

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO, JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO

HUDSON JORGE OLIVEIRA DE SOUZA

**Ativismo, publicismo e processos estruturais:
um estudo de caso sobre a ACP da Represa Laranja Doce**

São Paulo

2021

HUDSON JORGE OLIVEIRA DE SOUZA

**Ativismo, publicismo e processos estruturais:
um estudo de caso sobre a ACP da Represa Laranja Doce**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Ricardo Geraldo Rezende Silveira, apresentada como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento na área de concentração Constituição, Políticas Públicas e Democracia.

São Paulo

2021

HUDSON JORGE OLIVEIRA DE SOUZA

**Ativismo, publicismo e processos estruturais:
um estudo de caso sobre a ACP da Represa Laranja Doce**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

Data da defesa: 28/06/2021.

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Orientador Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira
IDP**

**Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva
IDP**

**Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes
Professor Convidado.**

*[...] Na República, de Platão, médicos e juizes são igualados numa mesma desconfiança, como sintomas reveladores das doenças, físicas e morais, de que padecem os cidadãos**

[...] diz-se que os advogados não gostam tanto dos juizes quanto estes merecem...

*- Piero Calamandrei ***

[...] Acho que é um problema sério em uma época em que os intelectuais, incluindo os cientistas, estão propensos a apaixonar-se por ideologias e modas intelectuais. Mas existe um perigo até maior: uma teoria, mesmo uma teoria científica, pode tornar-se uma moda intelectual, um substituto para a religião, uma ideologia entrincheirada...

*- Karl Popper****

[...] Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios.

*- Mauro Cappelletti*****

*“Glauco: Mas que dizes acerca deste ponto, ó Sócrates: porventura, não é preciso que tenhamos bons médicos na cidade? E eles serão em tanto maior número, quantas mais pessoas sãs e doentes tiverem tratado e da mesma maneira serão os juizes que tiverem convivido com a maior variedade de naturezas”. PLATÃO. **A República**. Brasília: Kiron, 2012. v. 1. *E-book* (420 p.). ISBN 9788581130934.

** CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por um advogado**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 130-225.

*** POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 74.

**** CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 162 p.

RESUMO

Os processos ou litígios estruturais vêm ganhando uma relevância cada vez maior dentro da doutrina processual brasileira. Na América Latina, desde o início dos anos 2000 o número dessas ações tem crescido exponencialmente, iniciando-se a batalha entre o garantismo processual e o publicismo processual através desses processos. Encontra-se uma linha muito tênue fundada na possibilidade do aumento dos poderes do magistrado nesse tipo processual específico. Os garantistas sustentam um compromisso com a Constituição através do triunvirato das garantias constitucionais do processo, contraditório, ampla e efetiva defesa, incluindo-se nela a efetiva produção probatória para influenciar eficazmente o processo e exercitar o contraditório, e, por fim, a imparcialidade da jurisdição. Já os publicistas defendem a efetividade processual, o processo como ferramenta essencial de pacificação e de defesa dos direitos fundamentais, e nesse cenário a jurisdição tem preponderância sobre as garantias processuais, que são tão caras aos garantistas. Para os publicistas o magistrado deve ter maiores poderes, que não estejam apenas restritos à condução e à marcha do processo, abrangendo também os direitos fundamentais constitucionalmente tutelados. A visão dos publicistas se assemelha a uma teoria proposta pelos estudiosos dos processos estruturais, mas essa escolha pode ser perigosa, uma vez que a expansão dos limites jurisdicionais dos magistrados pode ensejar a prática reiterada e, sobretudo, legitimada do ativismo judicial. No tocante a este trabalho, o método de pesquisa é o estudo de caso na modalidade qualitativa com forte fundamentação dogmática sobre o tema, uma vez que esses debates não são muito conhecidos do grande público, para culminar na análise do caso concreto da sentença de primeiro grau da Ação Civil Pública da Represa Laranja Doce no estado de São Paulo. Este estudo visa demonstrar a importância das garantias constitucionais do processo, ou da defesa do garantismo no processo, e dos perigos do ativismo judicial que ficam evidenciados no caso concreto estudado, visando contribuir para uma práxis judicial totalmente baseada na Constituição, considerando que o devido processo legal é a cláusula mãe de todo o sistema processual.

Palavras-chave: Processos Estruturais. Publicismo Processual. Ativismo Judicial. Garantismo Processual. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

Structural injunctions or litigations have been increasing in relevance within Brazilian procedural doctrine. In Latin America, since the early 2000s the number of these actions has been growing exponentially, giving rise to the battle between procedural guarantees and procedural publicism through these cases. There is a very tenuous line based on the possibility of increasing the powers of the judges in this specific type of procedure. The guarantors uphold a commitment to the Constitution through the triumvirate of constitutional guarantees of the due process of law, contradictory, broad and effective defense, including the effective production of evidence to effectively influence the process and exercise the contradictory, and finally, the impartiality of the jury. Those who adopt the Publicist view of the procedural law, on the other hand, defend procedural effectiveness, the process as an essential tool for pacifying and defending fundamental rights. In this scenario, jurisdiction has preponderance over procedural guarantees, which are so dear to guarantors. For the publicists, the jury must have greater powers, not only being restricted to the conduct and progress of the process, but also encompassing the fundamental rights constitutionally protected. The publicists' view is like a theory proposed by scholars of structural injunctions, but we warn that this choice can be dangerous, since the expansion of the judges' jurisdictional limits can give rise to the repeated and, most importantly, legitimized practice of judicial activism. The research method in this work is the case study of qualitative kind with a strong dogmatic grounding on the subject, since these debates are not well-known by the general public, to culminate in the analysis of the concrete case of the first instance decision of the Public Civil Action of the Represa Laranja Doce in the State of São Paulo. This study aims to demonstrate the importance of the constitutional guarantees of the process, or the defense of guarantism in the process, and the dangers of judicial activism that are highlighted in the specific case studied, aiming to contribute to a judicial praxis based entirely on the Constitution, considering that due legal process is the mother clause of the entire procedural system.

Keywords: Structural Injunctions. Procedural Publicism. Judicial Activism. Procedural Guarantism. Due Process of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA REFLEXÃO.....	11
1.1 A FORMAÇÃO DAS IDEOLOGIAS DO PROCESSO: UM DEBATE SOBRE AS VISÕES DOS SISTEMAS PROCESSUAIS.....	17
1.2 A IDEOLOGIA SOCIALISTA OU PUBLICISTA DO PROCESSO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DO CÓDIGO DE 1939 ..	20
1.3 O CÓDIGO DE 1973, A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O PUBLICISMO PROCESSUAL	26
1.4 O GARANTISMO ENQUANTO SISTEMA E O GARANTISMO PROCESSUAL	29
1.5 O GARANTISMO PROCESSUAL X LIBERALISMO PROCESSUAL	34
2 O ATIVISMO JUDICIAL.....	377
2.1 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	40
2.2 O ATIVISMO PROCESSUAL NAS CAUSAS DE MENOR IMPORTÂNCIA OU COMPLEXIDADE: O MICROATIVISMO JUDICIAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	49
2.3 A UTILIZAÇÃO DO ATIVISMO NO RITO PROCESSUAL: PARA ALÉM DOS JUIZADOS	54
3 O PROCESSO ESTRUTURAL.....	58
3.1 CARACTERÍSTICAS NÃO ESSENCIAIS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS..	62
3.2 O ATIVISMO NO DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS E NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS	573
3.3 A PROBLEMÁTICA DA CAUSA DE PEDIR E DOS PEDIDOS NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS COMO JUSTIFICATIVA PARA A CRIAÇÃO DE UM NOVO RITO PROCESSUAL	667
3.4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PL Nº 8.058 DE 2014 E DAS RAÍZES DE UM SISTEMA PROCESSUAL VOLTADO PARA OS LITÍGIOS ESTRUTURAIS ...	70
3.5 O CASO DA REPRESA LARANJA DOCE: PREMISSAS INICIAIS E JUSTIFICAÇÃO DA ANÁLISE	76

3.6	O DEFERIMENTO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS E O JULGAMENTO DE DISPOSIÇÕES CONTRA LEGEM COMO EVIDÊNCIA DO ATIVISMO PROCESSUAL NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU	79
4	CONCLUSÕES	878
	REFERÊNCIAS	923

INTRODUÇÃO

Os Processos Estruturais ou Litígios Estruturais são uma realidade em vários sistemas processuais. No Brasil, o tema vem crescendo tanto no manejo de ações desse tipo processual quanto nos estudos sobre o tema. Os primeiros movimentos e esforços específicos ao tema tiveram início após 2010, quando realmente conseguimos identificar estudos específicos sobre o tema com essa nomenclatura de processos ou litígios estruturais.

Os processos estruturais são litígios complexos que envolvem instituições e atores sociais comumente na consecução de direitos fundamentais complexos, como reformas do sistema prisional, meio ambiente, vagas em creches e/ou unidades escolares. Trata-se de tutelas complexas levadas ao Poder Judiciário para que se estabeleça um estado aceitável de coisas.

Em relação à solução desses problemas complexos, os estudiosos do tema defendem que tanto as capacidades do sistema processual atual quanto a dos juízes são insuficientes para proporcionar uma solução efetiva aos problemas levados ao Judiciário.

Por essa razão, muitos defendem um sistema processual próprio para o julgamento dessas causas, e nesse sistema inclui-se a expansão dos limites e poderes jurisdicionais do magistrado, fundamentada sobre os mais variados argumentos possíveis.

