da importância assumida pela atividade empresarial, a regulamentação dessa atividade se tornou necessária, sobretudo com o fim de evitar ou mesmo de conter os abusos dela emergente, conforme disserta Theodoro Júnior:

Os fenômenos de intercâmbio de bens e de convivência entre os homens são derivados de sua própria natureza gregária. São, por isso mesmo, anteriores a sua regulamentação jurídica e, ao longo da evolução das sociedades organizadas politicamente, continuam a inovar e surpreender os legisladores. Dessa maneira, não é o direito que cria a realidade da circulação de riquezas. Ele apenas constata essa realidade e procura outorgar à sociedade instrumentos que orientem as pessoas a se garantirem contra práticas abusivas e a contarem com o apoio da autoridade estatal para atingir os resultados econômicos legítimos, dentro de um ambiente de equilíbrio e segurança. As relações econômicas nascidas da necessidade de convivência social vão progressivamente sendo submetidas ao comando da ordem jurídica, onde preceitos cogentes se impõem à observância dos agentes da circulação de riquezas, dentro de um sistema de autoridade, em que os órgãos da sociedade politicamente organizada se valem até mesmo da força para manter seu projeto de disciplina das relações socioeconômicas entre seus membros. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p.3).

Assim, em função da evolução do comércio ao longo dos anos e da intensa participação das operações comerciais na vida moderna, vários ramos do Direito, tais como o Direito Empresarial e o Direito do Consumidor, se encarregaram de regulamentar as inúmeras

relações jurídicas que a partir daí se formavam, podendo ser ressaltado que, no Brasil, a base e o fundamento dessa legislação se encontra na própria constituição.

Nesse contexto, é possível verificar a ocorrência do fenômeno da judicialização, conforme as bases lançadas neste trabalho, tendo em vista que ao lado do desenvolvimento das relações mercantis, nota-se uma crescente participação do Judiciário como efetivador da regulamentação existente no ordenamento jurídico sobre essas relações.

Entretanto, conforme será demonstrado nesse capítulo, a participação do Judiciário, caracterizado por uma postura ativista do julgador, tem trazido sérias consequências ao empresário, o que, em última análise, vem causando embaraços no desenvolvimento da empresa.

5.1 Da judicialização das relações empresárias – Análise principiológica

No Brasil, a judicialização das relações empresárias pode ser destacada a partir da ingerência da constituição sobre a atividade empresaria, em função da importância e do aumento da expressividade da empresa e do empreendedorismo verificados na sociedade.

Em virtude disso, o Estado Democrático de Direito, instaurado a partir da Constituição da República de 1988, alçou as relações empresárias para o seio constitucional do ordenamento jurídico pátrio – verificado a partir da regulamentação no Título VII da atividade econômica e financeira (artigo 170 a 192 da Constituição da República de 1988).

Para a compreensão desse processo de judicialização, é importante destacar o conceito de empresário, bem como as características que o diferem das demais categorias profissionais, para, em seguida, compreender a importância desse ator social na sociedade contemporânea.

Conforme se extrai do art. 966 do Código Civil de 2002, a definição de empresário decorre da atividade por ele exercida. Assim, aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, será, então, considerado empresário (BRASIL, 2012, p. 361).

A partir dessa definição é possível perceber que o empresário ostenta características próprias, marcadas pela habitualidade do exercício da atividade e pelo intuito de obtenção do lucro.

Em virtude dessas características, o empresário possui estado de espírito e ética próprios que o diferencia das demais categorias profissionais, razão pela qual, sua atividade recebe um tratamento específico do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, leciona Gontijo:

O Direito Empresarial tem entre os seus princípios o individualismo e a onerosidade presumida nas relações. Isso gera no empresário uma mentalidade, uma ética, um estado de espírito e atitudes diversas daquelas do cidadão comum. Quando determinada pessoa assume a atividade empresarial, ela paulatinamente absorve essa forma de pensar e agir, que não se coaduna com aquela que se dá ou pelo menos se espera que se dê em relação ao civil, à cooperativa, ao servidor público ou a uma sociedade simples, cuja ética, atitudes, maneira de pensar espera-se (pelo menos o legislador nisso acreditou) sejam diversas das do empresário. Observe-se que a própria vedação do exercício da profissão de empresário, por exemplo, para o servidor público, para o juiz, o promotor, somente se compreende como constitucional e, portanto, não violadora do art. 5º, XIII, da Carta de 1988 quando contemporizada com o escopo que orienta a proibição, que é exatamente impedir essas pessoas de absorverem a ética, o comportamento, ou seja, o “estado de espírito” do empresário. (GONTIJO, 2004, p. 3).

Em função da ética empresarial, típica do empresário, e da importância assumida pelas operações comerciais na vida moderna, o ordenamento jurídico pátrio passou a dar maior relevância ao tema, sendo, inclusive, extraídas da Constituição da República de 1988 as normas relativas a esse ramo do Direito.

Ademais, a partir da redemocratização do Brasil, por meio da consolidação de uma constituição, e da afirmação da importância da atividade empresarial para a sociedade, nota-se uma sistematização, de cunho constitucional, do Direito Empresarial, conforme notícia Tavares:

No Brasil encontra-se em vigor, desde 1988, a chamada “Constituição cidadã”, que inaugurou uma nova ordem democrática para o país, eliminando o peso autoritário do regime anterior. Este não é um dado meramente teórico ou secundário, considerando-se que também à empresa e ao empreendedorismo é crucial saber acerca dos limites do Estado. [...]. Uma ordem não democrática elimina o espaço de segurança mínimo que se requer para o florescimento da empresa. [...] Não existe propriamente um recorte expresso para um sistema constitucional da empresa, ou seja, uma seção ou parte específica da Constituição Brasileira de 1988 manifestamente vinculada à normatização das empresas, como há para o campo econômico, do trabalho e da ciência e tecnologia, para citar três exemplos

diretamente imbricados com a empresa. Todavia, é possível falar em princípios e regras constitucionais que se ligam mais propriamente ao temário pertinente à vida empresarial, constituindo um sistema constitucional implícito ou disperso da empresa. Aliás, em um modelo capitalista, não há Constituição que deixe de apresentar um sistema próprio da empresa, privada ou pública. (TAVARES, 2013, p. 24).

Com efeito, é preciso atentar-se ao fato de que, em que pese o ordenamento jurídico pátrio ter revelado a sua ótica capitalista, nota-se também uma expressiva intervenção Estatal nessa atividade. Tal fato decorre dos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil, calcados em questões sociais, tais como, o respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 4 da Constituição da República de 1988).

Da leitura da Constituição da República de 1988 é possível extrair normas relacionadas aos direitos e deveres relacionados ao exercente da empresa, representadas por um conjunto de liberdades que garante, protege e regula tal atividade no Brasil (TAVARES, 2013, p. 29), bem como obrigações impostas ao titular no exercício da sua atividade empresarial.

Inicialmente, Tavares demonstra que a atividade empresarial pugna pelas liberdades constitucionalmente previstas, tais como, a liberdade de locomoção e circulação de pessoas, de circulação de mercadorias lícitas, de expressão e comunicação, liberdade de associação, de contratação etc. Ao lado disso, ressalta o autor que o texto constitucional previu expressamente liberdades econômicas que se relacionam diretamente à empresa.

E acrescenta que:

É precisamente com as previsões das liberdades econômicas – *referentes ao setor privado, no qual a atividade empresarial se encontra* – que as liberdades empresariais encontram o núcleo de seu âmbito normativo constitucional. Por esse motivo, (i) após esta breve introdução, cumpre tratar, primeiramente, dos princípios inter-relacionados de Direito constitucional econômico e de Direito constitucional da empresa, que se traduzem nos seguintes direitos: (ii) livre -iniciativa; (iii) livre concorrência; (iv) propriedade privada [...] ⁸.(TAVARES, 2013, p. 31).

⁸ Vários são os princípios que orientam a atividade empresária, conforme se extrai da extensa doutrina sobre o tema. A Constituição da República em seu artigo 170 relaciona nove princípios como sendo os informadores da atividade econômica nacional. São eles: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca de pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Além disso, a doutrina ainda elenca outros princípios. A título de exemplo, Coelho, Mamede e Tavares dissertam em suas obras, respectivamente, acerca dos princípios da “eficácia dos usos e costumes”, “princípio da liberdade de contratar” e “direito à imagem”. Contudo, nesta pesquisa, não será feito um estudo exaustivo dos princípios reguladores da ordem econômica e do próprio Direito Empresarial. Serão destacados alguns princípios,

No que tange o princípio da propriedade privada Tavares destaca que

além dos princípios acima analisados, não se pode falar em atividade empresarial sem antes tratar do direito de propriedade. [...]. No desenvolvimento universal do conceito caminhou-se, em primeiro lugar, de uma concepção coletiva da propriedade, considerada como bem comum de todos, para chegar, então, à idéia de um direito individual e absoluto, até se alcançar, por fim, a concepção atual de que, embora assegurada individualmente, a propriedade deverá atender a sua função social. [...] A Constituição Brasileira, é certo, também arrola a propriedade privada e sua função social entre os princípios gerais da ordem econômica, nos incisos II e III do art. 170. Dessa forma, embora a propriedade esteja prevista entre os direitos individuais, está igualmente inserida entre os princípios da atividade econômica. Isso nos autoriza compreender a propriedade privada como princípio constitucional econômico, capaz, inclusive, “de identificar um determinado sistema econômico vigente”. [...] Com efeito, a proteção e a garantia da propriedade privada de bens materiais consistem em elementos essenciais para a atividade empresarial. Resguarda-se, portanto, seu valor patrimonial e seu uso e gozo. O ordenamento jurídico pátrio e a Constituição de 1988 albergam também o direito de propriedade imaterial, ou seja, aqueles bens incorpóreos cuja propriedade e desfrute econômico devem ser respeitados. [...] Tais direitos são necessários diariamente na vida empresarial. A título de exemplificação, toda empresa precisa registrar seu nome comercial na Junta Comercial competente (cf. Lei 8.934/1994). O direito brasileiro reconhece, pois, a importância do nome comercial ou nome empresarial, regulamentando seu registro. Mais clara ainda é a questão da propriedade industrial, regulada pela Lei de Propriedade Industrial – Lei 9.279, de 1996. (TAVARES, 2013, p.62-73).

Com efeito, função social da propriedade se manifesta de diversas formas, devendo ser ressaltada a sua importância para a economia, conforme se extrai do texto a seguir:

A idéia de função social aqui diz com o fato de o titular do direito utilizar as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este tem capacidade de produzir, ficando sujeito às cominações legais se não o fizer, fundamentalmente para que a propriedade possa ser recolocada em seu caminho normal. A função social, aqui, insisto, visa justamente a fazer com que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim econômico a que se destina, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos. [...] Desde a chamada Economia Neoclássica, a economia insiste com o fato de que os direitos de propriedade sejam definidos da forma mais clara e precisa possíveis, justamente para oportunizar a proteção efetiva destes direitos contra a interferência de terceiros, e isto é neural na abordagem econômica da propriedade haja vista que direitos que não sejam seguros desestimulam investimentos. Daí a advertência de Coase no sentido de que os Tribunais compreendam as consequências econômicas de suas decisões envolvendo a propriedade, não criando muitas incertezas quanto às regras do jogo do mercado, justamente para estabilizar expectativas, ampliando a previsibilidade e segurança dos resultados negociais. Decorre daqui a importância de outro instituto jurídico que é o contrato. (LEAL, 2010, p. 118;121).

sobretudo de cunho constitucional (art. 170 da Constituição da República de 1988) atinentes à ordem econômica por se relacionarem diretamente ao tema proposto.

Ao lado dos direitos fundamentais, a Constituição da República de 1988 também impõe deveres a serem observados pelo empresário. Neste contexto a ideia de função social se destaca a partir do momento que fundamenta e dá sentido aos deveres constitucionais da empresa, conforme destaca Tavares:

Ver-se-á que a noção de função social opera como um grande “instituto heurístico” que alberga e dá sentido aos deveres constitucionais da empresa. Daí porque se fala, doutrinaria e jurisprudencialmente, em “função social da empresa, que abarca, em si, múltiplos deveres específicos que decorrem da noção de função social da empresa”. (TAVARES, 2013, p. 92).

Com efeito, nos dias atuais, vislumbra-se que o interesse na atividade empresarial não está atrelado apenas aos interesses do titular da empresa, mas sim, aos vários outros atores sociais que com ela se relaciona, tais como os consumidores, os trabalhadores, o fisco, os fornecedores, dentre outros.

Contudo, o princípio da função social da empresa vem sendo muito explorado pelo Judiciário. Em função do fenômeno do ativismo judicial tem-se notado uma supervalorização deste princípio, sobretudo, em detrimento do interesse dos empresários, conforme será demonstrado no capítulo seguinte através da análise de julgados.

A empresa, portanto, deve atingir um objetivo útil que extrapola o âmbito de seu titular, como afirma Wald:

A revolução empresarial justifica, pois, que a empresa não mais se identifique com o seu proprietário ou controlador, mas represente também a sua diretoria, seus executivos, seus técnicos, seus trabalhadores, ou seja, as equipes e os equipamentos que constituem o todo. Tal fato também decorre de não mais se considerar como únicos fatores de produção o capital e o trabalho mais de se incluir, entre os mesmos, dando-lhe maior relevância, o saber, ou seja, a tecnologia, que assegura a produtividade da empresa e na realidade o seu presente e o seu futuro, abrangendo tanto as técnicas industriais e comerciais como a própria técnica da gestão. A visão realista do mundo contemporâneo considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, núcleo central da produção e da criação da riqueza, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo. Não há mais dúvida que são os lucros de hoje que, desde logo, asseguram a melhoria dos salários e que ensejam a criação dos empregos de amanhã. (WALD, 2011, p. 31)

Nesse contexto, vislumbra-se o princípio da função social da empresa, que, por sua vez, “tem origens históricas muito interessantes, ligadas ao reconhecimento de deveres externos da empresa”. (COMPATATO; CALIXTO FILHO, 2005, p.132). Do ponto de vista histórico,

Comparato e Salomão Filho demonstram o cenário no qual floresceu a necessidade de se reconhecer a importância exercida pela empresa não só em relação ao seu titular, mas em relação a toda coletividade, com o intuito de cumprir um objetivo útil no exercício da atividade econômica.

Falar em interesses externos à empresa, a serem atendidos pelo empresário ou controlador, é usar de linguagem inteiramente estranha à tradição do capitalismo liberal. Para este, o empresário é proprietário dos meios de produção e, como tal, tem direito ao exercício da atividade empresarial, como poder inerente à propriedade (Código Civil de 2002, art. 1.196), e à apropriação dos lucros, como fruto de bens próprios. A instituição do Estado social impôs, no entanto, duas consequências jurídicas da maior importância para a organização das empresas. De um lado, o exercício da atividade empresarial já não se funda na propriedade dos meios de produção, mas na qualidade dos objetivos visados pelo agente; sendo que a ordem jurídica assina aos particulares e, especialmente, aos empresários, a realização obrigatória de objetivos sociais, definidos na Constituição e instrumentados na lei do plano. De outro lado, o lucro, longe de aparecer como o fruto da propriedade do capital, passa a exercer a função de prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresarial, obedecendo as finalidades sociais fixadas em lei [...]. No seio da empresa, a harmonia entre os diferentes interessados supõe, primeiramente, o respeito às normas-objetivo inscritas na Constituição, como busca da justiça social e a valorização do trabalho, condição da dignidade humana. (COMPARATO; SALOMAO FILHO, 2005, p.365).

No Brasil, desde o Código Comercial de 1850 (art. 244)⁹ já se notava uma preocupação em não reconhecer a lisura de uma atividade que fosse exercida em prejuízo dos interesses dos colaboradores. Posteriormente, essa ideia ganhou relevo a partir da regulamentação da sociedade anônima (Decreto-Lei 2.627/4¹⁰ e Lei 6.404/76¹¹) ao ficar determinado que tanto o acionista controlador como a própria administração da companhia devem se ater à função social decorrente do exercício da empresa.

Nesse sentido, dispõe o art. 116, § único da Lei 6.404/76:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com

⁹ Código Comercial de 1850. Art. 244 - O comerciante empresário de fábrica, seus administradores, diretores e mestres, que por si ou por interposta pessoa aliciem empregados, artífices ou operários de outras fábricas que se acharem contratados por escrito, serão multados no valor do jornal dos aliciados, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, a benefício da outra fábrica. (BRASIL, 2014).

¹⁰ Decreto-Lei n. 2.627/40. Art. 116, §7º: A sociedade anônima ou companhia será administrada por um ou mais diretores, acionistas ou não, residentes no país, escolhidos pela assembléia geral, que poderá destituí-los a todo tempo. §7º. Os diretores deverão empregar, no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como no do bem público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar, na administração de seus próprios negócios. (BRASIL, 2014).

¹¹ Lei. n. 6.404/76. Art. 154: O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. (BRASIL, 2014).

os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (BRASIL, 2014).

Mas foi com o advento da Constituição da República de 1988 que o princípio da função social ganhou maior visibilidade no ordenamento jurídico pátrio, a partir da noção de função social da propriedade e, que, por decorrência lógica, culminou na ideia de função social da propriedade dos fatores de produção dos agentes econômicos, conforme se extrai das inferências de Lopes:

Decorrência necessária do reconhecimento da função social da propriedade e da função social do contrato foi a posterior discussão sobre a função social da empresa, como instituição cuja importância só aumentara no século XIX, não só no âmbito econômico, mas também no político e no social. Com efeito, a empresa assumirá o papel de célula social catalisadora de aspirações, de anseios de prosperidade; de credora e, ao mesmo tempo, devedora da comunidade, o que evidenciava a sua natureza como comunidade de trabalho e de capital. Se toda atividade da empresa partia da utilização da propriedade e do contrato, é inequívoco que as transformações sobre estes institutos teriam reflexos diretos na própria empresa. Por outro lado, a sua crescente importância fez com que uma atenção especial fosse conferida aos bens de produção. (LOPES *apud* PEREIRA, 2010, 68).

A partir da previsão expressa do princípio da função social, a Lei n. 11.101/2005¹², destinada a regular a recuperação e a falência do empresário, demonstra, de forma incontroversa, que o instituto da recuperação de empresa tem como objetivo viabilizar o soerguimento da empresa em crise econômico-financeira em razão da função social por ela exercida na coletividade.

Em função da importância da atividade empresarial para a sociedade, externada, sobretudo, por meio do cumprimento da sua função social, verifica-se que o empresário também está sujeito à observância de vários deveres, como sustenta Tavares:

Em primeiro lugar, (i) no tocante ao princípio da livre iniciativa [...] mostra-se evidente que a função social da empresa se apresenta como uma limitação à autonomia privada da busca do lucro. É desnecessário dizer que a busca pelo lucro não é apenas constitucionalmente legítima, pois, [...] é constitutiva da ordem constitucional econômica do Brasil. Contudo, uma busca desenfreada, socialmente deletéria, que não respeite outros valores constitucionais, estará impossibilitando que a empresa exerça sua função social. [...] (ii) no tocante às relações de trabalho, é necessário que a atividade empresarial atente para a “valorização do ser humano” (cf art. 170, caput, da Constituição do Brasil). Além de operar dentro dos direitos trabalhistas [...] as empresas têm uma função na concretização da busca pelo pleno emprego. Ainda, (iii) a função social da empresa requer que ela opere tendo em vista que a qualidade de seus serviços e produtos, respeitando o direito dos consumidores,

¹² Lei 11.101/76. Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2014).

disciplinado pela Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor. Por fim, (iv) um dos desdobramentos mais relevantes, não apenas do ponto de vista constitucional, mas também dos debates internacionais de nosso tempo, é a preocupação com a garantia do desenvolvimento sustentável e do meio ambiente. (TAVARES, 2013, p. 107).

Com base nestes direitos e deveres empresariais verificados em sede constitucional, outros diplomas infraconstitucionais foram e vêm sendo editados sob a orientação da constituição vigente demonstrando, por via reflexa, a efetivação da judicialização na seara empresarial.

Ainda sobre a base constitucional do Direito Empresarial e a valorização do empreendedorismo, já se afirma que:

A livre ação econômica e jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, ainda que nos limites em que não atende contra o trabalho. Em oposição, a valorização do trabalho também é um dos pilares desse mesmo Estado Democrático de Direito, mas igualmente limitada pelo direito de livre empreender e, mais, de colher os resultados da empresa. [...] Quando regra a ordem econômica e financeira do país, a Constituição volta a valorizar o trabalho humano e a livre iniciativa como elementos fundamentais a permitir que se assegure a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, garantindo a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único). A confiança nos agentes privados e na sua capacidade de empreender iniciativas hábeis a proporcionar o desenvolvimento nacional conduz à previsão de que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173). [...] há um amplo espaço constitucional para a iniciativa econômico privada, estando protegidos desde a liberdade para agir, até a propriedade de bens móveis e imóveis bem como a titularidade de direitos intelectuais, como já visto. (MAMEDE, 2013, p. 26-27).

Com base nesses preceitos, nota-se uma mudança de paradigma no que diz respeito ao desenvolvimento da atividade empresária a partir do momento em que o alcance do seu objetivo final, qual seja, a obtenção do lucro, deve estar condicionada à observância desses deveres legais. Por outro lado, o interesse do empresário não pode ser suprimido em prol da coletividade, sob pena de aniquilamento dessa relação.

Portanto, a judicialização, no que diz respeito à atividade empresarial, revela-se pela valorização do empreendedorismo e a consequente constitucionalização de direitos e, em deveres empresariais inseridos no ordenamento jurídico por meio da Constituição da República de 1988.

Em virtude disso, é possível verificar, ao longo dos anos, uma maior ingerência do Judiciário nesse tipo de relação de caráter nitidamente privado.

Entretanto, conforme demonstrado, a distorção da judicialização, nesse trabalho denominado como ativismo judicial, tem mitigado os direitos constitucionais dos empresários, em função da supervalorização dos deveres a eles impostos.

Em função dessas práticas proativas do Judiciário, a atividade empresária se vê diante de um risco potencializado ou, mesmo inserido em um cenário de insegurança que pode ser extremamente nefasto para os seus titulares, e, em última análise, para a própria sociedade, conforme será demonstrado.

5.2 Do ativismo judicial e o abalo a princípios relevantes ao Direito Empresarial

Conforme demonstrado, o ordenamento jurídico se preocupou em regular a atividade econômica, traçando regras e princípios destinados a organizar essa atividade, de forma a preservar os interesses do titular da empresa e, ao mesmo tempo, dos atores que se relacionam diretamente a ela, como por exemplo, o consumidor.

Porém, há uma crescente verificação de práticas judiciais caracterizadas por subjetivismos do julgador de cunho eminentemente paternalistas, as quais vêm acarretando a desestabilização das relações de caráter nitidamente privado entre os empresários entre si e/ou entre esses e outros que, por uma manifestação de vontade, se vinculam com o objetivo de realizar negócios.

Portanto, é necessário analisar, sob a ótica do empresário, os prejuízos sofridos em decorrência do ativismo judicial em razão da mitigação ou mesmo da supressão de princípios e regras atinentes a essa atividade.

5.2.1 Violação ao princípio da autonomia da vontade e outros princípios atinentes aos contratos

No que diz respeito à atividade empresária, o princípio da autonomia da vontade se destaca, sobretudo por representar um dos pilares do Direito Privado, sendo o contrato, o principal instrumento de manifestação e regulação das relações havidas entre os particulares.

Com efeito, a autonomia da vontade é a manifestação da liberdade do indivíduo na seara negocial, podendo ser ressaltado que as suas próprias escolhas o orientarão na celebração dos contratos, tanto no que diz respeito ao tipo de contrato a ser escolhido como em relação aos termos que orientaram aquela relação.

Com base em tais ponderações, o pronunciamento judicial capaz de eliminar a própria liberdade do indivíduo, que motivou a celebração daquele contrato, revela uma patente dissociação às normas jurídicas presentes no ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, as paixões e convicções que orientaram o julgador.

Ao lado do princípio da autonomia da vontade, os contratos, de um modo geral, são informados por vários princípios que, somados ao primeiro, garantem a força executiva do contrato, tais como: princípio do consensualismo/da responsabilidade, da boa-fé objetiva e da confiança.

Nesse caso, a desconsideração de tais princípios motivados pelo subjetivismo do julgador, indubitavelmente afronta a ideia de imparcialidade e de justiça, causando danos imensuráveis para as partes e para todo o seu entorno.

Com efeito, é necessário garantir ao contrato, celebrado em observância ao ordenamento jurídico pátrio, a sua força executiva, não sendo legítimo mitigá-lo em prol de uma das partes a partir de uma postura discricionária e arbitrária do julgador, conforme destacado por Theodoro Júnior:

O contrato, em princípio, liga-se ao direito de propriedade e atua como instrumento de exercício desse direito no campo vastíssimo da circulação de riqueza. Está na sua essência, no Estado de Direito, a função de outorgar segurança a essa circulação. Por isso, o contrato gera ato jurídico perfeito e direito adquirido na sistemática constitucional pátria. Amesquinhar o contrato, deixando sua força na dependência da arbitrária vontade de um só dos contratantes ou do autoritarismo discricionário do juiz, corresponderia a subtrair esse importantíssimo instrumento socioeconômico da garantia institucional da segurança jurídica. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 14).

Tal relativização tem sido sentida pelos economistas e não apenas pelos operadores do Direito:

Do ponto de vista da racionalidade econômica, o princípio fundamental do Direito é o do *pacta sunt servanda*. No entanto, o respeito aos contratos, tal qual entendido

pelos economistas, tem sido relativizado pelas mudanças na hermenêutica jurídica decorrente do predomínio de constitucionalistas sobre civilistas. Na nossa história recente, a introdução, no texto constitucional e no Código Civil, de conceitos como função social da propriedade privada ou a boa fé objetiva, sem que tenham sido acompanhados de uma jurisprudência coerente e consolidada que permita antever seu impacto sobre as decisões dos juízes em casos de litígio, certamente dificulta o respeito aos contratos tal qual concebido por economistas.(ARIDA *apud* LEAL, 2010, p. 36).

Com efeito, os acordos também são informados pelo princípio da conservação do contrato, denominado “princípio da intangibilidade ou imutabilidade que, impossibilita, via de regra, a mutação do conteúdo do negócio jurídico, para a preservação dos interesses dos pactuantes”. (LISBOA, 2012, p. 93).

Contudo, vale ressaltar que o princípio da revisão judicial do contrato autoriza a mutação da avença, celebrada de acordo com a autonomia da vontade das partes envolvidas, devendo para tanto serem observadas as condições impostas pela lei.

Nesse sentido, Lisboa afirma que:

Se o contrato, como um todo, torna-se imutável, cada uma de suas cláusulas, por decorrência, é inalterável (princípio da inalterabilidade), salvo quando se possibilitar a mutabilidade por meio de aditamentos contratuais ou pela revisão judicial da avença. Os aditamentos contratuais são firmados pelos próprios contratantes [...] A revisão judicial dos contratos é outra exceção à imutabilidade e à inalterabilidade, por meio do qual o juiz, buscando a manutenção da relação jurídica contratual, procedente ao equilíbrio jurídico e da equação econômico-financeira, fundado em uma das três teorias [...] * cláusula *rebus sic stantibus*, que possibilita a revisão do contrato para que a situação das partes retorne ao estado anterior ao acontecimento que gerou o desequilíbrio entre as prestações;

* a teoria da imprevisão, incidente quando houver um acontecimento imprevisível e extraordinário que modifica a relação contratual; ou

* a teoria da onerosidade excessiva, que viabiliza a revisão do contrato pelo simples desequilíbrio superveniente das prestações.

Com isso garante-se ao vulnerável ou ao hipossuficiente a continuidade da relação contratual, que não se torna inválida ou ineficaz pela existência de alguma cláusula nula ou anulável, desde que se torne possível a subsistência do equilíbrio contratual, mesmo com a eventual declaração judicial de nulidade ou anulabilidade do dispositivo questionado. (LISBOA, 2012, p. 94-95).

É inaceitável a mitigação da autonomia da vontade e demais princípios informadores da relação contratual por meio de decisões judiciais ativistas e desconectadas com os ditames legais e com a própria manifestação inicial da vontade dos contratantes.

Assim, um cenário de insegurança e desconfiança se instaura quando o Estado-Juiz, por meio de uma postura proativa e subjetivista, mitiga o princípio da autonomia da vontade e demais

princípios nas relações contratuais na ânsia de proporcionar um equivocado equilíbrio contratual.

Essa postura paternalista do magistrado tem o condão de trazer um desequilíbrio e uma situação de insegurança às partes envolvidas, inclusive, àquela que se pretende proteger, podendo, ainda, apontar como consequência a imediata impactação na economia nacional.

Assim, dada a importância do contrato, como instrumentalização da autonomia da vontade dos celebrantes, o magistrado deve se pautar em limites impostos pelo próprio ordenamento e afastar qualquer tipo de subjetivismo em seu pronunciamento, caso seja necessário promover a revisão do contrato.

Nesse sentido, Theodoro Júnior destaca que

desde que a ordem jurídica passou a admitir como necessária a intervenção estatal no contrato para reequilibrar os interesses nele contrapostos, cumpre delimitá-la, para que o instituto jurídico fundamental ao Estado de Direito não se anule. Em primeiro lugar, há de ser delineada a ideologia econômica consagrada na Carta Magna do país, já que nenhuma regra da ordem jurídica pode atritar com aquela norma fundamental. Em seguida, tem-se de proceder à exegese das leis e dos princípios formadores do ordenamento infraconstitucional segundo a técnica denominada “interpretação constitucional”, ou a “interpretação segundo a Constituição”. Dentro desse prisma, é forçoso reconhecer que nosso Estado se acha estruturado, constitucionalmente, à base de compromissos notórios com a autonomia da vontade (art. 5, caput e inciso II); com a garantia da propriedade privada (arts. 5º, inciso XXII, e 170, inciso II); com a livre iniciativa (arts. 1, inciso IV, e 170, caput); como o respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido (art. 5, inciso XXXVI); e com a justiça e a segurança das relações jurídicas (valores “supremos” conforme o Preâmbulo da Carta Magna) O contrato liga-se imediatamente ao exercício do direito de propriedade, e sem ele não se cumpre o desiderato da livre-iniciativa no domínio econômico. [...]. Só com a força de lei entre os contratantes terá ele condições de instrumentalizar a circulação. [...] A revisão do contrato, pelos tribunais, em nome dos princípios ético-sociais não pode ser discricionária nem tampouco paternalista. Em seu nome não pode o juiz transformar a parte frágil em super poderosa, transmutando-a em ditadora do destino da convenção. Isto não promoveria um reequilíbrio, mas, sim, um desequilíbrio em sentido contrário ao inicial. Se se pudesse cumular a parte débil com uma desproporcionada proteção judicial, quem se inferiorizaria afinal seria o contratante de início forte. Solucionar-se-ia um mal, uma injustiça com outra injustiça. Evidentemente não se concebe em nome da justiça contratual se realize tamanha impropriedade. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p.21-23).

Desta forma, a mitigação do princípio da autonomia da vontade é possível, desde se apresente de forma excepcional e que seja decorrente de comandos legais legitimamente elaborados.

Finalmente, vale ressaltar que, nesse contexto, a função do Direito é a de justamente propiciar a segurança nas relações, sobretudo naquelas baseadas em contratos validamente firmados, e,

em se tratando de atividade econômica, tal importância é incontestável, conforme sustenta Leal:

O próprio conceito de firma em Coase é tomado como conjunto específico de contratos particulares, cuja coordenação reflete as limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos do mercado. Assim, considerando que o fundamento econômico do contrato é o da promessa, para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir a maximização das trocas, impõe-se a redução nos custos vinculados a riscos futuros de ruptura das promessas entabuladas e veiculadas pelos contratos – função que cabe ao Direito e à Justiça. (LEAL, 2010, p.122).