Dentro desse desacordo gerado pelos estudiosos dos processos estruturais, encontra-se implícito também um dos maiores debates do direito processual moderno: a batalha entre o garantismo e o publicismo processual, ou melhor, o debate entre as ideologias do processo.

Os garantistas sustentam a prevalência do compromisso constitucional originário do Estado de Direito e do devido processo legal, que é materializado em nossa Constituição através do triunvirato contraditório, ampla e efetiva defesa e a imparcialidade da jurisdição como fundamento de validade de qualquer julgado submetido ao Poder Judiciário, incluindo-se os processos estruturais.

Já para os defensores da ideologia publicista, o magistrado deve ter maiores poderes que não se encontrem restritos apenas à ordenação e condução do processo, abrangendo sempre o envolvimento dos direitos fundamentais em cada causa. Nesse sentido, o processo é apenas um meio e ferramenta pela qual a jurisdição se

materializa, prevalecendo a jurisdição sobre este, muitas vezes no melhor sentido de que os fins justificam os meios.

Tanto os processos estruturais quanto a teoria publicista do processo têm esse denominador comum da expansão do poder jurisdicional, em que o magistrado, de forma discricionária, poderá dar o melhor andamento à causa sob sua responsabilidade de julgamento.

Todavia, o que não se considera é que a expansão desses limites jurisdicionais enseja uma escolha perigosa: o grande risco de uma legitimação do ativismo judicial, tema controverso dentro do direito brasileiro, uma vez que até mesmo sua existência é questionada, devido à influência publicista do processo em nosso sistema processual.

O estudo e desenvolvimento do tema será realizado através de uma análise substancial das garantias constitucionais gerais e/ou atuais do processo em nossa Constituição e das ideologias do processo, pois o tema das ideologias é pouco discutido de forma substancial, havendo apenas a repetição de conceitos desgastados.

A mesma lógica se aplica ao ativismo judicial. Ainda que haja muito material disponível sobre o tema, o ativismo não é um fenômeno restrito aos grandes casos das cortes superiores, e a sua presença é constante também nos pequenos casos, podendo-se considerar esse microativismo como ativismo processual.

Este trabalho apresenta em uma das etapas uma análise da presença do ativismo processual dentro do ordenamento jurídico brasileiro, visando deixar claro que a expansão desses poderes é um grande perigo, uma vez que há propostas de inclusão da expansão desses poderes em projetos de lei pertinentes à matéria dos processos estruturais.

Após toda a construção do arcabouço teórico, do processo no atual estágio constitucional, passando pelo enfrentamento das ideologias do processo, pela teoria do processo estrutural e pelos exemplos evidenciados da presença do ativismo judicial e processual no Brasil, efetuaremos uma análise da sentença de primeiro grau da Ação Civil Pública em um processo estrutural que evidencia todos os riscos apontados neste trabalho e o perigo da expansão dos poderes jurisdicionais.

No tocante ao tema neste trabalho, é relevante destacar que não é necessária uma teoria apartada para os litígios estruturais, uma vez que o próprio sistema de regras do Código de Processo Civil atual consegue tutelar esses processos, e que

assegurar o cumprimento das garantias constitucionais do processo aqui entendido como uma instituição é uma das tarefas do garantismo processual.

Adotar uma postura mais publicista e expandir os poderes jurisdicionais do magistrado nas causas dos processos estruturais a partir da análise do caso concreto em estudo é dar carta-branca para a expansão do ativismo judicial, prejudicando as garantias constitucionais do processo, que não pode mais ser enxergado como mera ferramenta auxiliar da jurisdição.

É necessário evidenciar o ativismo em casos menores para que se possa auxiliar no fomento da revisão dessas posturas que são tão comuns no ordenamento jurídico brasileiro. As críticas científicas que são objeto deste estudo visam de forma humilde reforçar uma práxis judicial sempre guiada pela Constituição, considerando que o direito processual se trata de direito constitucional aplicado. Este estudo não tem grandes pretensões, buscando apenas expor ajustes no sistema processual que devem ser feitos, uma vez que são determinados pela Constituição.

1 O PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA REFLEXÃO

Habermas afirma em *Direito e Democracia* que o processo judicial constitui uma espécie de ponto de fuga para a análise do sistema jurídico, pois esse sistema abrange muito mais do que a legislação, sua aplicação ou a administração da justiça, devendo também abarcar tudo aquilo que é efetivamente relevante para o sistema jurídico em sentido mais amplo.¹

Essa análise do sistema jurídico proposta por *Habermas* só é possível graças às transformações políticas e sociais que se iniciaram dentro do constitucionalismo europeu do século XX, sendo este o modelo matriz de todas as constituições de compromisso democrático atuais, ou do Constitucionalismo Contemporâneo, nos dizeres de *Streck*, o qual preferimos utilizar ao invés do convencionado Neoconstitucionalismo.²

Todavia, isso não seria possível sem referenciais teóricos importantes, como o pensamento da Escola do Direito Público Alemão, quando, no período anterior à Constituição de *Weimar*, a dogmática jurídica constitucional alemã começou a incluir elementos de ordem política no direito constitucional.³

É dentro da Escola de Direito Público Alemã que tem origem um dos conceitos mais importantes para o Constitucionalismo Contemporâneo: o da força normativa da

¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 244.

² Em *Streck*, a compreensão do termo “Constitucionalismo Contemporâneo” perpassa pela necessária relação entre Constituição e Jurisdição constitucional, só se podendo falar de Constitucionalismo Contemporâneo após as rupturas de paradigma que ocorreram no século XX, em que o modelo de constituição formal no qual o direito constitucional tinha apenas um papel de ordenação foi suprimido através de um novo paradigma constitucional, no qual o constitucionalismo deve exercer um papel transformador da sociedade, indo muito além apenas do modelo de Estado social. Não utilizamos, portanto, o referencial do “Neoconstitucionalismo”, o qual é de largo conhecimento devido às suas características voluntárias, tais como a jurisprudência dos valores sendo uma forma de enxergar o constitucionalismo sem práticas ativistas ou discricionárias, razão pela qual achamos mais corretas referências desta forma. STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40-296.

³ Pensadores como *Carl Schmitt*, *Hermann Heller* e *Rudolf Smend* trazem para o cenário alemão a preocupação em introduzir, na Ciência do Direito Constitucional, elementos de ordem política que circundam o próprio Estado de Direito. Essa é a tradição do Direito Público alemão, que *Hesse*, na segunda metade do século XX, retoma a partir de novas bases ideológicas. ZETTEL, Bernardo; ALMEIDA, Maíra. O DEBATE SOBRE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL NA TEORIA DO DIREITO ALEMÃO À LUZ DA TEORIA INSTITUCIONAL. **Publica Direito**, [s. l.], [20--?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=17326d10d511828f>. Acesso em: 2 ago. 2020.

Constituição, de *Hermann Heller*,⁴ o qual foi notabilizado por *Konrad Hesse* em momento posterior.⁵

É certo que também essa revolução dentro do direito constitucional gerou mudanças em outras áreas, incluindo a do direito processual, embora um pouco mais tarde, pelos idos de 1943-1944. À época, o processualista uruguaio *Eduardo Couture* ministrava um curso em algumas universidades americanas sobre um tema que era extremamente inovador: as garantias constitucionais do processo civil, sendo posteriormente transformado em texto em 1946, o qual, segundo *Dhenis Cruz Madeira*⁶, representou o início dos estudos do Direito Processual Constitucional. O último autor deixou claro que apenas em 1948 é que foi feita menção direta e literal ao tema, em um texto intitulado *Casos de Derecho Processual Constitucional de Couture*.

A influência de *Couture* no tema “processo constitucional” foi referenciada por grandes nomes da Doutrina Processual Europeia, incluindo-se, entre outros, *Piero Calamandrei*, *Jerry Goldschmidt*, *Alcalá-Zamora y Castillo*, além de *Liebman*, o qual teve bastante influência no processo civil brasileiro.⁷

Liebman afirmou que *Couture* conseguiu mesclar os avanços do direito anglo-saxão com o direito romano germânico, o que realmente ficava evidente na terceira edição do seu “Fundamentos de Direito Processual Civil”, conforme alegado por *Dhenis Cruz Madeira*. Assim, consideramos que *Couture* foi o Pai do Direito Processual Constitucional, uma vez que projetou a realização da junção entre Processo e Constituição, mas quem de fato deu força à expressão “Direito Processual Constitucional” foi *Alcalá-Zamora y Castillo*, devido à boa receptividade que o professor tinha, mas de qualquer forma sempre havia alguém se voltando para os ensaios de *Couture*.

⁴ Afirma Heller nos idos de 1930: “Não existe Constituição Política alguma que, inteiramente com status real, não seja ao mesmo tempo um ser formado por normas, isto é, uma forma de atividade normada, além de uma forma de atividade meramente normal”. HELLER, Hermann. *A Constituição do Estado*. In: HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 299.

⁵ Hesse cita Heller em sua obra. Todavia, o seu conceito de força normativa é bastante similar ao de Heller: “Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital [...] Embora a Constituição não possa por si só realizar nada, ela pode impor tarefas”. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 16-19.

⁶ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica - (in)compatibilidades entre a tópica e o processo**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 305-306.

⁷ *Liebman*, em 1952, publicou um trabalho exaltando o nome de *Couture* e seu esforço pela aproximação entre o direito constitucional e o processual. *Ibid.*, p. 309.