Portanto, no que diz respeito a contratos empresariais, eventual relativização do princípio da autonomia da vontade, bem como de outros princípios informadores da relação contratual, deve ser pautado em normas previamente estabelecidas e que trazem o balizamento dessa mitigação, tendo em vista que a inobservância a contratos devidamente celebrados fomenta um cenário de insegurança jurídica, impactando diretamente a economia, conforme será demonstrado no tópico a seguir.

5.2.2 *Segurança jurídica*

Para o homem inserido em um grupo social, a segurança jurídica se apresenta como sendo uma necessidade e uma condição para que a convivência se dê da maneira mais satisfatória possível.

A segurança jurídica se manifesta por meio das regras a serem observadas de forma compulsória por todos os integrantes da sociedade, trazendo, portanto, uma estabilidade e uma previsibilidade dos resultados decorrentes das relações sociais.

Para compreender o princípio da segurança jurídica é importante perceber o contexto no qual esse princípio se revela, conforme Delgado:

A segurança jurídica, para bem ser compreendida, deve ser examinada como:

- a) garantia de previsibilidade das decisões judiciais;
- b) meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais;
- c) veículo garantidor da fundamentação das decisões;
- d) obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados;
- e) entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante;
- f) fundamentação judicial adequada. (DELGADO, 2007, p. 5).

Para o referido o autor, o princípio da segurança jurídica pode ser entendido como sendo “a confiança, a certeza que o cidadão necessita ter no sistema jurídico regulador de suas relações jurídicas de direito público e de direito privado quando em estado de conflito.” (DELGADO, 2007, p. 6)

Ainda segundo o autor:

Segurança jurídica representa confiabilidade no Sistema Legal aplicado. Este deve traduzir ordem e estabilidade, com base na observância dos princípios da igualdade, da legalidade, da moralidade, da irretroatividade de leis, de respeito aos direitos adquiridos, da inexistência de julgamentos parciais, da não mudança injustificada de orientação jurisprudencial, de respeito à coisa julgada quando não inconstitucional, ao ato jurídico perfeito, à concessão de ampla defesa e do contraditório, da aplicação da justiça social, da independência do Poder Judiciário, da valorização dos direitos da cidadania e da dignidade humana (DELGADO, 2007, p. 16-17).

Assim, a segurança jurídica se apresenta como sendo um valor a ser perseguido pelos cidadãos, valor, esse, alçado à condição de princípio:

A segurança jurídica é um dos objetivos do Direito, mas representa também um valor e um princípio. Valor por ser escolha axiológica social como um conceito que “é” (ser) ‘bom’ para a sociedade que o escolheu. Um princípio porque é uma norma que ‘deve ser’ concretizada. [...] Enquanto princípio constitucional, a segurança jurídica, seguindo-se a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, é um “mandado de otimização”. Isso significa que é uma norma cuja efetividade deve ser a máxima possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas da situação posta a exame. Assim, tal princípio ordena (mandamento) ao aplicador que o observe lhe concedendo o máximo de efetividade possível. Portanto, o grau de efetividade desta norma dependerá da situação fático-jurídica que se coloca e de outros princípios que estiverem em colisão. Observe-se que, como princípio, mandado de otimização, a segurança jurídica orienta as atividades tanto do Poder Judiciário, quanto as do Legislativo e Executivo, sendo-lhe vedado adotar medidas contrárias a este comando que frustrem a confiança das pessoas no Estado de Direito. Esta confiança é depositada tanto nas normas jurídicas quanto em sua implementação. Portanto tal confiança alcança os atos do Estado em todas as suas vertentes, sejam eles emanados de quaisquer dos Poderes (MENDES, 2010, p. 13-15).

Nesse contexto, o proativismo judicial marcado pela ânsia do julgador em conceder uma proteção paternalista para um dos litigantes gera para a sociedade um cenário de insegurança jurídica e insatisfação geral, visto que apenas um grupo seria contemplado com tais decisões, conforme já ressaltado.

A inobservância e, conseqüentemente, o desrespeito às leis legitimamente instituídas pelo órgão competente fere a segurança jurídica e, em última análise, compromete o processo de judicialização, já que cabe ao Judiciário garantir a justiça nas demandas que lhe são apresentadas por meio da aplicação dessas normas e não por meio de criação das mesmas ou assunção do interesse da parte considerada mais frágil de forma arbitrária.

Ademais, partindo do princípio de que o corpo jurídico de um país é de conhecimento de todos os cidadãos em virtude da ampla publicidade inerente ao processo legislativo, a sociedade como todo espera certa previsibilidade das decisões judiciais, tendo em vista que a mesma deve ser proferida com base nesse corpo jurídico.

O princípio da segurança jurídica se apresenta como um dos princípios basilares e estruturantes do Estado Democrático de Direito e está diretamente relacionado à estabilidade da sociedade, não sendo admitida a sua mitigação pelo Poder Público em detrimento do cidadão.

Nesse sentido, é a lição de Marinoni:

A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das conseqüências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”. [...] A doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado de Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no *caput* do artigo 5º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do artigo 5º. O Estado brasileiro, além de ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve realizar as suas funções de modo a prestigiá-la, estando proibido de praticar atos que a reneguem. O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e tem o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades. (MARINONI, 2011)

Vale ressaltar que o referido preceito não se encontra previsto de forma taxativa na Constituição da República ou mesmo em outro diploma legal, mas decorre da interpretação

extraída dos incisos do art. 5 da Constituição da República de 1988 que definem os direitos e as garantias fundamentais do cidadão.

Dessa forma, o princípio da segurança jurídica gravita sobre diversos outros princípios, tais como o da legalidade, o da observância ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, dentre outros. Ademais, esse princípio também pode ser extraído de outros preceitos que se encontram fora da esfera constitucional, a exemplo da preclusão prevista no Código Processo Civil que garante a estabilidade dos atos processuais ao impedir a prática de um ato processual após o decurso do prazo previsto em lei.

Vilanova ao relacionar o ordenamento jurídico e a segurança jurídica expõe que

a certeza jurídica advém de normas, que possibilitam a previsão, dentro de um marco de probabilidade, da conduta dos indivíduos e da conduta dos agentes do poder. A medição normativa da conduta alcança sua forma típica no Estado-de-Direito. Dentro dos limites do direito, movem-se governantes e governados. Elimina-se a irracionalidade da conduta arbitrária, quer nas decisões do poder, quer nas relações recíprocas dos indivíduos (VILANOVA *apud* NETTO, 2007, p. 84).

Com base nisso, é possível concluir que o conceito de segurança jurídica permeia a ideia de estabilidade e a certeza que os direitos e deveres previstos no ordenamento jurídico serão observados e, caso não sejam, o Estado se encarregará de aplicar a devida sanção àquele que descumpriu com o seu dever legal.

Nesse sentido:

A existência do direito consiste na idéia de segurança jurídica, pois os indivíduos de uma sociedade necessitam saber quais seus deveres e obrigações quando se relacionam com os demais, e quais suas expectativas em relação ao Estado quando este tem o poder de puni-lo quando se dá a violação de uma norma prevista no ordenamento (NETTO, 2007, p.83).

Portanto, a previsibilidade decorrente da relação causa-efeito inerente à norma jurídica gera estabilidade e, conseqüentemente, garante a almejada segurança jurídica. Com base nestas considerações, é possível concluir que estabilidade decorrente da segurança jurídica também está diretamente relacionada às decisões proferidas pelos Tribunais.

Com efeito, uma vez conhecidas as normas presentes no ordenamento jurídico, as decisões devidamente fundamentadas são capazes de convencer até mesmo a parte sucumbente, fortalecendo a segurança e a estabilidade das relações, conforme assevera Carvalho Netto:

No paradigma de Estado Democrático de Direito é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. (CARVALHO NETTO apud PEDUZZI, 2009, p. 10).

Ao contrário, a insegurança se revela a partir do momento em que diante de julgadores ativistas a solução de uma lide passa a depender da sorte, caso seja distribuído para este ou aquele magistrado de primeiro grau ou, em grau de recurso, para esta ou aquela Câmara ou Turma dos Tribunais.

Ora, tal fato é inadmissível na seara processual e, em última análise, no próprio Estado Democrático de Direito, como afirma Delgado:

A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático e do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições. (DELGADO, 2007, p.4).

Vale registrar que essa previsibilidade refere-se a uma estimativa feita com base nas normas existentes que versam sobre aquela lide. Com efeito, é impossível prever exatamente os termos de uma decisão judicial. Todavia, o que se refuta é justamente a total incoerência e o invencionismo verificado em vários tipos de pronunciamentos judiciais.

Nesse sentido já se manifestou Coelho:

Antecipar a decisão provável de um processo judicial sempre foi uma empreitada arriscada. Os advogados sérios, quando solicitados pelos clientes a avaliarem as chances de sucesso de certa demanda, normalmente ressaltam a impossibilidade de estimativas absolutamente seguras. Havia, contudo, num passado não muito distante, maior percentual de acertos nessas avaliações. De uns tempos para cá, o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais parece ter aumentado bruscamente e os profissionais da área cada vez mais se surpreendem com o resultado das demandas; lamentando-o ou comemorando-o, são surpreendidos porque, pelo conhecimento da

lei e dos precedentes jurisprudenciais e pela experiência profissional que tinham, nutriam expectativa diversa para o caso. Quem não é profissional da área também estranha. À maioria das pessoas será, hoje, familiar a notícia de dois processos idênticos decididos de modo oposto. Em suma, certa margem de imprevisibilidade nas decisões judiciais é suportável; até mesmo, inevitável. Mas se o grau de imprevisibilidade se acentua em demasia, põe-se em risco a segurança jurídica. (COELHO, 2006).

Vale registrar que tal previsibilidade deve ser manifesta nos casos que revelam uma semelhança notória. Nesse caso, vale a máxima decorrente do princípio da igualdade, ou seja, tratar igual os iguais e desiguais os desiguais.

No que diz respeito à atividade empresária, a manutenção da segurança jurídica revela a sua importância, tendo em vista que o abalo a esse princípio repercute diretamente na economia e nos atores ali envolvidos.

Várias são as opiniões reveladas ao longo dos anos, conforme se infere dos excertos abaixo:

Márcio Thomaz Bastos, quando no cargo de Ministro da Justiça, em entrevista a Thais Leitão, repórter da Agência Brasil, reconheceu que a imprevisibilidade das decisões judiciais, ao lado da morosidade na solução dos processos, “podem causar grandes prejuízos à estabilidade da economia brasileira”. Afirmou, nessa entrevista, Márcio Thomas Bastos: “Há estatísticas que mostram que a economia e o direito têm que andar cada vez mais entrelaçados para fazer o país crescer”, bem como que a “possibilidade de cada tribunal decidir de forma isolada gera insegurança nas relações financeiras. “A imprevisibilidade das decisões impede, por exemplo, que existam linhas de crédito de longo prazo no país”. [...] Em trabalho intitulado “A Justiça e seu impacto sobre as empresas portuguesas”, elaborado em 2003, publicado no site <http://www.globalnoticias.pt>, da autoria de Célia Costa, investigadora da Faculdade de Ciências e tecnologia da Universidade Nova de Lisboa, há conclusões afirmando que “ Se a justiça não fosse tão lenta, o Produto Interno Bruto (PIB) poderia crescer 11%. Os empresários investiriam mais, arriscariam mais emprego e baixariam os preços das transações. Tendo em conta que o PIB vale hoje cerca de 130 mil milhões de euros, uma justiça mais célere poderia somar cerca de 13 mil milhões de euros à riqueza produzida pelo País”. Acrescenta a autora que “Sabendo, de antemão, que uma decisão judicial poderá levar anos a sair, os empresários não arriscam investimentos, se não estiverem absolutamente seguros do cumprimento dos contratos. Cobram preços mais caros nas transações, precavendo eventuais incumprimentos. Os spreads bancários são a prova disso mesmo uma espécie de ‘prêmio de risco judicial’, que as instituições cobram seus preços de forma a incorporar o custo do tempo necessário a recuperar judicialmente as quantias que os seus devedores não pagam pontualmente”. (DELGADO, 2007, p. 2-4).

Também nesse sentido é a opinião de Canuto:

O presidente do Conselho Deliberativo da Associação Brasileira da Indústria de Celulose e Papel (Bracelpa), Horácio Lafer Piva, defendeu hoje (25) a criação de um ambiente de segurança jurídica adequado para que o país alcance uma política econômica sustentável capaz de permitir a gestão profissional do Estado e o

estímulo a uma economia produtiva que possa atrair investimentos.(CANUTO, 2010).

Interessante, ainda, destacar a análise feita por Coelho sobre os impactos da imprevisibilidade das decisões judiciais na economia, bem como a responsabilidade dos operadores do direito no que diz respeito à sua colaboração na motivação dos investidores ao decidirem sobre seus investimentos.

Embora tais considerações não sejam recentes, sua pertinência se revela nos dias atuais com a mesma propriedade de outrora, a ver:

Na economia globalizada, os investidores têm o mundo todo para investir e norteiam suas decisões levando em conta também a estabilidade dos marcos institucionais nos países que escolhem. Se o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais num certo país é mais acentuado que em outro, este último aparecerá como alternativa mais interessante para o investimento. A estabilidade do marco institucional é fator de atração de investimentos sadios. Se é considerável o risco de a norma regente do investimento não ser aplicada pelos Tribunais ou receber neles uma nova interpretação, o investidor não terá o retorno estimado e tenderá a redirecionar suas opções para outros países, em que tais distorções sejam menos freqüentes. A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de qualquer país. Os investidores, atentos à elevação do risco, tendem a não se contentar com retornos razoáveis (os que estimariam como tais em outras economias com marcos institucionais estabilizados). Ao invés de investidores de longo prazo, aos quais interessa um maior comprometimento com o lugar da inversão, esse desequilíbrio acaba atraindo especuladores, risk makers, interessados unicamente em aportar seus capitais onde terão, a curtíssimo prazo, o melhor retorno. O Brasil, como os demais países, compete pelos investidores. É uma competição desigual, porque as economias têm diferentes potencialidades. E exatamente em razão dessas diferenças, e das dificuldades que enfrentamos como economia emergente, não podemos ignorar a importância que a maior ou menor estabilidade dos marcos institucionais representa no contexto dessa competição. Em última instância, está em questão o tipo de investidor que pretendemos atrair. Reduzir o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais e, com isso, contribuir para a maior estabilidade do marco institucional é tarefa principalmente dos profissionais do direito (os juízes, em particular). Essa responsabilidade não pode ser transferida a ninguém mais: economistas, legisladores ou mesmo o governo pouco ou nada podem fazer a respeito. Lamentavelmente, contudo, ainda é pequena a percepção entre os profissionais jurídicos acerca da relevância da questão. Treinados para focarem os litígios em sua individualidade, esses profissionais raramente notam os efeitos macro-institucionais que os cercam. A reversão desse quadro também é tarefa exclusiva dos advogados, juízes, promotores de justiça e demais profissionais do direito. Estimulá-los a se preocuparem com as repercussões das decisões judiciais na criação de um ambiente institucional que atraia os investimentos produtivos de longo prazo é o primeiro desafio a enfrentar, se quisermos que, no Brasil, a Justiça não desequilibre a economia. (COELHO, 2006).

Ainda sobre os impactos do Judiciário sobre a economia, Cabral e Vieira levantam novos problemas motivados pela insegurança jurídica promovida por esta vertente estatal:

No âmbito do Judiciário, vários fatores contribuem para o baixo desenvolvimento e crescimento da economia brasileira, dentre eles pode-se citar: A Segurança Jurídica, a morosidade, a falta de previsibilidade, certeza, estabilidade e calculabilidade da norma e das políticas públicas, bem como a imparcialidade dos juízes ao prolatarem suas decisões, uma vez que se percebe a “politização” das decisões judiciais, que ocorre quando as decisões são mais baseadas nas visões políticas do juiz do que na interpretação rigorosa da lei. Esses fatores prejudicam os investimentos estrangeiros, são responsáveis pelos elevados juros praticados no Brasil, pelo baixo volume de crédito, além de prejudicar a competitividade das exportações brasileiras. [...] De forma geral, tem-se que a falta de segurança jurídica aumenta os riscos e os custos das transações econômicas. O impacto da falta de segurança jurídica pode ser analisado na economia, através de duas vertentes: uma enfatizando a sua importância para a boa definição e proteção dos direitos de propriedade; a outra analisa seu impacto sobre os custos de transação. Em sociedades em que há uma boa delimitação e definição dos direitos de propriedade, há uma redução dos custos de transação, quer seja no que se refere aos custos incorridos em redigir contratos mais seguros, quer no caso de alguns riscos não explicitados no contrato se materializarem. [...] A falta de segurança no campo jurídico provoca três reações possíveis, prejudiciais à eficiência econômica: não realizar as transações que têm alto nível de risco; realizá-las de outra forma; ou compensar a baixa segurança com o uso mais intenso das instituições jurídicas disponíveis, consumindo dessa forma mais recursos em atividades-meio. Todas as formas anteriormente mencionadas comportam perdas, quer de ganhos, tempo e recursos. A segurança jurídica ao contrário, reduz as taxas de retorno exigidas pelos investidores, tornando possível projetos que de outra forma não ocorreriam. Já a segurança jurídica, como diz Armando Castelar Pinheiro: [...] a falta de segurança jurídica distorce o sistema de preços, ao elevar o risco e o custo dos negócios; desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível; estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala; e diminui a qualidade da política econômica, tornando-a mais instável e deixando de coibir a expropriação pelo Estado, desestimulando, dessa forma, o investimento, a eficiência, o progresso tecnológico e, por conta de vários desses fatores, as exportações. Quando um investidor deseja realizar transações econômicas em uma determinada economia, seus olhos voltam-se também para o funcionamento jurídico da mesma, em relação à rigidez e seriedade com que os contratos são enfrentados pelos agentes econômicos nacionais e julgados por seus tribunais. Óbvio que se há maiores riscos para seus investimentos, ou seja, há maior probabilidade de futuramente o contrato não se cumprir, e recorrendo ao sistema judicial local, não obtiver do mesmo a ratificação do que foi acordado, pouco ou nada investirá nessa economia, e investindo tentará de todas as formas de maximizar os lucros obtidos em virtude dos riscos a que está submetido. (CABRAL; VIEIRA, 2009).

Por fim, Leal demonstra com base em uma pesquisa realizada em 2006, os impactos gerados na economia em decorrência de um cenário de insegurança jurídica fomentada pelo Judiciário:

Em matéria publicada já no ano de 2006, no Correio Brasiliense, revelou-se que a insegurança causada por decisões judiciais morosas, revisionistas de negócios jurídicos entabulados, custaria ao país de 0,8% a 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB), o que significaria, em termos de crescimento econômico, caso existisse estabilidade nas regras, respeito a contratos e a Justiça fosse mais rápida e eficiente, em vez dos estimados 2,5%, 3,3% a 4% no ano de 2006. Na matéria, referiu o Presidente do Instituto Tendências de Direito e Economia, Prof. Gesner Oliveira: o efeito desse clima geral de insegurança para a atividade econômica é direto. Com a rentabilidade ameaçada, os investimentos caem, reduzindo a possibilidade de crescimento econômico, pois, pelos seus cálculos, à época, removidas as

dificuldades nesse campo, a taxa de investimentos no país poderia saltar de 20% do PIB para mais de 23%, e contribuir para elevar a expansão econômica em 1,5% do PIB. (LEAL, 2010, p. 37-38).

Finalmente, sobre os impactos destacam-se os comentários realizados por Fiore e Kuwahara:

A segurança jurídica é vista como um dos determinantes do crescimento das economias. Pinheiro (2005) propõe quatro canais de influência da segurança jurídica sobre o crescimento econômico: 1) custos de transação; 2) risco do investimento (sobretudo em ativos específicos); 3) estabilidade das regras do jogo (políticas públicas); e 4) competitividade das exportações. A segurança jurídica estaria relacionada a “sistema legais que garantem contratos e protegem os direitos de propriedade” (PINHEIRO, 2005, p.4) [...] Arida, Bacha e Lara Resende (2005) propõem que o risco associado a esse tipo de incerteza impacta o mercado de crédito, ao penalizar credores e investidores; eleva os custos da intermediação financeira, majorando as taxas de juros, reduzindo o volume de recursos e empréstimos de longo prazo e diminuindo o incentivo à poupança. O aumento no preço relativo do investimento e a conseqüente redução das taxas de poupança resultantes de políticas econômicas populistas praticas no Brasil, sobretudo após a redemocratização, e que estão em linha com o argumento de Pinheiro (2005) são uma das principais razões para a desaceleração da economia brasileira após a década de 70, de acordo com a proposta de Bacha e Bonelli. (FIORE; KUWAHARA, 2011, p. 4-7).

Assim, na seara empresarial o comprometimento à segurança jurídica revela-se a sua gravidade, tendo em vista que o empresário passa a lidar com o agravamento do risco da sua atividade e, conseqüentemente, como os custos decorrentes deste cenário de insegurança, aqui representado por uma decisão de cunho ativista.

Conforme é cediço, a assunção do risco pelo empresário é algo inerente à atividade empresária. Em virtude disso, deve o empreendedor apurar os riscos a que estará sujeito no exercício da sua atividade, sendo tais riscos verificados em diversas ordens, como por exemplo, a retração do mercado em determinado período do ano, inflação, os reajustes contratuais, a elevação de custos de transação, os estragos nos maquinários, dentre outros.

Tais riscos são de alguma forma mesuráveis e esporádicos, sendo, portanto, previstos pelos empresários. Entretanto, inexistente qualquer tipo de previsibilidade em se tratando de agravamento do risco em decorrência de decisões judiciais notadamente de caráter ativista e, portanto, paternalista. O empresário, em virtude da insegurança jurídica revelada por esse tipo de decisão, se vê a mercê deste ou daquele julgador que toma partido do pólo oposto, por considerá-lo vulnerável naquele caso concreto.

Dessa maneira, a atividade empresária poderá ser gravemente comprometida em função da postura ativista do magistrado, totalmente desconectado no ordenamento jurídico que alberga tanto os interesses do empresário, como do consumidor, do fornecedor, do fisco e de todos aqueles que de alguma forma se relacionam como empresário.

A seguir, serão apontados alguns casos concretos, no qual, ficará demonstrado o agravamento do risco suportado pelo empresário e o cenário de insegurança jurídica que emerge dessas decisões.

6 DO AGRAVAMENTO DO RISCO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA – APONTAMENTO DE JULGADOS

Analisadas as consequências negativas suportadas pelo empresário em virtude da prática do ativismo judicial, sobretudo, em função da mitigação de princípios caros para este tipo de atividade, cumpre apontar alguns julgados que demonstram tais alegações.

Inicialmente, vale registrar que parte da população se sente atraída por decisões que ostentam um caráter paternalista por acreditar que, em um dado momento, poderá ser beneficiada em um determinado caso concreto, assim como foi um vizinho, um amigo ou um parente em outro caso semelhante.

Todavia, princípios consagrados no Direito, como por exemplo, o da autonomia da vontade nos contratos ou mesmo da segurança jurídica, são desconsiderados pelo julgador, no caso concreto, a partir do momento em que o interesse da parte considerada vulnerável é albergado por meio de uma decisão arbitrária, desprovida de fundamento jurídico e que apenas ostenta um alto grau de subjetivismo e paternalismo deste julgador.

O que esses magistrados parecem não levar em consideração diz respeito ao fato de que ao proteger uma parte isolada, coloca-se, em muitos casos, a própria atividade empresária em risco, uma vez que o empresário, quase sempre sucumbente por não ser a parte vulnerável, passa a ter que arcar com as consequências dessas decisões e, inevitavelmente, repassará para a sociedade o prejuízo sofrido.

Com efeito, é inegável a relação direta e estreita havida entre a jurisdição e a economia, razão pela qual o magistrado não pode desconsiderar os efeitos que suas decisões poderão acarretar na esfera econômica. Assim, deve o magistrado ponderar que a decisão proferida irá extrapolar a esfera dos litigantes para atingir a sociedade como um todo.

Nesse sentido:

Como as decisões judiciais podem impactar a economia, a busca pela segurança jurídica a fim de reduzir as incertezas e imprevisibilidade das decisões judiciais, especialmente quando capazes de provocar riscos sistêmicos em alguns setores da atividade econômica, é uma reivindicação legítima. Se o grau de interferência judicial, no sentido de alteração das cláusulas contratuais, desobrigando uma das

partes da prestação originalmente assumida, é exagerado ou ocorre por opções pessoais dos juízes, numa avaliação subjetiva e calcada em elementos ideológicos na interpretação das normas vigentes, tal situação pode efetivamente aumentar os custos associados a um determinado setor da economia, prejudicando o desenvolvimento econômico. Em uma perspectiva de análise econômica do direito, a opção por uma solução e não pela outra, deve se dar a partir da escolha daquela que evite riscos sistêmicos em um determinado setor da economia ou de qualquer maneira impeça ou dificulte o desenvolvimento econômico. [...] A consideração aos impactos econômicos da decisão judicial está em consonância com o pós-positivismo e com as teorias hermenêuticas que buscam superar a exagerada discricionariedade judicial. Já que a finalidade é evitar a insegurança jurídica, proporcionada pelo subjetivismo decisório, isso significa sem sombra de dúvidas estar em linha de adequação ao pós-positivismo. Se o que se defende é que o Juiz, diante de um caso complexo, faça uma condensação de valores, preocupado com a unificação e integridade do sistema de normas, para formular decisão que evite o risco de "efeitos sistêmicos" na economia, tal proceder se coaduna com as premissas das teorias hermenêuticas pós-positivistas. (REINALDO FILHO, 2009).

Rubens Menin revela, por números, o impacto sofrido pela economia, sobretudo no que diz respeito à captação externa de recursos, diante de um cenário de insegurança gerado no mercado.

Diante da insuficiência de capitais nacionais, o Brasil passou a atrair, no disputadíssimo mercado globalizado, duas formas de aporte de poupança externa (de empresas, de pessoas e de governos): o Investimento Estrangeiro Direto – IED e o Investimento Estrangeiro em Carteira – IEC. [...] O fato que interessa, nesse particular, é que o ingresso desse tipo de capital também decaiu, em termos relativos, nos anos mais recentes. A vinda de IED para o Brasil vem diminuindo desde 2011, ano em que recebemos quase US\$ 67 bilhões, até 2013, quando o total ficou em US\$ 64 bilhões (que representa apenas 2,88% do PIB). Pior do que isso, pela primeira vez desde 2001, o IED foi insuficiente para cobrir o saldo negativo das nossas transações correntes com o exterior. Os especialistas e captadores afirmam que essa queda está resultando da formação de um clima geral de desconfiança externa em relação à economia brasileira, da forma de gestão das nossas contas públicas e da insegurança jurídica nos contratos e balizamentos regulatórios. (MENIN, 2014).

Na seara contratual em que se revela uma relação de consumo, decisões de cunho ativistas são bastante comuns em virtude da guarida do interesse do consumidor, aqui considerada a parte mais fraca e merecedora de uma proteção específica. Todavia, tal proteção pode ser extremamente perniciosa para a coletividade que se verá prejudicada em função do atendimento de uma parte isolada.

A título de exemplo, colhe-se a decisão abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DOMICILIAR. INDISPENSABILIDADE PARA A SOBREVIVÊNCIA DIGNA DO BENEFICIÁRIO. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO

DA COBERTURA. ABUSIVIDADE DIANTE DO CASO CONCRETO. CDC. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. RECURSO DESPROVIDO.

1. A relação jurídica existente entre a prestadora do serviço de plano de saúde e o contratante é tipicamente de consumo, atraindo, portanto, a aplicação das normas protetivas do CDC.

2. As cláusulas contratuais do plano devem ser interpretadas no sentido de se ampliar os direitos nelas subjacentes, mormente porque, cuidando-se do direito fundamental à saúde, integrador das condições básicas de uma vida digna, há de se buscar conferir máxima efetividade aos procedimentos que se fizerem necessários para o tratamento do quadro clínico dos conveniados.

3. A recusa de cobertura de tratamento domiciliar, essencial para garantir a vida digna do paciente, ainda que calcada em cláusula de exclusão, deve ser considerada abusiva diante do caso concreto. Isso porque, contratado o plano de saúde, surge uma situação de boa-fé a ser protegida, constituída pela crença legítima do beneficiário de que, implementado o risco garantido, receberá o tratamento necessário, cujas despesas ficarão a cargo da empresa seguradora. (MINAS GERAIS, 2014).

Do excerto acima, nota-se que a convicção do julgador vai de encontro ao que consta do contrato, tendo em vista que ficou entendido que “contratado o plano de saúde, surge uma situação de boa-fé a ser protegida, constituída pela crença legítima do beneficiário de que, implementado o risco garantido, receberá o tratamento necessário, cujas despesas ficarão a cargo da empresa seguradora.” (MINAS GERAIS, 2014).

Dúvida não há de que a saúde constitui um direito social protegido pela Constituição da República de 1988 em seu art. 196¹³ que, ao reconhecer tal fato, delega ao Estado o dever de garantir ao cidadão o pleno acesso às ações e serviços relacionados à saúde.

Em virtude disso, o serviço prestado pelas operadoras de plano de saúde, deverá, inclusive, estar sob a fiscalização do Estado. Todavia, o que se questiona, no presente estudo, é a delegação dessa função (prestação de serviços públicos relacionados à saúde) às operadoras de serviço que, mediante contrato previamente estabelecido entre as partes, presta apenas um serviço complementar. Nesse contrato, o adquirente do serviço elege o plano que melhor condiz com a sua condição, levando-se em consideração a sua situação financeira, de saúde, idade, e outros critérios à sua escolha.

É o que se extrai do excerto abaixo:

¹³ Art. 196 da Constituição da República de 1988: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e a acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 2013, p.133)

De fato a vida constitui um direito fundamental de guarida constitucional, porém, a saúde, consectário daquela, figura como um direito social, o qual é objeto de atuação do Estado, que deve garantir o acesso universal à assistência médica. O exercício dessa atividade é meramente suplementar por parte do plano de saúde. Em outras palavras, não sendo a cobertura obrigatória pela operadora, seja em decorrência de lei, bem como em face do instrumento contratual, cabe ao ente estatal ofertá-la, afinal, este é o responsável principal pelas condições dignas de saúde da população. No caso acima transcrito, os julgadores exigem das empresas uma obrigação excepcional ao impor uma certificação de que o contratante possui pleno conhecimento das cláusulas de exclusão de procedimentos e tratamentos. A determinação apresenta-se desnecessária, uma vez que os contratos de adesão são regulamentados diretamente pela Lei nº. 9.656/98, a qual prescreve no artigo 16, inciso VI, que os eventos excluídos deverão ser redigidos de maneira clara para o consumidor. Ademais, a partir do momento que o indivíduo assina o termo, há uma presunção de plena concordância com as cláusulas avençadas, que somente será afastada nas hipóteses de defeito do negócio jurídico, como a lesão e o dolo. (RIBEIRO, 2013, p.8).

Assim, a relação entre o particular e a operadora do plano de saúde é de natureza nitidamente privada. Caberá ao particular adquirente, em função da sua livre vontade, escolher o plano que melhor atenda aos seus interesses, inexistindo, portanto, vulnerabilidade presumida nessa relação, razão pela qual a conjectura feita pelo magistrado de que o adquirente seria a parte vulnerável acaba por desequilibrar essa relação.

Com efeito, quando uma operadora de plano de saúde é condenada a cobrir um tratamento que não foi contratado pelo usuário ou que não seja definido como cobertura obrigatória pelo regramento vigente, a conclusão que se chega é que prestadora do serviço não suportará sozinha tal prejuízo e, sim, repartirá com os demais usuários o ônus sofrido.

Tal conclusão decorre dos princípios do mutualismo e da solidariedade específicos dessa relação contratual, conforme se extrai da lição abaixo.