Em termos científicos, podemos dizer que as contribuições de *Couture* para a forma de conceber o processo foram enormes. Após exame apurado, ele efetuou uma compatibilização de todos os institutos de direito processual com os preceitos constitucionais das recentes constituições que nasciam à época.

A primeira e mais importante contribuição se refere ao entendimento do conceito de jurisdição, em que ela perdeu lugar dentro do direito privado e ganhou lugar dentro do direito público, pois, para *Couture*, se a jurisdição é uma função estatal, e está dentro da sua organização enquanto Estado, ela é um tema que deve pertencer ao Direito Constitucional, uma posição bastante inovadora à época, evidenciando-se portanto a influência da Escola do Direito Público Alemão nesse caso.⁸

Por fim, é inquestionável que *Couture* retirou os estudos sobre o processo dos domínios do direito privado e os inseriu dentro do direito público⁹, iniciando a construção de uma teoria do sistema processual constitucional.

O tema “processo constitucional” ainda suscita muitas controvérsias, pois há diferentes visões do que é entendido como processo constitucional. No Brasil, há ainda uma visão mais apegada à doutrina estrangeira e a posturas restritivas do que seria o processo constitucional, havendo também, por conseguinte, uma multiplicidade de definições de processo constitucional.¹⁰

⁸ A Jurisdição é antes de tudo uma função. As definições que a concebem como um poder são apenas um ponto de vários aspectos da jurisdição. Não se trata somente de um conjunto de poderes ou faculdades, sendo por fim um conjunto de deveres dos órgãos do Poder Público.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 32.

⁹ “Não se pode deixar de consignar que mesmo quando o conflito de interesses é eminentemente privado, há no processo sempre um interesse público, que é o da pacificação social e o da manutenção do império da ordem mediante a realização da vontade concreta da lei”. JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. *E-book*.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I.

¹⁰ Afirma *Dimitri Dimoulis* que há uma multiplicidade de definições quando se pensa em processo constitucional, razão pela qual não se pode falar ou dizer que há apenas um tipo de processo constitucional, o que se configuraria como o conjunto de processos regulamentados pela Constituição que objetivam as garantias dos direitos fundamentais. Em outra perspectiva, alguns autores vêm a definir que o processo constitucional é uma decisão judicial sobre a constitucionalidade de certas normas, ou seja, voltado apenas para o processo judicial. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 38. *E-book*.

Para Dimitri Dimoulis, Nelson Nery Jr.¹¹, Georges Abboud¹² e Canotilho¹³, o que se entende por processo constitucional, estaria restrito apenas a uma defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, visando à proteção da força normativa da Constituição e à integridade do ordenamento jurídico, através de seus remédios e ações constitucionais, não abrangendo todo o sistema processual.

Essa divisão sobre o tema no Brasil é fruto da importação do conceito alemão de Direito Processual Constitucional, conforme demonstra *Leonardo Martins*.¹⁴

Se examinarmos, portanto, a visão de Canotilho, Dimoulis, Abboud e Nery Jr. do Direito Processual Constitucional, constataremos uma diferença entre jurisdição constitucional e jurisdição comum, fato que se torna ilógico, nos dizeres de *Streck*. Uma vez que concordamos também que não há qualquer lógica ou razoabilidade decorrente dessa divisão, devido ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelos juízes em primeiro grau, por exemplo, no sistema brasileiro, que é diferente dos sistemas estrangeiros em que há essa divisão entre jurisdição comum e jurisdição constitucional pura.¹⁵

¹¹ Segundo Nelson Nery Jr., apartando os conceitos de Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional, “[...] é comum dizer-se didaticamente que existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional”. JUNIOR, Nelson N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 41.

¹² Para *Georges Abboud*, o Direito Processual Constitucional em seu ponto de vista histórico e social se refere aos instrumentos jurídicos de proteção do próprio direito vinculando este processo. É tanto de feição subjetiva quanto objetiva (controle de constitucionalidade) a jurisdição constitucional da corte suprema que fará com que o ordenamento tenha coerência e integridade. ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book (1502 p.).

¹³ “O Direito Processual Constitucional em sentido estrito tem como objeto o processo constitucional que é o complexo de atos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de atos normativos públicos. Já o Direito Constitucional Processual tem como objeto os princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição e materialmente constitutivos do status *activus processualis* no ordenamento constitucional português. Logo, o Direito Constitucional Processual abrange desde logo as normas constitucionais atinentes aos processos penal, civil e administrativo”. CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 965-967.

¹⁴ “Grande parte do Processo Constitucional movido exclusivamente na esfera do Tribunal Constitucional Federal Alemão tem caráter objetivo e não necessariamente contraditório. Porém, além de realizar o controle normativo, o TCF decide também sobre contenciosos constitucionais em sentido estrito (entre órgãos constitucionais), defesa da Constituição e também outras matérias de difícil classificação, como a reclamação eleitoral ou o procedimento de exame de uma eleição e a apresentação de divergência”. MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 11.

¹⁵ “Velhos paradigmas de direito provocam desvios na compreensão do sentido de Constituição e de jurisdição constitucional. Antigas teorias acerca da Constituição e da Legislação ainda povoam o imaginário dos juristas, a partir da divisão entre ‘jurisdição constitucional’ e ‘jurisdição ordinária’, entre constitucionalidade e legalidade, como se fossem mundos distintos separáveis metafisicamente”.

Ainda nesse raciocínio, *Dhenis Cruz Madeira*¹⁶ afirma que são inúteis as distinções terminológicas que poderia haver entre o que pode ser chamado de Direito Constitucional Processual e o Direito Processual Constitucional, com o último tratando-se das chamadas ações ou *writs* constitucionais, além das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Neste trabalho, optamos por entender que toda a ciência processual deverá ser tratada como processo constitucional, uma vez que toda a sua validade se sustenta em normas fundamentais da Constituição, incluindo-se todas as competências da jurisdição, tais como civil, penal, trabalhista, eleitoral e administrativa. Ademais, reforçamos não ser possível, após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, entender essa divisão entre processo e processo constitucional, sendo esta um reflexo de uma dogmática formalista que abandona os conceitos de força normativa da Constituição.

Fundamental é a contribuição de *Luiz Guilherme Marinoni*¹⁷ para o debate, quando ele afirma que não se pode mais conceber o processo civil senão como uma forma de direito constitucional aplicado, o que é mais condizente com o direito processual atual e com a dogmática constitucional que veio abrigada dentro do Código de Processo Civil de 2015.

É através dessa legislação processual, direito constitucional aplicado que se encontra no catálogo dos direitos fundamentais de âmbito normativo, que temos a

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

¹⁶ “Alguns juristas observam inclusive que tal divisão não realiza propriamente a criação de novos ramos do Direito Processual, mas apenas se justifica, quando muito, para fins didáticos. [...] Ademais, parece que a distinção sobredita é, no plano científico, irrelevante, porquanto mesmo as ações constitucionais estudadas no Direito Processual Constitucional devem se submeter e ser regidas por princípios constitucionais do processo, objeto do Direito Constitucional Processual. Para ser mais direto: a tentativa de se criar dois ramos distintos, um, para se estudar os princípios, outro, para se estudar os procedimentos previstos no texto constitucional, é, do ponto de vista epistemológico, injustificável, logo sendo tudo processo constitucional, pois, como dito, a distinção proposta se mostra estéril”. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica - (in)compatibilidades entre a tópica e o processo**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 316-317.

¹⁷ Para *Luiz Guilherme Marinoni*, esta concepção decorre da segunda constitucionalização do processo civil, ou seja, posterior ao que foi dito por *Couture*. Nessa fase, o Estado deve viabilizar um processo justo. O processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado, sendo ele desta maneira direito constitucional aplicado, conforme as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao código de processo civil: artigos 1º ao 69. In: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Coleção comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. I, p. 67. *E-book*.

efetivação da correta estruturação técnica do processo¹⁸, o que também pode ser entendido como uma das dimensões do devido processo legal¹⁹.

Este não é apenas um mero acesso à justiça ou a prestação jurisdicional ao indivíduo ou aos indivíduos que o invocam, sendo, portanto, uma garantia do Estado Constitucional ou Constitucionalismo Contemporâneo.

Tais lições servem para esclarecer as desconformidades doutrinárias que temos em relação ao tema, reafirmando que tais abordagens ainda hoje soam estranhas e limitam os conceitos de processo e direito constitucional.

Devemos portanto evitar, nas palavras de *Rosemiro Pereira Leal*²⁰, a dicotomia entre um Direito Processual Constitucional e um Constitucional Processual, uma vez que a legitimidade de qualquer processo ou sua fonte de produção é o texto constitucional, o qual não pode consagrar uma divisão relativa a um direito que está dentro da Constituição, ou melhor dizendo, um Direito Processual Constitucional e outro diverso que seria considerado como um direito processual infraconstitucional e seria encarado como um mero sistema procedimental contido em códigos e leis.

Não se pode em derradeiro, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, dissociar o processo ou até mesmo criar nomenclaturas ou subdivisões sem sentido, separando o processo constitucional em limitado apenas às ações constitucionais e limitado aos mecanismos de controle abstrato, uma vez que não é mais válido entender o processo desta forma. Seria, portanto, um processo de Erosão da Consciência Constitucional, nos dizeres de *Loewenstein*²¹. Assim, estaríamos

¹⁸ O direito de ação é compreendido por Marinoni como o direito à técnica processual adequada, a qual não depende de reconhecimento de direito material *per se*, evidenciando-se, portanto, a sua fundamentalidade. CANOTILHO, J. J. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 390.