O princípio do mutualismo, que está intimamente vinculado às questões atuariais que envolvem o contrato de plano de saúde, pode ser conceituado como “um sistema em que toda a carteira de clientes contribui para que uns usem mais os serviços da operadora e outros usem menos, havendo, assim, uma diluição do risco.” Em razão dos princípios do mutualismo e da solidariedade entre os beneficiários, estes terão a responsabilidade de contribuir diretamente para a cobertura dos procedimentos necessários a todos os beneficiários, já que estes, isoladamente considerados, não teriam condições de arcar com o custeio do procedimento indispensável a proteção de sua saúde. Com essas considerações, conclui-se que não é possível sustentar de forma incondicional e irrefletida a eficácia direta do direito à saúde no âmbito das relações jurídicas entre operadores de planos privados de saúde e beneficiários, tendo em vista que a atribuição àquelas do dever de custear e cobrir procedimentos não contratados pelo beneficiário ou não considerados de cobertura obrigatória pela legislação de regência, provoca distorções e coloca em risco o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual. Assim, sob a idéia de se estar protegendo o direito à saúde, os órgãos jurisdicionais poderão, em verdade, estar enfraquecendo a sua

proteção, pois os recursos a serem despendidos pela operadora de plano de saúde para custeio do cumprimento de decisões jurisdicionais casuísticas, assentadas sobre o voluntarismo ou subjetivismo do julgador, poderá afetar diretamente os demais beneficiários, seja em razão do repasse deste custo para o preço das mensalidades, seja em razão da inviabilidade econômica e financeira de permanência da operadora de plano de saúde no mercado. (MARTINS, 2010, p. 191-192).

Ademais, decisões proferidas com base na sensibilidade do julgador, no que diz respeito a questões relacionadas à saúde, acabam por produzir efeitos ainda mais maléficos, tendo em vista que tal prática fomenta a omissão do ente estatal quanto aos seus deveres e, ao mesmo, tempo, onera os demais usurários.

Assim, a solução encontrada, pelo Judiciário, para tais situações, acaba por privilegiar uma parcela muito pequena da coletividade e revela a sua natureza paliativa, ou seja, insuficiente para resolver um problema cuja extensão é bem maior.

Neste sentido, é interessante colacionar o comentário abaixo:

O panorama é inescusável: o sistema público é ineficiente para atender à demanda da sociedade. Os juízes são sensíveis a essa realidade, porém, aplicam o paliativo de aferir a competência de suprir a ausência estatal aos planos de saúde. Esse raciocínio segue às avessas, pois o favorecimento de um caso concreto, arraigado ao sentimentalismo e despido de argumentação legal ou, sequer, contratual, favorece à a (*sic*) inércia do órgão estatal e assunção dos riscos pelos demais usuários dos serviços de assistência médica privada. (RIBEIRO, 2013, p.11-12).

Portanto, como solução imediata para recomposição patrimonial em virtude do prejuízo sofrido, as operadoras de plano de saúde aumentarão os valores cobrados mensalmente dos conveniados e/ou reduzirão a remuneração dos médicos conveniados. Seja por uma forma, seja pela outra, todos os usuários do referido plano arcarão com as consequências advindas de uma decisão isolada que beneficiou apenas um pequeno grupo e continuarão a suportar os problemas relacionados à insuficiência do serviço relacionado à saúde.

Situação semelhante a essas vividas pelas operadoras de plano de saúde são aquelas experimentadas pelas seguradoras, no qual o julgador ativista protege o interesse do adquirente do seguro de forma paternalista e em descompasso com a legislação vigente.

O exemplo a ser citado, diz respeito ao seguro de pessoa, no qual, a lei determina que não haverá o pagamento do prêmio caso o segurado venha a suicidar-se nos dois primeiros anos de vigência do contrato. É o que estipula o art. 798 do Código Civil de 2002.¹⁴

Todavia, desconsiderando o dispositivo supramencionado, o Superior Tribunal de Justiça determinou o pagamento do prêmio ao beneficiário de segurado que tenha cometido suicídio no biênio inicial do contrato:

CIVIL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. PREMEDITAÇÃO. PRAZO DE 2 (DOIS) ANOS.

1. O fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de 2 (dois) anos de vigência do contrato de seguro de vida não exime, por si só, a seguradora do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação da premeditação do segurado, ônus que cabe à seguradora.

2. Recurso especial conhecido e provido (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Infere-se do voto que o Relator considerou não haver provas suficientes de que o segurado tenha premeditado a sua própria morte. No entanto, a premeditação é algo inerente ao próprio suicídio que é traduzido por ser o “ato de dar a morte a si mesmo”.

Mais uma vez, o julgador agiu de forma paternal e movido por convicções pessoais no intuito de proteger a família do segurado diante de uma tragédia pessoal. A norma é clara em não conceder esse tipo de guarida ao beneficiário de segurado que comete o suicídio dentro do prazo estipulado pela lei, no caso, 2 (dois) anos. Também, nessa hipótese, a seguradora arcará com um custo, inicialmente não previsto, e mais uma vez, haverá uma repartição com os demais usuários pelos prejuízos sofridos em função da decisão judicial.

Assim, agravar o custo de uma seguradora significa, em médio prazo, agravar o custo dos demais contratantes seja por meio de revisão dos valores cobrados em caso de renovação do seguro, seja por meio de elevação dos valores cobrados dos novos adquirentes.

¹⁴ Art. 797. No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro. Parágrafo único. No caso deste artigo o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada. (BRASIL, 2013, p. 340).

Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. (BRASIL, 2013, p. 340).

Ainda sobre a repartição dos custos em decorrência do agravamento do risco da atividade econômica, vale registrar a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferida em sede do Agravo de Instrumento n. 1.0287.12.002923-9/001¹⁵, que determinou a suspensão do corte de fornecimento de água determinado pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais (Copasa) em função de atraso no pagamento por entender que a parte que se encontra inadimplente exerce um trabalho social ao cuidar de inúmeros cães em sua casa.

Ora, se a autora do processo em questão se propôs a cuidar de mais de 35 (trinta e cinco) cães em sua residência, conforme noticia os autos, é necessário que ela tenha o mínimo de condições materiais para isto, o que não se verificou, tendo em vista que a própria autora confessou a sua inadimplência. Nesse caso, se a autora optou por desenvolver uma ação de cunho assistencialista, tal fato não pode ser imposto a terceiros.

Assim, como na hipótese anterior, tal decisão, de caráter nitidamente paternalista e afastada dos dogmas do direito contratual e obrigacional, trará inúmeras consequências que, em última análise, prejudicarão a própria sociedade. Como efeito direto, a concessionária do serviço público buscará um meio de dividir o seu prejuízo sofrido com a própria sociedade, como por exemplo, o aumento da tarifa.

Voltando-se para a relação contratual na qual impera o princípio da autonomia da vontade, vale registrar o julgamento proferido, em primeira instância, na Ação de Indenização nº 1999.001.141054-2 da 33ª da Vara Cível do Rio de Janeiro. Nesse caso, a parte autora pleiteou o ressarcimento por danos morais e materiais em função da perda 95% (noventa e cinco por cento) dos valores investidos em um fundo de aplicação. O pedido foi julgado procedente sob o argumento de ser inaceitável que um investidor pudesse perder quase todo o capital investido (cerca de 95%), não sendo levado em consideração o nível de esclarecimento ou de formação desse investidor, mas tão somente a perda havida nesse investimento de risco.¹⁶

¹⁵ A referida decisão transitou em julgado em 24 de abril de 2013, razão pela qual o agravo de instrumento foi encaminhado ao arquivado em 26 de abril de 2013. Após recebimento dos autos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), os autos principais encontram-se em tramite normal, sendo proferido um despacho de mero expediente em 21 de maio de 2014, conforme consulta realizada no site do TJMG em 03 de junho de 2014 (MINAS GERIAS, 2013).

¹⁶ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sessão realizada em 27/06/2007, deu provimento à apelação cível n. 0150007-36.1999.8.19.0001 (2007.001.05059) para julgar improcedente a demanda nos termos do voto do Desembargador Relator, ficando vencido o Desembargador Vogal. Atualmente, aguarde-se o julgamento do recurso pendente no Superior Tribunal de Justiça. Já no Superior Tribunal de Justiça os autos foram remetidos ao

Desse julgamento é possível extrair que o magistrado desconsiderou as decorrências de ordem econômica que seu julgado poderia causar, bem como, as consequências nefastas que tal julgado poderia trazer às partes envolvidas. Com efeito, a parte vencedora da demanda não sofreu responsabilidade alguma em face da sua atuação, tendo em vista que optou livremente por um investimento de risco, sendo desonerado pelo próprio Judiciário a arcar com as consequências dessa escolha e ainda ser ressarcido pelo prejuízo sofrido. Dúvida não há que o indigitado investimento foi feito com base na autonomia da vontade do contratante, e a responsabilidade que se deve ter em função desse acordo foi nitidamente afastada pelo julgado.

Certamente, o risco do investimento foi levado em consideração pelo contratante que, no momento da avença, considerou a possibilidade de perder o capital investido nessa entabulação, da mesma forma que ponderou acerca da possibilidade de obter ganhos significativos em decorrência do negócio.

Nesse sentido foi o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

a opção de investir em Fundos agressivos, objetivando ganhos muito maiores do que os investimentos conservadores, foi dos autores. Em momento algum se garantiu aos autores um retorno certo do capital investido, até porque, se assim fosse, não haveria motivo para assentar os fundos dentre os agressivos. [...] acrescente-se que o perfil dos autores se amolda dentre aqueles que possuem conhecimentos mínimos para entender que existem aplicações conservadoras, moderadas e agressivas, e que é ínsito aos investimentos em Fundos Derivativos, que são classificados como agressivos, o alto risco da perda do capital investido. [...] Portanto, o alegado desconhecimento dos riscos do negócio, por falta de informações ou propaganda enganosa, não merece prevalecer, uma vez que a aplicação financeira escolhida pelos autores foi daquelas reconhecidas como de alto risco. (RIO DE JANEIRO, 2007)

Mais uma vez, decisões como a proferida pelo juízo originário acabam por criar uma vulnerabilidade inexistente no momento da celebração, uma vez que a diante da autonomia da vontade dos contratantes, não haveria que se falar em vulnerabilidade entre o investidor e a instituição financeira. Por outro lado, a decisão que desconsiderou o risco do investidor e lhe garantiu o ressarcimento acabou por alçar a instituição financeira à condição de vulnerável, o

gabinete da ministra Maria Isabel Galloti em 03 de abril de 2014, conforme se extrai da consulta realizada no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) e no Superior Tribunal de Justiça em 03 de junho de 2014. (RIO DE JANEIRO, 2013)

que é totalmente inapropriado para este tipo de relação, visto que inicialmente não havia vulneráveis de fato.

O ativismo judicial também traz consequências negativas às relações societárias a partir do momento em que o julgador elege uma das partes como sendo a merecedora de uma proteção específica e, conseqüentemente, revela uma situação de desequilíbrio entre as partes.

A título de exemplo, é interessante citar o julgado da ação anulatória n. 1.0183.09.172002-3/001 proferida pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁷ que anulou o procedimento de expulsão extrajudicial de sócio pela inobservância dos preceitos do devido processo legal.

Confira-se:

Por outro lado, entendo que o direito de defesa do recorrente foi, de fato, desrespeitado. O devido processo legal há que ser observado não apenas na via judicial, mas também no âmbito das sociedades empresárias ou simples, quanto à imputação de conduta desabonadora a um de seus sócios, nos termos do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal. É que os direitos fundamentais aplicam-se não só às relações públicas, mas também às relações privadas. É a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. [...] No presente caso, o devido processo legal não foi devidamente observado, conforme a seguir será demonstrado. A convocação do recorrente para participar da Assembléia Geral que iria deliberar sobre sua exclusão da sociedade contém vício formal que a contamina definitivamente. Isso porque a referida convocação não explicita as causas que levaram a proposta de exclusão. [...] É certo que há um desacordo entre o recorrente e os demais sócios, como se vê dos elementos dos autos. Além disso, é certo também que o recorrente podia até imaginar quais os motivos que levaram à proposta de exclusão, mas o devido processo legal pressupõe a existência de contraditório e ampla defesa. A ampla defesa, no presente caso, caracteriza-se pela possibilidade de contraditar os fatos e os argumentos motivadores da exclusão ou daquilo que serviria para tal desiderato. Neste contexto, o recorrente, ao saber formalmente das faltas que teria cometido somente no momento da assembléia, não pôde exercer tal garantia de forma completa e irrestrita. Entender o contrário, seria aceitar que o direito à ampla defesa possa ser conferido ao indivíduo de forma parcial, ou com ressalvas, o que é inadmissível diante do nosso ordenamento jurídico. [...] Portanto, o pedido inicial deve ser julgado procedente, para que outro processo de exclusão seja realizado, se for o caso, em consonância com os princípios da ampla defesa e contraditório. (MINAS GERAIS, 2012).

¹⁷Em face da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi interposto o competente Recurso Especial. No Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi dado provimento do Recurso Especial no que diz respeito à preliminar de intempestividade da apelação, tendo, ainda, sido improvido o Agravo Regimental em Recurso Especial. Em 02 de junho de 2014 foram juntados aos autos o Recurso Extraordinário Nº 164066/2014, conforme consulta realizada no site do STJ em 03 de junho de 2014.

No caso em apreço, o julgador entendeu que o procedimento de exclusão do sócio de sociedade limitada, previsto no art. 1.085 do Código Civil em vigor¹⁸ não foi válido, tendo em vista a ausência do contraditório e da ampla defesa do sócio contra o qual se pleiteia a exclusão.

Conforme é cediço, o art. 1085 do Código Civil ao prever a exclusão extrajudicial do sócio de uma sociedade limitada defere aos detentores de mais da metade do capital social a prerrogativa de expulsar o (s) sócio (s) que tenha (m) cometido ato grave suscetível de colocar em risco a atividade da empresa. Para tanto, o contrato social deverá prever a expulsão por justa causa, devendo, ainda, ser convocada reunião ou assembléia para este fim, no qual o sócio acusado deverá ser cientificado do ocorrido para comparecer ao dia da deliberação e exercer o seu direito de defesa. Trata-se na verdade de uma dissolução parcial decorrente do exercício de uma prerrogativa contratual deferida aos detentores de mais da metade do capital social.

O direito de defesa do sócio acusado se limita à negativa da realização do referido ato grave que está por embasar aquela expulsão. A defesa deverá ser exercida na própria assembléia, por meio do seu direito de voz, não havendo espaço para a instauração de um procedimento específico, tendo em vista que a reunião ou a assembleia deve ser convocada para este fim, conforme previsto no dispositivo legal.

Logo, inexistente previsão legal de instauração de um processo administrativo para apuração da alegada falta grave como entendeu o magistrado de segundo grau no julgado em comento. Tal fato será apurado na própria reunião assemblear, conforme previsto no dispositivo legal.

O Judiciário deverá ser invocado caso haja violação de alguma formalidade prescrita no art. 1.085 do Código Civil, não sendo aceitável, a revisão da vontade da maioria societária manifestada nos termos da lei. Todavia, percebe-se que o Judiciário, no presente caso, afim de albergar o interesse do sócio sujeito à expulsão e sob o argumento de garantir a ampla defesa

¹⁸ Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa (Brasil, 2013, p. 382).

e o contraditório, desvirtuou-se da ideia que sustenta a exclusão extrajudicial de sócio que comete ato grave.

Assim, com o intuito de proteger o sócio minoritário, aqui considerada a parte vulnerável da relação, mitigou-se o princípio da autonomia da vontade que motivou a entrada desse sócio na sociedade ciente da existência de cláusula contratual atinente à exclusão extrajudicial de sócio por cometimento de falta grave.

Ora, inexistindo violação às formalidades prescritas em lei, a assembleia/reunião convocada para o fim proposto já atende, em tese, o direito de defesa, também previsto em lei, uma vez que oportuniza ao sócio/acusado a defesa acerca do suposto ato grave que lhe está sendo imputado.

É de se notar que no caso em apreço, a discussão acerca das formalidades legais deslocou-se para a análise do âmbito de extensão do conteúdo da ampla defesa e do contraditório. Assim, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a qual anulou a referida exclusão sob o fundamento de que o direito de defesa não foi oportunizado de forma ampla e irrestrita, revelou, de forma incontestada, a ingerência do Judiciário em órbita nitidamente privada pautada na lei.