¹⁹ Tradicionalmente, é reconhecida na cláusula do devido processo também uma dimensão processual. Não obstante, é dentro do âmbito das garantias do processo que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar que se traduz em uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas em várias ordens jurídicas. *Ibid.*, p. 390.

²⁰ “A rigor, norma que não é fundamental-institucional-processual não é norma de direito processual, mas norma de direito procedimental. Não se pode a esmo admitir que a ‘jurisdição’ constitucional compreenda apenas, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, nomeando o *habeas corpus*, o mandado de segurança o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação popular como instrumentos constitucional-processuais para situar a existência de um Direito Processual Constitucional”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 76. *E-book*.

²¹ *Loewenstein* afirma que as democracias constitucionais do meio do século XX se encontravam em crise, e, portanto, as constituições escritas sofreram uma desvalorização funcional e uma perda de prestígio, devido à inobservância de sua normatividade, que não foi cumprida. Isso fez com que houvesse uma atrofia da consciência constitucional, termo usado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 1484 em 21/08/2001, mas que no original também é denominado atrofia da

negando a normatividade e a relação de existência e interdependência entre Constituição e direito processual, o que não seria nada mais do que uma forma de mitigar a força normativa da Constituição.

Para nós, o processo é apenas um, e este processo tem fundamentos e funções constitucionais, não sendo mais limitado a um tipo ou outro de processo ou de natureza processual.

Mas no final de 2020 o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, instituiu, em 24 de novembro, uma comissão de juristas para elaborar um anteprojeto de lei que visasse à sistematização de normas de processo constitucional brasileiro.

A comissão está sendo presidida pelo Ministro Gilmar Mendes e vários notáveis, entre eles o Professor Lenio Streck, o qual já foi mencionado anteriormente neste trabalho por não concordar em suas obras com a divisão da jurisdição em constitucional e comum.

Considera-se, portanto, que o tema voltou com força ao cenário brasileiro. Este projeto tem por objetivo avaliar a consolidação e harmonização do processamento e julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, de reclamações constitucionais, do mandado de segurança de competência dos tribunais superiores e do STF (Supremo Tribunal Federal), além de *habeas data*, mandado de injunção e recurso extraordinário.²²

Se o projeto for para a frente, será adotada de vez a divisão entre jurisdição constitucional e comum, considerando-se como processo constitucional apenas os instrumentos de defesa da Constituição, e não todo o sistema processual em si.

1.1 A FORMAÇÃO DAS IDEOLOGIAS DO PROCESSO: UM DEBATE SOBRE AS VISÕES DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

As Ideologias do processo fazem parte dos temas que estão há um bom tempo dentro dos debates e estudos do direito processual ibero-americano,²³ estando de

consciência constitucional. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976. p. 222.

²² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara cria comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/710651-camara-cria-comissao-de-juristas-para-avaliar-legislacao-sobre-processo-constitucional/>. Acesso em: 1 mar. 2021.

²³ BERIZONCE, Roberto Omar. IDEOLOGÍAS Y PROCESO. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 470-515, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30029/21011>. Acesso em: 11 nov. 2020.

início mais alinhadas aos debates do direito processual civil. O assunto começa a ser estudado no fim do século XX, na passagem para o século XXI.²⁴

Esses debates renderam alguns frutos e discussões no direito processual brasileiro. Em 2004, por exemplo, *Ovídio Baptista*²⁵ publicou o seu *Processo e Ideologia*, afirmando que a polissemia conceitual do termo “ideologia” pode nos levar a enganos quanto ao seu significado e conteúdo.

Em sua acepção originária, o termo “ideologia” se encontra na obra *A Doutrina dos Ídolos*, de *Francis Bacon*. A ideologia, a princípio, é algo metafísico, com Bacon afirmando que os ídolos assediariam o espírito humano, fazendo com que o nosso pensamento sofresse influência destes, que impediriam assim o uso da razão mediante a ocorrência de prejuízos (pré-juízos)²⁶. Ressalta-se que Bacon é um dos ícones do chamado racionalismo, e por isso se justifica essa abordagem da razão, em que a ideologia é a ausência de razão.

Parece-nos mais acertada a posição de *Cabanis e Destutt de Tracy* sobre o termo “ideologia”, que em sua forma mais pura nada mais é do que uma teoria do nascimento ou genética das ideias.²⁷

Karl Marx, quando retoma o termo 50 anos depois de *Cabanis e Destutt de Tracy*, lhe dá uma dimensão diferente, podendo-se dizer que inaugura a era da polissemia do termo “ideologia”, uma vez que essa polissemia tem origem dentro dos debates da doutrina marxista, nos quais o termo “ideologia” pode ser entendido como a representação das lutas ou as várias representações destas ou de outras lutas e posições que dominam a mente do homem.

Todavia, o conceito ainda é insuficiente. Logo, ainda se faz necessário evoluir um pouco mais, para entendermos o que são as ideologias do processo e a sua importância.

De acordo com o conceito de *Cabanis e Destutt de Tracy*, a ideologia é a teoria do nascimento ou genética das ideias, mas esse nascimento ou genética das ideias não subsiste sem uma forma de consciência social a qual é materialmente ancorada e sustentada nos dizeres de *Mezsáros*.²⁸

²⁴ AROCA, Juan Montero (coord.). **Processo Civil e Ideología**: un prefacio, una sentencia dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. 433 p.

²⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²⁶ Ibid., p. 5.

²⁷ ŽIŽEK, Slavoj *et al.* **Um mapa da Ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 123.

²⁸ MÉSZÁROS, István. **O Poder da Ideologia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 67.

Devemos entender que as ideologias do processo são os debates existentes acerca dos sistemas processuais que advêm de formas ou consciências sociais que são materialmente ancoradas e sustentadas, ou, em resumo, são, como afirma *Gisele Leite*²⁹, as lentes que alteram a forma como se vê o direito processual.

Essas lentes, ou ideologias do processo, têm a função de ser um vetor de entendimento do sistema jurídico e do direito processual em sua dimensão dogmática,³⁰ dando concretude à análise habermasiana do sistema processual e do ordenamento jurídico como um todo, a partir do seu conteúdo material.

Esse conteúdo material é que efetua a ancoragem e sustentação, ou melhor, a definição das lentes que alteram a forma como o sistema processual é visto, como mencionado por Gisele Leite.

Essa acepção diferencia-se, portanto, do conceito marxista, em que a ideologia é a mera representação de ideias, sem qualquer elemento material mais substancial e estruturado que permita a devida ancoragem já mencionada.

Os elementos materiais que proporcionam essa ancoragem e sustentação material dentro das ideologias do processo são descritos por *Glauco Gumerato Ramos*, e são eles: I) o papel do juiz e da atitude das partes na relação processual; II) a dimensão constitucional da Jurisdição; III) o conteúdo, o significado e a extensão da cláusula de devido processo legal; IV) as garantias de ampla defesa e contraditório em sua importância/dimensão constitucional; V) a forma classificatória de condução processual pelo Poder Judiciário, se inquisitiva ou dispositiva.³¹

Podemos pensar melhor no tema ao olhar, por exemplo, para o sistema processual liberal, que se inicia após o fim da Idade Média e do período iluminista, em que os valores: indivíduo, liberalismo e democracia³² são os vetores que impulsionam

²⁹ LEITE, Gisele. Garantismo versus Ativismo: ou o velho embate do cidadão contra o Estado. **Jornal Jurid**, [s. l.], 8 mar. 2017. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/garantismo-versus-ativismo-ou-o-velho-embate-do-cidadao-contra-o-estado>. Acesso em: 5 set. 2020.

³⁰ “A exigência torna-se imperativa não apenas pelo caráter polissêmico do conceito, mas especialmente pela utilização frequente que dele se faz, sem uma preocupação com o rigor conceitual [...] como aludiremos com frequência às ideologias, é indispensável esclarecer o sentido que emprestamos a essa forma de pensamento”. *Ibid.*, p. 2.

³¹ GUMERATO RAMOS, Glauco. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: Apresentação do Debate. **Revista de Direito Processual Civil Fadipa/Unianchieta**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 22-37, 2019. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireiroProcivil/article/view/873>. Acesso em: 19 jul. 2020

³² SILVA, op. cit., p. 6.

as reformas do sistema processual, abandonando-se a confusão do sistema medieval e dando-se início à era moderna liberal do processo³³.

1.2 A IDEOLOGIA SOCIALISTA OU PUBLICISTA DO PROCESSO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DO CÓDIGO DE 1939

O estudo dos sistemas processuais do ponto de vista histórico não é algo tão ordenado se comparado ao estudo dos institutos de direito material, devido ao fato de o direito processual ter ficado por muito tempo vinculado ao direito material. Tal concepção teve raízes no direito romano e por muito tempo permaneceu e se consagrou através da teoria imanentista do processo até os idos de 1840-1850.³⁴

A autonomia do direito processual se deu apenas no fim do século XIX, com o socialismo processual, que inaugurou o estágio do processualismo científico,³⁵ em oposição à ideologia do processo liberal, a qual é denominada procedimentalismo dentro do estudo da história do processo.³⁶

O marco inicial da ideologia do processo liberal surge após a Revolução Francesa, em que há um abandono dos costumes e privilégios do antigo regime, caracterizado por complicadas formalidades dos procedimentos processuais e do Judiciário em si. Um exemplo dessa reação às complexas formalidades é a edição da Lei 2-11 de setembro de 1790, que suprime a ordem dos advogados, permitindo que as partes efetuem a sua própria defesa em juízo.³⁷

³³ “Os sistemas processuais do antigo regime na França eram estruturados pela pluralidade de jurisdições, pela arbitrariedade dos juízos e pela extrema complicação das formas processuais. Tal pluralismo, poder-se-ia perceber pela existência de jurisdições feudais, eclesiásticas e corporativas que impunham constantes conflitos de competência. [...] Ademais, há de se verificar que o sistema processual em diversos países europeus herdou as tradições do direito comum, sua estrutura complexa e formalista e a confusão das fontes legislativas que os disciplinavam [...], mas sim decorria de um confuso conjunto normativo de proveniência e origem histórica diversificadas”. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 39.

³⁴ A teoria imanentista de *Savigny* retomava conceitos do direito romano, notadamente a *legis actiones*, ou seja, a ação deveria seguir a natureza do direito, ou para cada direito haveria uma ação correspondente, sendo os dois indissociáveis, ou, como cita *Rosemiro Pereira Leal*, “a palavra ação neste momento histórico tinha um duplo sentido que concebia tanto o direito de movimentar a jurisdição e o seu procedimento quanto o direito inerente ao direito material, sendo uma aderência do procedimento processual ao direito material que formaria uma só figura jurídica”. LEAL, op. cit., p. 194.

³⁵ RAATZ, Igor; ACHIETA, Natascha; DIETRICH, William G. PROCESSUALISMO CIENTÍFICO E “FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO”: A TÁTICA ERÍSTICA DO ADJETIVO CIENTÍFICO E DAS “NOVAS FASES METODOLÓGICAS”. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, ed. 3, p. 296-327, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/54206/34885>. Acesso em: 4 mar. 2021.

³⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 39.

³⁷ *Ibid.*, p. 71.

É importante mencionar que essa permissão das partes para efetuar a sua própria defesa é o motor que move toda a ideologia do processo liberal, uma vez que o advogado deixa de ser parte fundamental dentro do processo.

A ideologia do processo liberal se fundamenta em duas bases: o princípio dispositivo e a igualdade formal das partes, como já delineado anteriormente.

Importante é a observação de *Damaška*³⁸, que afirma que essa autonomia privada obtida através da Lei 2-11 de setembro de 1790 permitiu uma total autossuficiência do indivíduo diante do Estado, uma vez que aquele poderia realizar a sua defesa processual até mesmo na esfera penal, sendo os indivíduos soberanos diante do Estado em todas as esferas de gestão dos seus interesses, incluindo-se também a esfera penal, algo impensável em nosso sistema processual atual.

Dessa capacidade das próprias partes em efetuar a sua defesa deriva a igualdade formal dos cidadãos, e, por conseguinte, o princípio dispositivo do processo, em que este é considerado como meio de resolução de conflitos privados concebida desde o início para o benefício das partes, e os indivíduos são soberanos na gestão de seus interesses.³⁹

Já o princípio dispositivo nada mais é do que a proibição ao juiz de instaurar ou se manifestar de ofício dentro do processo, ainda que haja provocação das partes, para isso consagrando-se, portanto, o processo como objeto exclusivo das partes através da sua igualdade formal.⁴⁰

O juiz no processo, por conta desse princípio dispositivo, é considerado como um “vigilante noturno” que, nos dizeres de Gisele Leite, está restrito a cuidar apenas do *fair-play* processual.⁴¹ A referência à figura do vigilante noturno demonstra o quanto a jurisdição está ligada ao modelo de Estado adotado.

Essa figura do Guarda-noturno, ou Estado Guarda-noturno, nada mais é do que uma referência a uma das nomenclaturas do Estado Liberal mencionadas por *Lassalle* e lembradas por *Canotilho*, em que o Estado não interveria e, tal como o guarda-noturno, velaria pela tranquilidade dos cidadãos.⁴²

³⁸ DAMAŠKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven & London: Yale University Press. *E-book* (264 p.).

³⁹ NUNES, op. cit., p. 74.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 76.

⁴¹ LEITE, Gisele. Garantismo versus Ativismo: ou o velho embate do cidadão contra o Estado. **Jornal Jurid**, [s. l.], 8 mar. 2017. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/garantismo-versus-ativismo-ou-o-velho-embate-do-cidadao-contra-o-estado>. Acesso em: 5 set. 2020.

⁴² CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 92.

O modelo liberal de processo, assim como o próprio Estado Liberal em si, não acompanhou as evoluções às quais o mundo e a sociedade foram submetidos, e por consequência se mostrou inadequado à realidade.

Conforme nos preleciona *Marcelo Pereira de Almeida*⁴³, o movimento de publicização do processo teve suas origens no Código Austríaco de 1895 de influência socialista e dominou toda a doutrina processual do século XX. Portanto, o que se chama de teoria publicista e teoria social do processo é um único objeto; apenas a nomenclatura é diferente.

A influência da ideologia marxista nesse período é enorme, uma vez que se trata da novidade do momento, pois é através da luta de classes que se obtém o descolamento da normatividade pura e abstrata, passando a se considerar as relações sociais como gênese das relações jurídicas subjetivas. Originariamente, na teoria marxista pura, Marx e Engels viam o direito como uma forma de ideologia.

O direito passa a ser considerado como uma ferramenta de transformação social, pois, como diria *Pachukanis*, O Estado é produto do processo jurídico, mas não é a totalidade do processo jurídico, faltando ainda o direito e a jurisdição para completar essa totalidade.⁴⁴

Considerem-se também as concepções de *Anton Menger* em sua obra *O direito civil e os pobres/despossuídos* (tradução nossa).⁴⁵

Menger efetua nessa obra um estudo com base no Código Prussiano de 1781, que propõe alterações significativas na forma de se conceber o processo e a administração da justiça civil, mediante um reforço do papel judicial com o protagonismo do magistrado, que teria um papel duplo, ora de educador extraprocessual, ora de agente em defesa dos mais necessitados.

Ao se relegar a isonomia das partes para tentar alcançar uma igualdade material, o juiz se torna, portanto, um juiz socialmente orientado aos fins e escopos metajurídicos e sociais do processo, podendo ser considerado, portanto, um juiz parcial.

⁴³ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A Jurisdição na perspectiva publicista e privatista em países que adotam o modelo civil law no contexto da solução de demandas individuais de massa (Notas sobre o incidente de resolução de ações repetitivas previsto no PLS nº 166/10). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, p. 265-290, 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_265.pdf. Acesso em: 6 set. 2020.

⁴⁴ PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovitch. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 26. *E-book*.

⁴⁵ NUNES, op. cit., p. 79-80.

Franz Klein, um ex-aluno de *Menger*, publicou uma série de artigos expondo suas ideias sobre o processo civil na revista *Juristischen Blätter*. Esses artigos foram compilados posteriormente.

Klein promulga, após a sua nomeação para Ministro da Justiça em 1895, a primeira legislação processual com conteúdo social: o Código do Império Austro-Húngaro de 1895⁴⁶, o qual é mencionado por *Pereira de Almeida* neste estudo.

*Van Rhee*⁴⁷ afirma que o *Código Klein* é o divisor de águas que sinaliza o fim do processo liberal do século XIX tanto na Europa quanto fora dela e o início do socialismo processual.

Além disto, nos dizeres de *Cipriani*, o *Código Klein* consistiu em um código de processo totalmente autoritário, uma vez que o magistrado atuava como senhor do processo.⁴⁸

Como afirma *Damaška*⁴⁹ em obra clássica sobre o tema, o surgimento do devido processo legal ativista ou publicista com foco e raízes sociais nada mais é do que o modelo socialista aplicado do processo aos antigos Estados do Leste Europeu.

Já no caso brasileiro, conforme *Leonardo Carneiro da Cunha*⁵⁰, só se poderia falar em processo civil brasileiro após a autonomia legislativa advinda da Independência do Brasil, pois foi a primeira vez que o Império do Brasil passou a editar

⁴⁶ Ibid., p. 85-87.

⁴⁷ VAN RHEE, C. H. CIVIL LITIGATION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE. **Harvard Law School**, [s. l.], 2007. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/ames_foundation/BLHC07/Van%20Rhee%20case%20management.pdf. Acesso em: 6 set. 2020.

⁴⁸ “Nessa perspectiva de análise, Klein acentua a prioridade da função social do processo sobre todas as demais, e para tanto estrutura um modelo técnico de procedimento oral em que se atribui o reforço dos poderes do juiz que deverá participar mais ativamente no acerto dos fatos [...] Delineiam-se as bases para uma avaliação sócio-político-econômica do conflito como chaga social que deveria ser estirpada por uma jurisdição salvadora, à qual caberia no âmbito de um pensamento econômico e quantitativo ofertar um processo rápido [...] Verifica-se assim uma nítida ruptura com os modelos liberais partindo-se de uma suposta função assistencial que o juiz desempenharia e instituindo-se, paulatinamente, no âmbito processual moderno a partir do modelo legislativo de *Klein* a implementação do chamado protagonismo judicial”. NUNES, op. cit., p. 85-87.