Nesse caso, os sócios, com base na autonomia da vontade e na autorização legal, elaboraram o contrato social com a previsão de exclusão extrajudicial de sócio minoritário, sendo indubitável que os sócios que posteriormente passaram a fazer parte da sociedade tomaram ciência dessa previsão.

Assim, não há que se falar em surpresa por parte do sócio acusado e ausência de um procedimento de defesa, uma vez que o contrato social, baseado nos dispositivos legais, regulava essa possibilidade. Relativizar essa cláusula contratual é relativizar o próprio processo legislativo externado por meio do art. 1.085 do Código Civil brasileiro.

Ademais, a referida decisão acaba por gerar prejuízos à própria sociedade, em virtude da manutenção em seu quadro social de um sócio que vive sob a acusação de ter praticado ato de notória gravidade e que esteja colocando em risco a própria atividade empresária. De modo que, até que se julgue definitivamente o presente caso, a perpetuação desse sócio no quadro

societário poderá gerar efeitos nocivos e ainda maiores para a própria sociedade empresária e para todos aqueles que estão envolvidos, inclusive para esse próprio sócio.

Portanto, ao ampliar o sentido de ampla defesa previsto em lei, a atuação do Judiciário revela o seu cunho paternalista e uma proatividade incompatível com o seu mister, tendo em vista que as formalidades previstas em lei, não foram, em um primeiro momento, violadas pela sociedade e, sequer, estão sendo discutidas.

Por fim, vale destacar um pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça em matéria de Direito Concursal:

PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES INDIVIDUAIS. EMISSÃO FRAUDULENTA DE DUPLICATAS. DANO MORAL. SÚMULA 7 DO STJ. PROVA DO DANO SOFRIDO PELA PESSOA JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DO STF.

1. A decisão que defere o processamento do pedido de recuperação judicial tem como um de seus efeitos a suspensão das ações e execuções individuais contra o devedor que, dessa forma, pode desfrutar de maior tranquilidade para a elaboração de seu plano de recuperação, alcançando o fôlego necessário para atingir o objetivo de reorganização da empresa (art. 6º, § 4º, c/c art. 52, III, da Lei n. 11.101/2005).

2. Nessa linha, para alcançar esse desiderato, é ônus do devedor informar a determinação de suspensão dessas ações ao juízo perante o qual elas estão tramitando, no momento em que deferido o processamento da recuperação, o qual é o termo a quo da contagem do prazo de duração do sobrestamento (art. 6º, § 4º, da LFR), que pode ser ampliado pelo juízo da recuperação, em conformidade com as especificidades de cada situação. No caso concreto, porém, a Corte *a quo* não considerou que a informação acerca da suspensão da ação pelo juízo da recuperação deveria ter sido obrigatoriamente realizada ao juiz singular, mas sim que, de acordo com as circunstâncias, não era o caso de dilatar o prazo de 180 dias. (DISTRITO FEDERAL, 2013).

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DO TRABALHO E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ADJUDICAÇÃO DO BEM, NA JUSTIÇA TRABALHISTA, DEPOIS DE DEFERIDO O PEDIDO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DESFAZIMENTO DO ATO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL.

1- A jurisprudência desta Corte assentou-se no sentido de que, decretada a falência ou deferido o processamento da recuperação judicial, as execuções contra o devedor não podem prosseguir, ainda que exista prévia penhora. Na hipótese de adjudicação posterior levada a efeito em juízo diverso, o ato deve ser desfeito, em razão da competência do juízo universal e da observância do princípio da preservação da empresa.

2- De acordo com o entendimento deste Tribunal Superior, admite-se a prorrogação do prazo suspensivo das ações e execuções ajuizadas em face da sociedade em crise econômico-financeira, previsto no art. 6º, § 3º, da Lei n. 11.101/2005.

3- Conflito de competência conhecido, declarada a competência do Juízo da Vara de Falência e Recuperações Judiciais e decretada a nulidade da adjudicação. (DISTRITO FEDERAL, 2013).

Da análise das ementas acima, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça admite a prorrogação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias relativo à suspensão das ações e execuções movidas contra o recuperando tomando como base a sua necessidade. Tal entendimento confronta-se diretamente com o texto da Lei n. Lei 11.101/2005.¹⁹ A norma legal é clara quanto ao prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a suspensão das ações e execuções, sendo destacada no texto a improrrogabilidade do referido prazo.

Essa suspensão foi prevista como forma de permitir ao recuperando um prazo para se reorganizar administrativamente e economicamente diante da nova situação jurídica na qual se encontra, conforme demonstra Campinho:

No despacho do juiz que defere o processamento da recuperação judicial vem ordenada a suspensão das ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos a seus efeitos. Essa consequência decorrente da admissão inicial de seu pedido permite-lhe lidar de forma mais aliviada com o estado de crise econômico-financeira em que se vê inserido, pois estará, ainda que momentaneamente, livre de novas penhoras de seus bens e do fantasma da falência. Nenhuma ação dos credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial poderá tramitar, como regra de princípio, estando p curso das já propostas suspenso e obstado novos ajuizamentos. Terá o devedor um período de tranqüilidade no qual buscará recompor sua atividade e recuperar sua empresa. [...]. A suspensão das ações e execuções se realiza pelo prazo de cento e oitenta dias [...]. Em nenhuma hipótese permite a lei seja ele excedido. (CAMPINHO, 2012, p.153-154).

A partir do momento que a lei é peremptória quanto a improrrogabilidade desse prazo, não há espaço para o julgador agir de modo contrário e casuístico.

Com efeito, não há justificativa alguma para que o julgador prorogue esse prazo para um recuperando e não o faça para outro. Ainda que tais empresas apresentem portes diferenciados, o legislador entendeu que o prazo de 180 (cento e oitenta) dias seria suficiente para todo e qualquer devedor empresário.

A partir do momento que tal prazo é prorrogado para um devedor e não é para outro, haverá a instauração de um cenário de insegurança jurídica bastante acentuada. Além disso, haverá um

¹⁹ Art. 6º da Lei 11.101/2005. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial. (BRASIL, 2013, p. 1561)

aumento de pedidos nesse sentido motivados apenas pela ânsia de se obter um favor jurisdicional, o que contraria o dispositivo constitucional da duração razoável do processo²⁰, haja vista o atraso que se verificará em tais procedimentos.

Em todos os casos citados, nítida é a violação do binômio liberdade-responsabilidade por parte do grupo merecedor da proteção deferida pelo ativismo judicial.

A violação desse binômio de forma acentuada e, até mesmo, arbitrária traz como resultado um cenário de insegurança para as relações privadas.

Nesse sentido, Sampaio Júnior:

No Brasil contemporâneo, o paternalismo jurídico se verifica como uma das modalidades de intervenção do Estado, fazendo-se presente em inúmeros textos legais. Contudo, também na jurisprudência, independentemente da instância ou da natureza do litígio, observa-se que há uma tendência em conferir excessiva proteção a certas categorias de pessoas, negando-lhes a possibilidade de agirem de acordo com a sua própria vontade e, em alguns casos, subtraindo-lhes *ex post factum* a capacidade de terem agido em determinadas situações, permitindo-lhes arrependem-se de seus atos sem terem que arcar com qualquer consequência. O binômio liberdade-responsabilidade fica, neste contexto, seriamente abalado. Confere-se ao indivíduo uma paradoxal dupla possibilidade de agir, concomitante e sucessivamente, e se lhe permite arrependem-se do caminho trilhado sem nenhum ônus. (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p.4831).

Decisões de cunho ativista, sobretudo aquelas voltadas para as questões contratuais e de mercancia propriamente dita, em que se instaura um desequilíbrio na relação entre as partes, acaba por fomentar a chamada “solidariedade social”, uma vez que a parte sucumbente e, por via transversa, a própria sociedade se veem obrigadas a suportar certas consequências com as quais não arcariam espontaneamente.

Nesse sentido:

Quando se determina que os hospitais privados ou as escolas particulares atendam a população carente sem qualquer contraprestação, ao fundamento de que valores existenciais não podem sujeitar-se ao ímpio e espúrio lucro dos empresários, a primeira impressão que se tem é de que tal medida seria efetivamente necessária. Afinal, quem poderia deixar o paciente à míngua de tratamento médico ou o aluno sem acesso à educação? Resolve-se, sim, o problema daquele paciente ou aluno, mas às custas dos demais usuários, que arcarão com os serviços não pagos pelo beneficiário, enquanto a sociedade não tem qualquer motivação para exigir que o Estado cumpra as suas obrigações mínimas.[...]A função social não pode ser

²⁰ Art. 5, LXXVIII da Constituição da República: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 2013, p.32)

entendida como meio de se criar obrigações positivas para um dos contratantes, e tampouco é admissível que, na ordem privada, a solidariedade social seja imposta, salvo em excepcionais hipóteses, como soe ocorrer no direito de família. Entendimento contrário retiraria os méritos do sistema aberto instaurado pelo Código Civil de 2002, e conduziria as relações privadas a um nada desejável sistema impositivo de deveres e obrigações. (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 4662; 4664).

Na verdade, tais decisões acabam por revelar uma supervalorização do princípio da função social, sobretudo da empresa, uma vez que ao impor o solidarismo social ao titular da empresa coloca-se em segundo plano o seu maior interesse, qual seja, a obtenção do lucro, que, conforme já mencionado, corresponde a um dos elementos que o diferencia das demais categorias profissionais. Assim, o lucro não pode ser visto como algo repudiável e por isso passível de mitigação ou mesmo de supressão promovidos pelo Judiciário em nome da função social.

Com efeito, cumprir a função social da empresa significa harmonizar os vários interesses decorrentes do exercício da empresa como, por exemplo, os interesses dos trabalhadores, consumidores, fornecedores e mesmo os do Estado. *A contrario sensu*, não se admite a supressão de nenhum desses interesses, ou seja, o interesse do exercente da empresa (ex. lucro) não pode ser suprimido em função do interesse da coletividade (ex. venda de mercadoria a preço vil) sob pena de desconfiguração da atividade. Ao passo que, o lucro buscado pelo empresário não pode ser aceito se para tanto foram mitigados ou mesmo desconsiderados os direitos dos trabalhadores.

Importante ressaltar que não há como desvincular o lucro do cumprimento da função social, eis que sem o lucro não há geração de riqueza e, conseqüentemente, não há geração de emprego, pagamento de tributos, oferta de produtos ao mercado etc. Ou seja, sem lucro a empresa não sobrevive. Uma empresa cumpre, pois, a sua função social se a realização do seu objeto social propiciar a geração de riqueza. Porém, em observância aos interesses tanto dos shareholders quanto do mercado, dos trabalhadores, dos fornecedores, do Estado, da sociedade e de todos os demais stakeholders. Dessa forma, apesar de não haver uma definição jurídica consensual do termo, deve-se entender que a função social da empresa consiste na observância de determinados deveres legais, sejam eles positivos ou negativos, a fim de que sejam conciliadas as atividades da empresa com os interesses da sociedade e sem que isso importe a redução dos seus lucros. (GONÇALVES, 2011, p.21-22).

Vale registrar que não há que se confundir o cumprimento da função social da empresa com o instituto da responsabilidade social²¹, tendo em vista que a primeira diz respeito a um dever

²¹ Para melhor aprofundamento sobre a “responsabilidade social” vide trabalhos específicos sobre o tema elaborados no programa de mestrado da Milton Campos, a saber: “Função social da empresa, responsabilidade social e sustentabilidade: um enfoque jurídico sobre a tríade social que integra as sociedades empresariais” de autoria de Hugo Cruz Maestri; “A empresa contemporânea: sua função social em face das pessoas com

legal a ser observado pelo empreendedor, ao passo que a responsabilidade social consiste em uma adesão voluntária a políticas de cunho social por parte do empresário no exercício da sua atividade.

É o que se extrai do artigo de autoria de Borger publicado no Instituto Ethos:

A evolução do conceito de responsabilidade social é diferente. Sua origem está nas questões éticas que envolvem a relação entre empresas e sociedade e na filantropia empresarial. O conceito teórico de responsabilidade social originou-se na década de 1950, quando a literatura formal sobre responsabilidade social corporativa aparece nos Estados Unidos e na Europa. A preocupação dos pesquisadores daquela década era com a excessiva autonomia dos negócios e o poder destes na sociedade, sem a devida responsabilidade pelas consequências negativas de suas atividades, como a degradação ambiental, a exploração do trabalho, o abuso econômico e a concorrência desleal. Para compensar os impactos negativos da atuação das empresas, empresários se envolveram em atividades sociais para beneficiar a comunidade, fora do âmbito dos negócios das empresas, como uma obrigação moral. A filantropia empresarial surgiu como um novo campo de atuação que vem conquistando crescente visibilidade no Brasil, vindo compartilhar e disputar espaços com outras formas de ações privadas em benefício público². No entanto, a expressão “filantropia empresarial” está associada a referências históricas como caridade, paternalismo e assistencialismo, que têm uma conotação negativa, porque não trouxeram transformações sociais e econômicas efetivas para o desenvolvimento das comunidades. Hoje, quando se pensa em filantropia empresarial nota-se consenso sobre a exigência de que esse investimento ocorra como uma política da empresa, e não somente como um compromisso pessoal do empresário. Assim, buscaram termos alternativos para designar as ações próprias a esse campo, como investimento social, ação social empresarial, participação social ou comunitária da empresa ou desenvolvimento social. (BORGER, 2013).

Gonçalves confrontando os dois conceitos demonstra a linha tênue que os separa e distinguem:

Por vezes, o conceito de função social da empresa é confundido com a definição de responsabilidade social, o que demonstra que, de fato, não há uma definição consensual a respeito do tema. Contudo, é importante destacar que, apesar de caminharem juntos, os institutos são totalmente distintos, não podendo ser confundidos. Enquanto a função social está relacionada à observância legal de alguns deveres por parte da empresa, a responsabilidade social é uma atitude empresarial que não decorre de obrigação legal, mas do desejo moral de solidarizar-se com os outros. [...] Mediante a adoção de políticas voltadas para o cumprimento da responsabilidade social, a empresa demonstra que possui compromisso e consciência social e que, portanto, se preocupa com o aumento do bem-estar da coletividade, com o desenvolvimento social e com a preservação da solidariedade social. [...] Dessa forma, a responsabilidade social não estaria ligada ao objeto da empresa em si, mas ao cumprimento de obrigações espontâneas que, originariamente, competem ao Estado e que por razões diversas são “moralmente exigidos” das empresas por terem poder econômico na sociedade. [...] Ressalte-se,

deficiência de autoria de Maria de Lourdes Carvalho e “Responsabilidade social empresarial interna” de autoria de Tânia Maria Gomes Polacchini, dentre vários outros da seara acadêmica empresarial.

además, que a busca pelo cumprimento da função social por parte da empresa não importa na redução dos seus lucros. É que, apesar de existir aparente incompatibilidade de interesses entre as empresas e a sociedade, Alexandre Husni demonstra que: “[...] parece-nos que existe possibilidade real e não ideal de se harmonizarem interesses em conflito aparente, de tal forma que se possa tanto caminhar na busca da lucratividade esperada, como também no cumprimento da função social empresarial.” (GONÇALVES, 2011, 22-26).

Assim, por meio dos conceitos aventados, percebe-se que não há espaço para que o magistrado imponha o cumprimento de tais obrigações ao empresário por intermédio de decisões motivadas pelos seus valores pessoais, uma vez que a função social decorre de imposição legal e representa um dever a ser observado pelo empresário, ao passo que a responsabilidade social advém de uma decisão voluntária do titular da empresa que conduz sua atividade sob a influência de certos valores.

Assim, como efeito direto de decisões dessa natureza é possível citar a mitigação da autonomia da vontade e, conseqüentemente, a liberação de eventual responsabilidade em decorrência de uma escolha mal sucedida e conseqüentemente, o surgimento de um cenário de insegurança jurídica maléfica ao próprio mercado. Como efeito indireto, nota-se o ajuizamento de inúmeras ações motivadas por casuísmos na ânsia de se obter de uma proteção suprallegal e de cunho paternalista.