⁴⁹ “No processo legal ativista, existem funcionários que promovem uma tese benéfica a uma das partes, e como parte de suas funções oficiais eles podem agir em qualquer fase do processo de maneiras prejudiciais às partes. A resposta de um modo geral é que essas autoridades consideram essa ‘assistência’ útil para o cumprimento dos objetivos da justiça. Os argumentos pró e contra esse tipo de atuação podem ser avaliados de forma diferente para diferentes tipos de processo ou para diferentes fases processuais” (tradução nossa). DAMAŠKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven & London: Yale University Press. *E-book* (264 p.).

⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2012;1000945950>. Acesso em: 7 mar. 2021.

normas de administração da justiça civil, que ficavam contidas em uma disposição provisória dentro do Código de Processo Criminal de 1832, que a partir do art. 355 elencava as disposições provisórias acerca da justiça civil.

Mas é necessário esclarecer que até 1934, como afirma Daniel de Castro, a legislação brasileira sempre esteve influenciada pelos moldes do direito francês do juiz do processo liberal, ou seja, o juiz sem expressão inerte, silencioso e quedo à espera de que os autos chegassem a ele conclusos para que deles tomasse conhecimento. Essa figura do juiz *bouch de la loi* foi radicalmente alterada com a Constituição de 1934 devido à reforma do nosso sistema processual.⁵¹

Moacyr Amaral Santos⁵² afirmava que o clamor da época das reformas processuais de 1934 era por um processo civil de vertente eminentemente popular que tivesse como base o povo por beneficiário e o governante por alicerce. Reforçando o que foi dito por Santos, Marco Antonio Villa esclarece que os revolucionários dos anos 30 não deixaram pedra sobre pedra da estrutura legal do regime anterior, e logo, tal como em 1889, era necessário refundar o Estado Brasileiro.⁵³

A Constituição de 1934 teve vida breve, como bem sabemos, e foi substituída pela de 1937, que precisava de um sistema processual alinhado com o modelo de Estado projetado à época, fazendo surgir então o Código de Processo Civil de 1939.

Igor Raatz e Gustavo Santanna afirmam que o Código de 1939 estava totalmente alinhado com as agitações da história política e brasileira da década de 30, sendo a unificação da legislação processual considerada como um instrumento de integração nacional que representava uma face da nova ordem política brasileira, além de haver um forte movimento de juristas também desejando essa unificação do processo.⁵⁴

⁵¹ CALDEIRA, Adriano Cesar Braz (coord.). **Processo e Ideologia**. São Paulo: LTr, 2015. *E-book* (156 p.).

⁵² SANTOS, M. A. (1959). Contra o processo autoritário. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 54, n. 2, p. 212-229. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314>. Acesso em: 7 mar. 2021.

⁵³ VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras**. São Paulo: LeYa, 2011. *E-book*.

⁵⁴ “Procurava-se, ainda nas palavras do Ministro Francisco Campos, aproximar o máximo possível Governo e Povo, eliminando-se os intermediários da vida política do Brasil. O Código de Processo Civil desta forma exprimiria, no campo em geral tão impermeável do sistema legal, essa tendência vital do regime, entregando ao povo um instrumento fácil para fazer valer os direitos que a lei civil atribuía. O código em síntese construía uma reivindicação da massa popular contra erros que, segundo Francisco Campos, fizeram com que o povo perdesse a confiança na justiça e na lei, sendo na visão do jurista uma grande conquista social”. RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. **Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973**. **Revista Justiça & História**, v. 9, n.

A característica mais marcante do Código de Processo Civil de 1939, importante para este estudo, é a incorporação de algumas tendências do modelo processual europeu do fim do século XIX e início do século XX — mais notadamente, o aumento exponencial dos poderes do juiz, ou um maior dirigismo processual.

O código tinha influência direta do CPC português, que também foi publicado em maio de 1939. As ideias de *José Roberto dos Reis*, o pai mentor do código português, eram favoráveis à expansão dos poderes de direção do processo pelo juiz, visando assim romper com o antigo modelo francês do juiz manequim ou juiz fantoche que derivava da velha concepção da inércia e passividade deste: uma concepção individualista do processo e de sua relação processual, de que as partes poderiam dispor como se fosse uma coisa sua e não uma relação com um poder estatal.⁵⁵

O Código de 1939 acompanhou o agigantamento do papel do Estado, enfatizando o caráter público do processo, e dando ao juiz papel decisivo na condução e instrução da causa conforme os modelos europeus, como nos *diz Daniel Castro*. Mediante a intervenção constante decisiva e autorizada, ou melhor dizendo, de acordo com o código, o juiz deixava de ser um dois de paus que assistia o torneio judicial para representar a autoridade do Estado diante dos litigantes, com vistas à consecução da justiça, prevalecendo no código a chamada concepção publicística do processo, a qual era fortemente influenciada por *Giuseppe Chiovenda*, que afirmava que o processo era a atuação da vontade da lei voltada para um caso determinado.⁵⁶

O aumento desses poderes estava expresso no art. 294 do Código de 1939, pelo qual o juiz influía abertamente na produção de provas e se adotava a oralidade, que era influência da doutrina de *Chiovenda*, havendo também mudança de direção do processo privado para a esfera pública, por influência da doutrina de *Klein*.

17-18, 2012. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf. Acesso em: 3 set. 2020.

⁵⁵ RAATZ; SANTANNA, op. cit., p. 10.

⁵⁶ “O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria de ser, pois, a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz, e a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas de intervir no processo de maneira que este atinja os meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí, a largueza com que lhe são conferidos poderes que o processo antigo, cingido pelo rigor dos princípios privatísticos, hesitava em reconhecer [...] Quer na direção do processo quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará o processo quanto for necessário”. CALDEIRA, Adriano Cesar Braz (coord.). **Processo e Ideologia**. São Paulo: LTr, 2015. *E-book* (156 p.).

Substituiu-se o sistema tradicional de processo de concepção liberal/privatista pelo considerado sistema moderno com atuação ativa do juiz, imbuído da busca da verdade, o que, por sua vez, reflete o ideal de justiça o qual o juiz deveria perseguir.

Logo, o processo não é mais um duelo entre as partes, mas sim um meio de realização da justiça, como acreditavam alguns, e ao magistrado caberia atuar na instrução da causa fiscalizando todo o processo para proferir sentenças justas.⁵⁷

Neste entendimento, Moacyr Amaral dos Santos ressalta que o Código de 1939 era um Código de Processo autoritário, ou melhor, que criava um modelo de processo autoritário. Assim, podemos sentir a influência das ideologias do processo e saber como elas influenciam o sistema processual.⁵⁸

Ainda que alguns afirmassem que havia um contrabalanceamento a esses poderes no art. 121, que limitava os poderes dos juízes através da responsabilidade civil, essa responsabilidade civil só se efetivaria por meio da notificação do escrivão da causa.⁵⁹ Por isso, consideramos que este não era um limitador eficiente, devido à vinculação com o escrivão, que é subordinado ao magistrado.

1.3 O CÓDIGO DE 1973, A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O PUBLICISMO PROCESSUAL

O Código de 1939 permaneceu em nossa ordem jurídica por 34 anos, e, conforme já mencionado, pelas suas disposições foi considerado um código orientado ao modelo estatal, a uma determinada ideologia do processo.

O nascimento do Código de 1973 firmaria a inserção do Brasil dentro da era do processualismo científico, fruto dos estudos de *Liebman*, de acordo com *Camila*

⁵⁷ RAATZ; SANTANNA, op. cit., p. 10.

⁵⁸ “Todavia, porque ao legislador tão só agradava na reforma acentuar a preponderância do fator político ao científico, e assim transfundir ao processo o espírito que blasonava o Estado, os princípios regentes do processo como instrumento da jurisdição teriam que acomodar a sua inteligência à raiz de onde provinham. Para que assim se compreendesse a nova lei, proclamou-se que ‘à concepção duelista do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo’. Para o legislador, portanto, concepção publicística e concepção autoritária do processo eram expressões equivalentes”. SANTOS, M. A. (1959). Contra o processo autoritário. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 54, n. 2, p. 212-229. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314>. Acesso em: 7 mar. 2021.

⁵⁹ “Art. 121. O juiz será civilmente responsável quando: I – no exercício das suas funções, incorrer em dolo ou fraude; II – sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar providências que deva ordenar ex-officio ou a requerimento da parte. As hipóteses do nº II somente se considerarão verificadas decorridos dez (10) dias da notificação ao juiz, feita pela parte por intermédio do escrivão da causa”.

Nunes.⁶⁰ Por isso, *Buzaid* afirmaria que o código era um instrumento jurídico e técnico, ainda que não conseguisse se desvincular totalmente de muitas das concepções sociais e publicistas do processo, devido à própria influência que processualistas clássicos como *Chiovenda*, já mencionado, imprimiram em *Liebman*.

De início, procurava-se um meio-termo centrado na técnica e neutralidade científica, mas que na verdade visava a uma indiferença social, que o fazia retomar o processo como relação jurídica do socialismo processual conforme o raciocínio de *Pachukanis*, já apresentado neste trabalho.

Nos dizeres de *Raatz e Santanna*⁶¹, o Código de 1973 era um instrumento indiferente à sociedade e a serviço do poder vigente, o que deixa clara mais uma vez a força das ideologias do processo, dentro de um sistema processual. Porém, como dito pelos autores, essa fase do processo neutro e cientificamente distante não conseguiu perdurar muito tempo.