Portanto, conforme amplamente demonstrado neste estudo, o que se combate é o fomento do fenômeno do ativismo judicial, cada vez mais comum nos tribunais pátrios, em franco prejuízo ao fenômeno da judicialização e causador de impactos econômicos de grande relevância tanto para o empresariado como para a própria sociedade.

7 CONCLUSÃO

Na introdução deste trabalho foi apresentado a motivação deste estudo que diz respeito à análise dos impactos das decisões judiciais sobre a atividade empresária, tendo como ponto central o seguinte questionamento: decisões judiciais podem impactar diretamente as relações empresarias e o desenvolvimento da economia do país?

Tal questionamento surgiu a partir da verificação da ocorrência de dois fenômenos no Judiciário contemporâneo tanto de ordem nacional como mundial. Trata-se dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial que foram analisados considerando-se a realidade brasileira.

Para responder ao referido questionamento analisou-se esses dois fenômenos que se consubstanciam na ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, em um maior protagonismo dos magistrados nos dias atuais. Contudo, em função da proximidade de tais fenômenos revelou-se a necessidade distingui-los nos capítulos iniciais.

A análise do fenômeno da judicialização se deu no segundo capítulo, no qual, após o cotejo dos seus vários sentidos, foi entendido como sendo o fenômeno em que proporcionou ao Poder Judiciário uma fronteira de atuação ampliada, a partir de uma legitimação decorrente do próprio sistema no qual se encontra inserido, tendo como intuito a possibilidade de solucionar o maior número de conflitos e, ao mesmo tempo, reconhecer e dar eficácia aos direitos reconhecidos por este ordenamento.

A judicialização é típica de países democráticos e representa uma conquista do cidadão que passa a ter a seu dispor instrumentos que permitem, ainda mais, a efetivação de direitos previamente reconhecidos. Assim, apontou-se como causas desse fenômeno: a adoção do sistema democrático; o princípio da separação de poderes; a existência de uma carta constitucional reconhecedora de direitos e deveres; a possibilidade de recurso ao Judiciário por grupos de interesses e por grupos de oposição; a inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas; a percepção negativa da população acerca das instituições majoritárias com a conseqüente legitimação de instituições judiciais e a ocorrência de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais.

Tal fenômeno se confronta com o ativismo judicial em que pese revelarem uma aparente semelhança. Em função disso, o terceiro capítulo destinou-se a apresentar o ativismo judicial, ficando demonstrado que o tal fenômeno também se caracteriza por ser uma ampliação da fronteira de atuação do Judiciário, porém, movida por convicções subjetivas do julgador que assim atua na ânsia de se alcançar a justiça no caso concreto.

Dessa forma, o ativismo judicial se difere da judicialização por ostentar um caráter voluntarista e paternalista do julgador, razão pela qual, foi apresentado no presente trabalho como sendo uma versão distorcida da judicialização. Vale ressaltar que essa distorção decorre do fato de que o julgador, motivado por questões de ordem pessoal, profere decisões desprovidas de fundamentação jurídica com o intuito de proteger uma das partes litigantes por considerá-la vulnerável e, por isso, merecedora de uma proteção supralegal.

O ativismo judicial manifesta-se por meio da desconsideração voluntária do julgador de regras, princípios e formalidades, legitimamente instituídos no ordenamento jurídico, revelando, com isso, o seu viés nocivo ao sistema. Por esta razão, tal fenômeno é objeto de ponderação por parte considerável da doutrina.

O dinamismo social característico da contemporaneidade permitiu que o magistrado tivesse o espectro de atuação ampliado a partir do momento em que o próprio ordenamento jurídico lhe deu instrumentos para uma atuação mais livre e não necessariamente presa ao texto legal. Contudo, interpretações subjetivas e arbitrárias por parte do julgador revelam uma disfunção do fenômeno da judicialização e dão ensejo ao referido fenômeno do ativismo judicial.

Assim, em virtude das características ostentadas pelo fenômeno do ativismo judicial e seus traços diferenciadores da judicialização, foram traçados no capítulo quarto os efeitos negativos, suportados pela coletividade, decorrentes de tal fenômeno.

Para tanto, demonstrou-se que o ativismo judicial entra em confronto direto com o princípio da separação de poderes, tendo em vista que o magistrado, nessas situações, ora assume a função de legislador ao criar normas para os casos concretos ora assume a função reservada ao poder executivo ao buscar implementar políticas públicas por meio de suas decisões.

Como resultado, desponta-se uma ilegitimidade de representação, uma vez que o magistrado não é detentor da competência legiferante, mas sim os membros do Poder Legislativo no exercício de sua função típica, qual seja, a elaboração de normas jurídicas por meio do devido processo legislativo.

Ademais, a partir do momento em que o Judiciário chama para si a implementação de políticas públicas o que se nota é a politização do Direito. Nesse caso, a inércia do Poder Público é fomentada quanto ao cumprimento de suas funções, colocando-o em uma zona de conforto, visto que o Poder Executivo opta, em alguns casos, em deixar de enfrentar certas questões políticas polêmicas para transferir tais escolhas e decisões aos membros do Judiciário em casos isolados.

Assim, tais situações revelam um cenário de instabilidade do sistema de pesos e contrapesos decorrentes do princípio da separação de poderes e característico do sistema democrático. Ao lado de tais consequências, outra se revela, qual seja, a supervalorização do Poder Judiciário. Essa proatividade judiciária acaba gerando um destaque midiático do referido poder, haja vista que aos olhos dos leigos o Judiciário deixa de ser um mero aplicador da lei para ser um poder criador de normas e/ou implementador de políticas públicas para os casos concretos que lhe são apresentados.

Em função disso, o Judiciário passa a ser visto pela sociedade como praticamente a única instituição capaz de resolver os conflitos sociais, seja de ordem eminentemente privada, seja de ordem pública. Mas na prática, o efeito que se nota é bem diferente, uma vez que, a sobrecarga de processos suportados pelo Judiciário se acentua, ocasionando a demora na solução dos diversos conflitos que lhe são apresentados ou mesmo a solução de conflitos de forma arbitrária e em total descompasso com o ordenamento jurídico doméstico.

Ademais, tais decisões podem ser extremamente onerosas para o Poder Público que se vê obrigado a alocar recursos para cumprir certas decisões que vão beneficiar uma parte mínima da população, em vez de destinar tais recursos para políticas que, de fato, beneficiariam a coletividade ou parte relevante dela.

Com efeito, não deve ser atribuída ao Judiciário a função de corrigir e consertar todos os males ocorridos no País, uma vez que em sistema algum uma instituição assume tal mister.

Portanto, foi demonstrado que os efeitos decorrentes do ativismo judicial confrontam-se com o fenômeno da judicialização e ainda colidem com os ideais democráticos, revelando, por fim, seu viés autoritário.

E a razão é simples: toda a disfunção demonstrada em decorrência do ativismo judicial pode, a qualquer momento, voltar-se contra a própria população, a mesma que em algum momento aplaudiu tal postura. Assim como é louvável, por parte da população, uma decisão que impõe a implementação de uma política pública não prevista inicialmente pelo órgão competente, é possível que essa mesma população se veja aterrorizada por decisões que venham a mitigar seus direitos e interesses, como por exemplo, uma decisão que produza efeitos diretos sobre a poupança popular.

Em uma relação horizontal, o autoritarismo também se revela ainda de forma mais incisiva, pois ao acolher a pretensão de uma das partes, a parte sucumbente estará obrigada a suportar uma decisão desprovida de fundamentação no arcabouço legal pátrio, não havendo justificativa alguma para que a pretensão da parte eleita como vulnerável seja acolhida em detrimento do interesse da outra.

A partir dessas premissas, foram apontados, no quinto capítulo deste estudo, os efeitos nefastos a serem suportados pelo empresário que, em uma relação eminentemente privada, se vê diante de um desequilíbrio originado por uma decisão de cunho ativista. Demonstrou-se, ainda, nesse capítulo, que em se tratando de atividade empresária, tais decisões revelam ainda um aspecto ainda mais danoso, tendo em vista que a repercussão desses pronunciamentos judiciais certamente extrapolará a esfera do empresário para atingir a sociedade como um todo.

Tais efeitos danosos são demonstrados por meio da desconsideração de princípios que são caros à atividade empresária. Nesse contexto, nota-se uma franca mitigação do princípio da autonomia da vontade e dos demais princípios atinentes às relações contratuais, tão importantes ao contexto empresarial. Nesse caso, o interesse do empresário deve ceder espaço ao interesse da parte considerada vulnerável, ainda que tal vulnerabilidade seja presumida de forma totalmente equivocada ou em franco prejuízo aos seus objetivos centrais.

Por outro lado, o princípio da segurança jurídica também se vê claramente comprometido, tendo em vista que o jurisdicionado, de um modo geral, anseia por certa previsibilidade das decisões judiciais, visto que as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto são públicas e notórias. Assim, uma decisão desconectada com o ordenamento jurídico que o sustenta e proferida com base nas paixões e na subjetividade do julgador revela a instabilidade do sistema e, por mais que possa atender ao interesse de uma das partes, estará revelando, na verdade, uma face autoritária.

Fazendo o cotejo desses efeitos com a atividade empresária, objetivo central do presente trabalho, nota-se que tais decisões impactam diretamente na empresa, trazendo sérias consequências para o empresariado nacional e para a economia do país. Para tanto, foram colacionados posicionamentos de especialistas que revelam a nítida relação entre as decisões judiciais e a economia. Tais posicionamentos mostram que ambiente seguro, seja ele decorrente do corpo jurídico da nação, seja em função de questões estratégicas da economia nacional, atraem investimentos do empresariado e propiciam o desenvolvimento da nação.

A contrario sensu, a mitigação de princípios consagrados da atividade empresária, bem como o cenário de insegurança jurídica que se instaura em virtude de uma postura proativa do Judiciário acabam por afastar os investimentos no mercado impactando diretamente na economia do País.

Ademais, a atenuação dos riscos inerentes à atividade empresária também propicia e fomenta o investimento nos diversos setores da economia nacional, uma vez que o empresário tem como principal objetivo o exercício de uma atividade lucrativa, ou seja, os ganhos devem superar, de forma satisfatória, as eventuais perdas e os riscos decorrentes de tal atividade.

Assim, a imprevisibilidade e o cenário de insegurança que decorrem de decisões de natureza ativista atingem, em um primeiro momento, o titular da empresa, mas por via reflexa, toda a sociedade, conforme restou demonstrado.

Certamente, haverá uma transferência para a coletividade dos ônus decorrentes de tais decisões, uma vez que o agravamento do risco da atividade empresária e a consequente oneração dos custos dessa atividade acabarão sendo repassados para a própria coletividade,

razão pela qual se entendeu que a repercussão das decisões desta natureza não se limitará à esfera dos litigantes, estendendo-se para toda a sociedade.

Como forma de demonstrar os efeitos nocivos suportados pelo empresário e conseqüentemente pela coletividade, foram apresentadas no sexto capítulo decisões que, a título exemplificativo, ostentam um caráter ativista e que se relacionam aos diversos sub-ramos do Direito Empresarial.

Para tanto, foram apontadas decisões de julgadores proativos que revelam o descompasso com o ordenamento jurídico pátrio atinente às questões de cunho contratual, societário e recuperacional. Conforme foi demonstrado, tais pronunciamentos tiveram o condão de ocasionar sérios prejuízos, não só de ordem econômica para o titular da empresa, mas para todos aqueles que, de alguma forma, se vinculam a essa atividade.

Ainda como uma decorrência negativa, verifica-se que diariamente várias demandas são ajuizadas pela população com o claro propósito de se obter uma proteção de cunho paternal totalmente desvinculada dos formalismos e das regras que o processo e o direito a que estão sujeitos.

Assim, aparentemente tais decisões trazem o signo de justiça, mas na verdade ostentam uma face perversa para a própria sociedade que se quer proteger. Nesse cenário, a ideia de superação de formalismos ou mesmo, de normas específicas é alçada como forma de obter uma efetiva prestação jurisdicional e, conseqüentemente, a justiça.

Todavia, é preciso levar em consideração que a superação de formalidades e, principalmente, de regra, deve ser analisada com a máxima cautela, tendo em vista que estas foram criadas justamente como sendo um caminho para se chegar a tão almejada justiça. Para desconsiderá-las há que se observar um procedimento próprio e formal, como por exemplo, o manejo de ações de inconstitucionalidade, em vez de deixá-lo a cargo de um julgador que, por meio de decisões isoladas, atende ao interesse de um pequeno grupo, e, ao mesmo tempo, gera insegurança jurídica para a toda a sociedade.

Assim, definida a pergunta problema e todo o seu contexto, cumpre ao presente trabalho sugerir soluções que permitam minorar esse impasse.

É importante ressaltar que o presente trabalho apresenta um viés crítico sobre os possíveis impactos das decisões judiciais sobre a atividade empresária e, conseqüentemente, sobre a economia, mas não tem a pretensão de trazer uma solução única para o problema levantado, mas, sim, apresentar sugestões ou mesmo caminhos para o desenlace da questão proposta.

Dessa forma, considerando a judicialização como sendo uma conquista oriunda do sistema democrático, e, por isso, estendido a todos os cidadãos de uma nação, deve o magistrado ficar atento para que este fenômeno não seja distorcido e produza efeitos contrários ao inicialmente projetado.

Assim, tomando por base a situação, levantada no segundo capítulo deste estudo, em que a judicialização se manifesta como sendo o antídoto para a inefetividade das instituições majoritárias no que diz respeito a políticas públicas, deve o magistrado atuar de forma positiva quando a omissão do Poder Público for clara e notória quanto aos direitos previamente reconhecidos.

Partindo dessa premissa, não há como se questionar a postura do julgador que reconhece a necessidade de fornecimento de medicamento a determinado cidadão que, por dever legal, deveria ter sido fornecido pelo Poder Público, mas que não foi feito por mera omissão institucional, trazendo com isso sérios prejuízos àquele que deveria ter sido atendido. Nesse caso, o Poder Judiciário fez valer um direito previamente reconhecido diante da inefetividade das instituições políticas competentes.

Por outro lado, o que se critica veementemente neste trabalho, é a postura ativista do magistrado que, por exemplo, determina a concessão de medicamentos por parte do Poder Público que sequer deveriam ser fornecidos ou que não se encontram dentro do rol a ser oferecidos.

Desse modo, há uma clara assunção do Poder Judiciário nas funções e competências atinentes ao Executivo que, além de violar o princípio da separação de poderes, ainda ocasiona sérios reflexos sociais, visto que o Poder Público cumprirá a ordem judicial que lhe foi imposta e deixará reverter de recursos para a efetivação de políticas públicas que atenderiam a sociedade como um todo.

Na órbita empresarial, a judicialização se revela, sobretudo, por meio do reconhecimento da importância da atividade econômica para o país e que, se vê seriamente comprometida por decisões ativistas que inibem ou causam embaraços para tal atividade. A título de exemplo, foi citada a situação dos planos de saúde que se vêem obrigados a cobrir planos não contratados em função de um déficit de política pública relacionado à saúde. Nesse caso, as operadoras de plano de saúde, pessoas jurídicas de Direito Privado, passam a ter o risco da sua atividade agravada ficando, ainda, sujeitas a outros reflexos.

Desestabilizar o empresariado nacional por meio de decisões que violam princípios consagrados referentes às várias relações que daí emanam e que privilegiam uma parte em detrimento da outra, traz efeitos nocivos e desastrosos para toda a coletividade, seja por meio de repasse dos custos sofridos pelo empresário, seja por meio da desaceleração do desenvolvimento do mercado em função da sua retração.

Nesse contexto, é preciso apurar se toda a população está disposta a se ver diante do solidarismo social que acaba por ser imposto, conforme levantado no capítulo quinto deste trabalho. E é justamente em função da imposição desse tipo de solidarismo que se vislumbra o autoritarismo decorrente de tais decisões, uma vez que terceiros são sujeitados a certos ônus inicialmente inexistentes.