Em 1973 também se iniciou o chamado “Projeto Florença de Acesso à Justiça”. Esse projeto, financiado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa da Itália, envolveu 23 países, culminando no clássico livro/relatório *Acesso à Justiça*, de *Cappelletti e Garth*.⁶²

O Projeto Florença inovou, pois analisou o acesso à justiça e o direito processual através de fatores econômicos e de uma forma empírica. O projeto, portanto, queria afastar a chamada “pobreza no sentido legal”, que nada mais é do que a incapacidade das pessoas de baixa renda de utilizar plenamente o sistema judiciário e suas instituições, incluindo-se também o sistema processual, tal como já mencionado na abertura deste trabalho, onde citamos a preocupação habermasiana com o processo.⁶³

⁶⁰ “O reconhecimento do direito processual como ciência se deu no Brasil através das mãos do mestre italiano Enrico Tulio Liebman, que, como assevera Alfredo Buzaid, ‘é o fundador da ciência processual brasileira’”. NUNES, Camila. Do Código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações. **Revista de Processo**, v. 246, p. 485-514, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.246.21.PDF. Acesso em: 4 set. 2020.

⁶¹ RAATZ; SANTANNA, op. cit., p. 15.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 162 p.

⁶³ “Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população. [...] O enfoque sobre o acesso — o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos — também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. [...] Os juristas precisam agora reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais”. *Ibid.*, p. 12.

Considerando-se, portanto, que o Código Buzaid estava atrasado em comparação ao Projeto Florença, que terminou em 1978 e foi essencial para que novos ventos soprassem no direito processual mundo afora, em virtude das conclusões do projeto, o aspecto liberal e técnico do processo como inicialmente foi proposto pelo Código de 1973 não pôde subsistir por muito tempo, devido às influências que o Projeto Florença alcançou em vários lugares do mundo, incluindo o Brasil.

Um dos argumentos contidos no Projeto Florença, e amplamente debatido e evidenciado neste trabalho, é a expansão do poder dos juízes na atuação concreta, tendo como premissa que se as técnicas processuais têm por objetivo servir às funções sociais, o direito e o sistema processual devem ser ferramentas para atingir os resultados esperados pela nação, nos dizeres de *Dinamarco*⁶⁴, em sua instrumentalidade do processo.

É-nos bastante claro, portanto, que desde o Código de 1939, a ideologia dominante no processo brasileiro foi a ideologia publicista, perpassada pela influência europeia do Código de *Klein*, que dominou o século XX, e as influências da lei processual brasileira. Decorre dessa forte influência a afirmação de *Glauco Ramos*⁶⁵ de que a maioria dos processualistas está filiada à corrente publicista ou ativista do processo, que é outra forma de denominar o socialismo processual ou teoria publicista.

A partir da leitura de *Acesso à Justiça* de *Cappelletti e Garth* e da obra de *Dinamarco*, é possível encontrar muitos pontos de confluência de entendimentos, incluindo-se a expansão do poder dos juízes na condução do processo para fins sociais, conforme já exposto neste trabalho, que reforçam a ideologia publicista do processo.

Analisando-se a influência contínua da Escola Paulista do Processo durante o século XX e boa parte do século XXI, anterior à entrada do Código de 2015 em vigor, conclui-se que ainda que essa escola tenha legado boas contribuições, foi ela também

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 179.

⁶⁵ GUMERATO RAMOS, Glauco. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: Apresentação do Debate. **Revista de Direito Processual Civil Fadipa/Unianchieta**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 22-37, 2019. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireiroProcivil/article/view/873>. Acesso em: 14 mar. 2021

responsável pelo cerne metodológico para a expansão da visão publicista/social ou ativista do processo no Brasil.

Neste sentido, *Renato Montans de Sá*⁶⁶, ao comentar a opção publicista do processo, inclui, com razão, *Dinamarco*⁶⁷ como um dos principais nomes da ideologia publicista do processo no Brasil, o que só reforça a tese de que a escola paulista tem forte influência na consagração da opção publicista do processo.

O Código de 1973, ainda que tenha feito um esforço tremendo para passar uma imagem neutra e científica, aparentemente manteve os enunciados normativos dos antigos artigos 125, 130 e 131, o que evidencia a continuidade e influência da opção publicista do processo, marcante dentro do direito processual civil brasileiro.

Destaca-se o art. 130, que mencionava a produção da prova de ofício, ou seja, o magistrado poderia produzir provas em busca da já tão mencionada verdade processual. Estamos aqui diante de um instituto de processo totalmente autoritário, nos dizeres de *Moacyr Amaral*.

Em suma, a expansão dos poderes dos juízes é a característica mais marcante dentro do direito processual brasileiro, estando presente desde 1939, segundo *Dierle Nunes*.⁶⁸

1.4 O GARANTISMO ENQUANTO SISTEMA E O GARANTISMO PROCESSUAL

Conforme já abordado neste trabalho, a ideologia publicista do processo responde por boa parte da influência no direito processual de tradição romano-germânica. O modelo de processo publicista atravessou o século XIX e boa parte do

⁶⁶ SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 767.

⁶⁷ “Desempenha papel significativo, nesse contexto de tomada de consciência para o caráter público do direito processual e seus institutos, também a teoria geral do processo. Constitui poderoso fator de superamento dos resíduos privatistas [...] contando com pequena dose de intromissão do juiz nas atividades instrutórias [...] De qualquer modo e apesar das vicissitudes e retardamentos apontados, o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado Social Intervencionista, e pelo apuro técnico das instituições processuais. Chega a ser admirável até que no curto período de apenas um século de ciência tenha sido possível passar do intenso privatismo [...] ao elevado grau de publicismo que agora se vê na disciplina e na ciência do processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 14. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 61.

⁶⁸ NUNES, op. cit., p. 99.

XX como o “*standart*” dos processos nos países do sistema *civil law*, conforme menciona *Van Rhee*.⁶⁹

No fim dos anos 80, *Luigi Ferrajoli* publicava o seu *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, mas afirmava o genial professor que o garantismo não se limita apenas ao âmbito penal, pois deriva das reflexões penais, podendo constituir um sistema completo e que deve ser explicado, uma vez que a partir do conteúdo do garantismo penal já é possível delinear de forma precisa uma teoria geral do garantismo.⁷⁰

Essa teoria geral do garantismo possui como a primeira premissa a vinculação do Poder Público ao Estado de Direito, realidade cuja inexistência pode parecer inconcebível nos dias de hoje, mas que nos idos de 1970 na Itália era perfeitamente normal.

Ainda nessa época, um grupo de magistrados e estudiosos do direito italiano desenvolveram ações para a defesa dos acusados na Itália, que tinham suas garantias suprimidas devido a atos criminosos que estavam vinculados a determinados grupos, tais como as brigadas vermelhas, um grupo de ideologia comunista, que cometeu atentados que chegaram a matar 419 pessoas.

A resposta a esses atentados foi um direito de emergência, ou melhor, um direito penal de emergência totalmente rígido que violava as garantias processuais e constitucionais dos acusados desses delitos.⁷¹

Assim, reforçava-se uma expansão dos direitos fundamentais, que nada mais são que a existência de patamares normativos inegáveis, sendo que o Estado estaria autorizado a agir desde que obedecesse a esses patamares ou princípios, rompendo-se a clássica associação entre direito e moral para assegurar e efetivar direitos fundamentais e constitucionais.⁷²

⁶⁹ “Neste estudo procurei demonstrar que a opção publicista do processo no direito processual civil na Europa teve uma influência de 101 anos, de 1898 até 1999” (tradução nossa). VAN RHEE, C. H. CIVIL LITIGATION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE. **Harvard Law School**, [s. l.], 2007. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/ames_foundation/BLHC07/Van%20Rhee%20case%20management.pdf. Acesso em: 6 set. 2020.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 686.

⁷¹ MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha; FILHO, Sidney Soares. O MARCO INICIAL DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ: ESTUDO DE CASO (HC Nº 0032195-45.2013.8.06.0000). In: Encontro de Iniciação Científica da Uni7, 14., Fortaleza, 2019. **Anais [...]**, v. 8, n. 1. Fortaleza: Uni7, 2019. [10] p. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/iniciacao-cientifica/article/view/762>. Acesso em: 12 fev. 2021

⁷² “Visando evitar a dúplíce falácia, naturalista e normativa, da assunção de fatos como valores, ou, ao contrário, dos valores como fatos”. FERRAJOLI, op. cit., p. 686.

Ferrajoli procura asseverar que a atuação vinculada do Poder Público, com o Estado de Direito respeitando esses elementos, é o início de uma possibilidade que, sendo guiada em conjunto com outros direitos fundamentais, presentes em diversos modelos de justiça — ou seja, modelos de legalidade no direito civil, administrativo, constitucional, internacional e até mesmo do trabalho —, gera elementos suficientes para a análise de uma teoria científica do garantismo, mais ampla do que o aspecto penal apenas.

Dentro do processo civil, esses estudos começam a ecoar no fim do século XX, mais precisamente no ano 2000. Em 7 de janeiro de 2000, foi publicada a *Ley 1/2000* na Espanha, que reformulou o processo civil espanhol⁷³, e surpreendentemente essa nova legislação não adotava uma postura publicista do processo, reconhecendo também as lentes ou ideologias deste. É a primeira vez que as ideologias do processo têm menção em uma lei, e ainda por cima de cunho processual.⁷⁴

A começar pelo processo civil, iniciou-se uma fase de mudança através do esvaziamento da forte ideologia publicista, conforme dito pelo processualista argentino *Jorge Peyrano*.⁷⁵

Ademais, o processualista espanhol *Juan Monteiro Aroca* profere, em 20 de outubro de 2000, a conferência de encerramento da XVII Jornada Ibero-americana de Direito Processual, cujo tema era “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo (para Iberoamérica) y la oralidad*”, que foi editada posteriormente no livro *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad*.