Deve o magistrado agir com prudência e cautela diante dos casos que lhes são apresentados, deixando de lado suas preferências pessoais e seus ímpetos heroicos.

Portanto, deve o julgador se orientar pelos conjuntos de leis que formam o ordenamento jurídico pátrio. Nas hipóteses em que o texto legal se amolda perfeitamente ao caso concreto é preciso ter em mente que não há espaço para interpretações que venham a colidir com o preceito legal. Todavia, havendo espaço para relativizações, visto que a lei em vários momentos concede ao intérprete uma forma de atuação mais livre, deve o julgador atuar com prudência e despojo de motivações subjetivas. Para tanto, deve ser valer dos instrumentos atinentes à integração das normas previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Conforme demonstrado, a autocontenção também deve servir como orientação ao julgador no momento da atuação, na medida em é necessário preservar as funções dos Poderes Estatais.

O mais relevante é que a população tenha consciência acerca da importância de se ter uma representatividade efetiva, a cargo do Poder Legislativo e da sua força ao exigir a implementação de políticas públicas por parte do Executivo. Tal conscientização trará ganhos ainda maiores e evidentes para toda coletividade, se comparado com a conquista decorrente de ganhos isolados obtidos ao Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, n.15. 2008. Disponível em: http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf Acesso em: 5 ago. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*. 2009, n.4, p. 1-29. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 5 ago. 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, 2013. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>> Acesso em: 25 jan. 2014.

BRASIL; CAHALI, Yussef Said (Org.). Código civil ; Código de processo civil ; Código comercial ; Legislação civil ; Processual civil e empresarial ; Constituição Federal. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (RT mini códigos).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. O fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de 2 (dois) anos de vigência do contrato de seguro de vida não exime, por si só, a seguradora do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação da premeditação do segurado, ônus que cabe à seguradora.[...]. Recurso Especial. n. 1435409-MG. *Manuelina Maria de Castro versus Itaú Vida e Previdência S/A*. Relator: Ministro João Otavio de Noronha, 3ª Turma. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília 14 abr 2014. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> > Acesso em: 17 set 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...] é ônus do devedor informar a determinação de suspensão dessas ações ao juízo perante o qual elas estão tramitando, no momento em que deferido o processamento da recuperação, o qual é o termo a quo da contagem do prazo de duração do sobrestamento (art. 6º, § 4º, da LFR), que pode ser ampliado pelo juízo da recuperação, em conformidade com as especificidades de cada situação. [...]. Recurso Especial n. 1116328-RN. *Schmidt Indústria Comércio Importação e Exportação Ltda versus Cirne Irmãos e Companhia Ltda*. Relator: Luiz Felipe Salomão, 4ª Turma. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 24 set. 2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 17 set 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. Responsabilidade Civil. Lei de Falências e Recuperação. Recurso Especial. Suspensão das ações e execuções individuais.[...]. Recurso Especial n. 111614-DF. *Ministério Público do Trabalho e outros versus Viação Aérea São Paulo S/A - VASP - massa falida e outros*. Relatora: Ministra Nancy

Andrighi, 2ª Seção, *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 19 jun. 2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 17 set 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. [...] Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida Mandado de injunção n. 232/RJ. Centro de Cultura Prof. Luiz Freire versus Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*. Brasília, 27 mar 1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCA%2E+E+232%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cue4ggf> Acesso em: 17 set. 2014

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Garantia Fundamental (CF, Art. 5º, Inciso Lxxi). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, Art. 37, Inciso Vii). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de injunção n. 670/ES. Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL versus Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 31 out 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+670%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+670%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cswygf3> Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3510/DF. Procurador Geral da República versus Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Brito. *Diário da Justiça*, Brasília, 28 mai. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário. Inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010. Recurso Ordinário n. 645-80. 2010. 6.14.0000. Classe 37, Belém do Pará. Ministério Público Eleitoral versus Jarder Fontenelle Barbalho. Relator: Ministro Arnaldo Versiani, Publicado em Sessão, Brasília, 01 set. 2010. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=64580&processoClasse=RO&decisaoData=20100901&decisaoNumero=&noCache=0.5927370020654052> Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 556 de 25 de junho de 1850. Código Comercial. *Collecção das Leis do Império do Brasil*. 1850. T. 11, P. 57-238. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm> Acesso em: 19 mai. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*. Seção 1. 01/10/1940. p. 18711. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2627.htm> Acesso em: 19 mai. 2014.

BRASIL. Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*. Seção 1. Suplemento. 17/12/1976. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm Acesso em: 19 mai. 2014.

BRASIL. Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*. Seção 1. Edição Extra. 09/02/2005. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 19 mai. 2014.

BERGEL, Jean- Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fortes, 2001.

BINEMBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: Carmem C. Varrialle, et al. 5. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Luiz Guilherme de Melo. *A relação jurídica de consumo sob o prisma do paternalismo jurídico*. 111f. Dissertação (Mestrado) – Faculdades Milton Campos, Nova Lima, 2010. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/luizguilhermeborgesrelacaojuridicaconsumosoprismapaternalismo1905.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BORGER, Fernanda Gabriela. *Responsabilidade social empresarial e sustentabilidade para a gestão empresarial*. 19 jun 2013 Disponível em: <<http://www3.ethos.org.br/cedoc/responsabilidade-social-empresarial-e-sustentabilidade-para-a-gestao-empresarial/#.U44N8nJdWvg>> Acesso em: 03 jun. 2014.

CABRAL, Manuelle Carvalho; VIEIRA, Andréia Patrícia. *O Poder Judiciário como Instituição Econômica*. 2009. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2281>>. Acesso em: 05 mai. 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. *Revista USP*. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

Disponível em > <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26940/28718>> Acesso em: 27 jan. 2014.

CANARIO, Pedro. *Quantidade de ações novas é maior que as decisões*. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-15/quantidade-processos-novos-cresce-productividade-judiciario> Acesso em: 25 fev. 2014 .

CANUTO, Lourenço. Empresário quer ambiente de segurança jurídica adequado para atrair investimentos. *Agência Brasil: empresa Brasil de comunicação*. 05 mai. 2010. Disponível em:< <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2010-05-25/empresario-quer-ambiente-de-seguranca-juridica-adequado-para-atrair-investimentos>> . Acesso em: 5 mai. 2014.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2012.

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

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*. n° 23, 2004, p.115 - 126. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>> . Acesso em: 21 jan. 2014.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

CITADDINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*. v.5. n.9. p. 105-113, jul/dez. 2004. Disponível em: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf . Acesso em: 25 mar. 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa. A justiça desequilibrando a economia. *Valor Econômico*. 10 nov. 2006, p. E-2. Disponível em: < <http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/59-a-justica-desequilibrando-a-economia.html>> . Acesso em: 06 mai. 2014.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A justiça em números*. Disponível em

COUCEIRO, Julio Cezar. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 28 jan. 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte. Del Rey, 2001.

DELGADO, José Augusto. *A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica*. STJ, 2007. Disponível em: http://www.stj.jus.br/web/verDiscursoMin?cod_matriculamin=0001105&aplicacao=ministros.aposentados.ex-minitros Acesso em: 15 mai 2014.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931> Acesso em: 23 jan. 2014.

FIORE; Eraldo Genin; KUWAHARA, Mônica Yukie. Sistema financeiro, segurança jurídica e crescimento econômico. *Revista de Economia e Administração*, v.10, n.1, 5-43p, jan./mar. 2011. Disponível em: file:///C:/Users/Cris/Downloads/Fiore_Kuwahara_2011_Sistema-financeiro,-seguranca-_5035.pdf. Acesso em: 15 mai. 2014.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. A legitimidade do Judiciário. *Estado de Minas*, Minas Gerais, 8 nov. 2008. Coluna Opinião, p. 09, Disponível em: <http://mariolucioibirite.blogspot.com.br/2009/09/cidadania-e-legitimidade-do-judiciario.html> Acesso em: 11 mar. 2014.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCÍA, Macário Alemany. *El Concepto y la justificación del paternalismo*. 2005a. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/34692842101236197543679/029113.pdf> . Acesso em: 07 jul. 2013.

GARCÍA, Macário Alemany. *El Concepto y la justificación del paternalismo*. 2005b. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/46861618090253619754491/014591.pdf> . Acesso em: 07 jul. 2013.

GUIMARÃES, Irmes & Araujo, Advogados Associados. *Ativismo judicial: Afronta ou fortalecimento do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.guimaraesirmesearaujo.adv.br/?p=149>. Acesso em: 31 mar. 2014.

GUIMARAES, Lucas Zandona. *A judicialização da política a partir do Supremo Tribunal Federal: Súmula Vinculante n. 13 e Mandado de Injunção*. 2011. 130f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) .Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8N2HFC/disserta_ao_lucas_zandona_guimar_es.pdf?sequence=1 Acesso em: 20 jan. 2014.

GONÇALVES, Brenda Gerken Almada de Abreu. *O papel da empresa na inclusão das pessoas com deficiência*. 2011.Dissertação (Mestrado). Faculdades Milton Campos. Nova Lima. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/Mestrado/dissertacoes/2011/brendagerkenalmadadeabreugoncalvesopapelempresainclusaopessoascomdeficiencia.pdf> Acesso em: 02 jun. 2014.

GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no código civil brasileiro. *RJTAMG*. Belo Horizonte. v. 94, p.17-36, jan/mar. 2004.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. 2010. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/Estudos/Impactos%20econ%C3%B4micos%20e%20sociais%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.pdf> Acesso em: 12 mai. 2014.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: contratos*. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*. n.57, 2002, p. 113-133. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf> Acesso em: 20 jan. 2014.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: empresa e atuação empresarial*. Vol 1. 7ª edição. São Paulo: Atlas. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *Processos Coletivos*. Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em < <http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/121-o-precedente-na-dimensao-da-seguranca-juridica>> Acesso em: 22 mai. 2014.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo Jurídico-penal*. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php>> Acesso em: 01 jul. 2013.

MARTINS, Thiago Penido. *A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários*. 2010. 227f. Dissertação (Mestrado). Faculdades Milton Campos. Nova Lima. Disponível em <http://www.mcampos.br/posgraduacao/Mestrado/dissertacoes/2010/thiagopenidomartinsaefficaciadodireitofundamentalasaudenasrelacoes.pdf> . Acesso em: 06 mai. 2014.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. In: *Novos Estudos*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, CEBRAP, nº 58, nov. 2000. p. 183-202. Disponível em < <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>> Acesso em: 24 mar. 2014.

MENDES, Clarissa Braga. *Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional*. 2010. 130 f. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/148803912/SEGURANCA-JURIDICA>> Acesso em: 05 mai. 2014.

MENIN, Rubens. Investimentos (5). *Mercado Imobiliário e mais*. 23 abr. 2014. Disponível em: < <http://blogrubensmenin.com.br/investimentos-5>> Acesso em: 07 mai. 2014.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Intempestividade. Exclusão de sócio. Procedimento administrativo. Ausência do devido processo legal. Apelação Cível n. 1.0183.09.172002-3/001. José Carvalho Baumgratz versus Jane Elizabeth Vieira da Costa Sarmento e outros. Relator: Des.Wagner Wilson. *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 20 nov. 2012. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0183.09.1720023%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 22 set. 2014

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Ação Cominatória. Tutela Antecipada. Inadimplência. Corte no Fornecimento de Água. Enormes Prejuízos. Impossibilidade. Agravo de Instrumento n. 1.0287.12.002923-9/001. Companhia de Saneamento de Minas Gerais COPASA MG versus Aparecida Regina Del Lama Campos Reis. Relator: Des. Manuel Saramago. *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 14 mar. 2013. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=1500D481F084F743E1D631F1D0332A85.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0287.12.0029239%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em: 22 set 2014

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Ação ordinária. Plano de saúde. Tratamento domiciliar. Indispensabilidade para a sobrevivência digna do beneficiário. Cláusula de exclusão da cobertura. Abusividade diante do caso concreto. CDC. Princípio da boa-fé. Recurso desprovido. Apelação cível n. 1.0223.12.005955-3/002 // 0059553-34.2012.8.13.0223. U.D.C.T.M.L versus Bernardo Gualberto Alves representado por sua Mãe Cristiana Helena Gualberto Silva. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. *Diário da Justiça*. Belo Horizonte, 26 mai. 2014. Disponível em < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0223.12.0059553%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 22 set. 2014

NASCIMENTO, Carolina Izidoro do. *A arbitragem como meio extrajudicial de solução de conflitos de consumo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de

Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=344 Acesso em: 11 mar. 2014.

NETTO, Adyr Garcia. Globalização, atividade empresarial e a segurança jurídica. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 75-88, 2007. Disponível em: <[file:///C:/Users/Cris/Downloads/11474-44417-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Cris/Downloads/11474-44417-1-PB%20(1).pdf)> Acesso em: 11 mai 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OLIVEIRA, Móises Mileib de. *O ATIVISMO JUDICIAL E A TUTELA DA CIDADANIA*: a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito. 2011. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoeyn. *O princípio da dignidade humana na perspectiva do Direito como integridade*. 2009. 143f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em:<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4356/1/2009_MariaCristinaIrigoyenPeduzzi.pdf> Acesso em: 06 mai. 2014.

PEREIRA, Henrique Viana. *A função social da empresa*. 2010. 121f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2010. Disponível em:<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHV_1.pdf> Acesso em: 19 mai. 2014.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Jurisdição constitucional na constituição federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/108/107>> Acesso em 16 jun 2014

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora. 1989.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REINALDO FILHO, Demócrito. Impactos econômicos das decisões judiciais - uma análise sob a perspectiva das teorias hermenêuticas pós-positivistas. A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões – uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas. *Revista Informática Jurídica*, 2009. Disponível em: http://www.informatica-juridica.com/trabajos/Impactos_economicos_das_decisoes_judiciais.asp Acesso em: 7 mai. 2014.

RIBEIRO, Édila Lima Serra. Análise econômica dos contratos de planos de saúde brasileiros: segurança jurídica e revisão contratual. *Derecho y Cambio Social*. 01 jul 2013. Disponível em: http://www.derechocambiosocial.com/revista033/Analise_economica_dos_contratos_de_plano.pdf Acesso em: 28 mai. 2014

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Aplicação em fundo de investimento de alto risco. Apelação Cível n.0150007-36.1999.8.19.0001 (2007.001.05059). Francisco de Assis Moura de Melo e outros versus Aldo Henrique Ramos e outros. Relator: Des. Benedicto Abicair. Rio de Janeiro, 10 set. 2007. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200700105059>. Acesso em: 21 jul. 2013

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A cláusula geral da função social dos contratos; entre um sistema aberto e um sistema impositivo. In: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 17, 2008, Santa Catarina. *Anais CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, v. 1, p. 4646-4666. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rodolpho_barreto_sampaio_junior-1.pdf > Acesso em: 2 jun. 2014

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Da Liberdade ao Controle: os riscos do Novo Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte. PUC Minas Virtual, 2009.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. In: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 17, 2008, Santa Catarina. *Anais CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, v. 1, p. 4817-4836. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rodolpho_barreto_sampaio_junior-1.pdf Acesso em: 2 jun. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, ano 11, 1999. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm Acesso em: 20 jan. 2014.

SOUZA, Bruno Villani. *A judicialização das políticas públicas na área da saúde e seus impactos no orçamento dos municípios do Estado do Paraná*. 2012. 72f. Monografia. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba. Disponível em: < <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31284/BRUNO%20VILLANI%20SOUSA.pdf?sequence=1> > Acesso em: 25 fev. 2014

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional da Empresa*. São Paulo: Editora Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Departamento de Direito Processual. 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. (USP), São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/pt-br.php> Acesso em: 27 fev. 2014.

VIANNA, Luiz Werneck (org). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro. Editora Revan. 1999.

VIANNA; Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*. vol.19, n. 2, São Paulo, 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci_arttext > Acesso em: 2 abr 2014.

WALD, Arnoldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial – teoria geral da empresa*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais).

WEBER, Max *et al.* *Sociologia da Burocracia*. Rio de Janeiro. Zahar Editores. 1966.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n.40, p. 195-209, 2011. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v19n40/14.pdf> > Acesso em: 20 jan. 2014