No Brasil, o tema ainda é pouco debatido, embora, após a promulgação do Código de 2015, tenha ganhado força, uma vez que a proposta do Código de 2015

⁷³ ESPANHA. Lei 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. **Boletín Oficial del Estado**: Madri, n. 7, 8 jan. 2000. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁷⁴ Conforme trecho da lei: “Justiça civil efetiva significa, por consubstancial ao conceito de Justiça, plenitude de garantias processuais [...] O objeto do processo civil é uma questão com várias facetas, todas elas de grande importância. São conhecidas as controvérsias doutrinárias e as diferentes teorias e posições aceitas na jurisprudência e nos trabalhos científicos”. Ibid.

⁷⁵ “A comunidade científica argentina, em matéria processual civil, já se pronunciou no sentido de que houve uma mudança no paradigma corporificado na ideologia do que é chamado de ativismo processual que deve evitar todas as anomalias que o dispositivo apresenta ao processo judicial nacional” (tradução nossa). PEYRANO, Jorge W. EL CAMBIO DE PARADIGMAS EN MATERIA PROCESAL CIVIL. **Pensamiento Civil**, [s. l.], [20--?]. Disponível em: https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_cambio_de_paradigmas_en_materia_procesal_civil.pdf. Acesso em: 7 set. 2020.

era construir um processo de base totalmente constitucional, que fosse ao encontro das premissas da visão garantista do processo.

Em 2017, foi publicada a “Carta de Jundiá”,⁷⁶ um manifesto assinado por vários juristas brasileiros, incluindo-se Araken de Assis, Ives Gandra Martins, Lenio Streck, Nelson Nery Jr., Alexandre Morais da Rosa, Georges Abboud, Glauco Gumerato Ramos, Igor Raatz, além de Velloso e Aroca, e outros. A carta teve como objetivo defender a concretização do garantismo processual.

A maior contribuição da carta, entretanto, é explicar o que é o garantismo processual e demonstrar que ele é aplicável a todas as espécies de processo, seja eles civis, penais e trabalhistas, e que não se restringe à errônea visão que em geral se tem no Brasil de associar o garantismo apenas ao âmbito penal, a qual resulta de uma restrita interpretação que se tem dos estudos de *Ferrajoli*.⁷⁷

Neste sentido, e com base na Carta, o garantismo não pode ser medido apenas por um único referencial⁷⁸ (e, frisamos aqui, principalmente o de *Ferrajoli*, que ganhou maior notoriedade no país devido à associação ao sistema processual penal).

Rosemiro Pereira Leal afirma que o garantismo processual é antes de tudo uma espécie de reação combativa ao realismo processual⁷⁹ imposto pelo modelo publicista/ativista.

⁷⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. Carta de Jundiá: pela compreensão e concretização do garantismo processual. **R. bras. Dir. Proc. – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 309-314, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201712139442.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁷⁷ “Nesse sentido, em que pese ter sido concebido inicialmente como uma teoria liberal do Direito Penal, o garantismo NÃO SE APLICA SOMENTE AO DIREITO PENAL! Esse é, aliás, um equívoco encontrado fortemente na doutrina brasileira, o que provavelmente decorre de uma análise superficial da obra *Direito e Razão*, trabalho do autor que teve maior impacto no Brasil. Não foi à toa que entrou no século XX como verdadeiro clássico. [...], mas tal obra, apesar de discutir o sistema penal, o faz como pretensão para constituir uma teoria geral do garantismo, o que se afirma especialmente tendo em vista que a quinta parte da obra é intitulada ‘Para uma teoria Geral do Garantismo’. *Luigi Ferrajoli* afirma que a palavra garantismo, nova no léxico jurídico, foi introduzida na Itália nos anos 70 no âmbito do direito penal, mas é estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais”. TORRES, Amanda Lobão. **Garantismo, Ativismo e Cooperação e(m) Crise**. Orientador: William Santos Ferreira. 2016. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, PUC/SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19413>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁷⁸ MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: Notas Preliminares. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, ano 37, n. 145, p. 41-46, 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/553/r145-05.pdf?sequence=4>. Acesso em: 7 set. 2020.

⁷⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 84. *E-book*.

Como o professor bem observa, o realismo processual nada mais é do que uma metáfora para o realismo jurídico norte-americano⁸⁰, uma vez que a lei, conforme determinado pelos pensadores do realismo jurídico, ocupa um lugar secundário no direito (é a diferença entre o *law in books* and *law in action* de *Roscoe Pound*). Em suma, a experiência do juiz na condução do processo é mais importante do que a efetiva observância das garantias legais, assemelhando-se muito ao sistema publicista nesse ponto.

Definir claramente o garantismo processual não é uma tarefa simples. Todavia, optamos neste trabalho por conjugar entendimentos, ou seja, fazer uma síntese de entendimentos diversos e outros já expostos neste trabalho, criando um conceito mais coeso e assertivo sobre o tema.

A primeira premissa na definição do garantismo é que ele é uma das várias possíveis ideologias do processo, conforme estudamos, e tem por objeto o sistema processual em si, como já dissemos, independentemente da competência jurisdicional, seja ela cível, penal ou trabalhista. Entendemos que o direito processual deve estar alinhado ao sistema processual, que, como já referido por *Marinoni*, é direito constitucional aplicado.

Isso nos leva à segunda premissa. Considerando-se que o processo é direito constitucional aplicado, o garantismo se funda na cláusula do devido processo legal, incluindo-se dentro dessa cláusula todas as outras garantias inerentes do processo que se encontram dentro de nossa Constituição.

O conteúdo material do devido processo legal é, portanto, composto das seguintes garantias processuais constitucionais: o contraditório enquanto direito das partes e não do juiz, imparcialidade e imparcialidade, ampla e efetiva defesa, segurança jurídica, presunção de inocência.

O garantismo, mais do que uma simples ideologia do processo, representa também uma forma de defesa ativa da Constituição, pois está essencialmente ligado à proteção do direito fundamental ao devido processo, ou seja, como diz Velloso, é uma forma de vigilância irrestrita da Constituição.⁸¹

⁸⁰ LOPES, Mônica Sette. O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [s. l.], n. 45, 2004, p. 297-340. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1298/1230>. Acesso em: 14 mar. 2020.

⁸¹ VELLOSO, Adolfo Alvarado (org.). **“El garantismo procesal”, na coletânea Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 145. Disponível em:

Nos dizeres da Carta de Jundiaí ⁸², o garantismo processual cobre o instituto do devido processo legal nas dimensões analítico-legal, semântica e conceitual e pragmático-jurisprudencial, firmando-se o axioma de que se o processo é uma garantia constitucional do cidadão, a jurisdição só é legitimamente exercida se observar de forma hígida todas essas dimensões do processo.

O sistema também está comprometido com o caráter contramajoritário da Constituição, a fim de que o processo seja uma garantia constitucional, como já mencionado, e não uma extensão do ambiente político e estatal.⁸³

1.5 O GARANTISMO PROCESSUAL X LIBERALISMO PROCESSUAL

Ainda é bastante comum a comparação do garantismo com as ideologias privatistas do processo: respectivamente, a teoria privatista do processo, o processo liberal e o liberalismo processual.

Para aqueles que pensam dessa forma, o garantismo seria uma nova roupagem do chamado regime privatista, por possuir um ponto de contato em comum relativo à questão probatória desempenhada pelo magistrado, que estaria usurpando o direito das partes ao efetivo contraditório.⁸⁴

O privatismo, ou processo liberal, é, portanto, uma ideologia bastante limitada do direito processual, que teve preponderância nos sistemas processuais, como já dissemos neste trabalho, anteriormente à ideologia publicista.

A ideologia ou concepção privatista se preocupa apenas em zelar pelos direitos subjetivos dos cidadãos, não observando direitos objetivos importantes, tais como as garantias constitucionais do processo, por exemplo.

<https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/14056/AAVV.%20Activismo%20y%20garantismo%20procesal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁸² Op. cit.

⁸³ Dividindo a comunidade processual entre os estudiosos do processo e os políticos do processo. GUMERATO RAMOS, Glauco. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: Apresentação do Debate. **Revista de Direito Processual Civil Fadipa/Unianchieta**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 22-37, 2019. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireiroProcivil/article/view/873>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁸⁴ É conhecida a polêmica sobre a relação entre a imparcialidade do juiz e os limites de sua atuação, principalmente no campo probatório. Os defensores da concepção privatista invocam referida diferenciação para afirmar que a atividade probatória do juiz usurpa o papel das partes e prejudica a noção da imparcialidade, haja vista o juiz realizar atividades próprias dos litigantes. CALDEIRA, Adriano Cesar Braz (coord.). **Processo e Ideologia**. São Paulo: LTr, 2015. *E-book* (156 p.).

Leonardo Greco nos dá exemplos bastante claros da dependência do juiz em relação às partes no processo, em que nem mesmo aquele poderia efetuar a marcha processual, pois todas as atividades hoje comuns a esse fluxo da marcha dependiam das partes,⁸⁵ sendo essa a maior característica do processo liberal.

Como bem ressalta *Daniel Penteado*, o liberalismo processual ou privatismo é marcado pelo engessamento da atividade do magistrado, reforçando o caráter individualíssimo e predominante das partes que define o sistema processual da maior parte do século XIX e atualmente é empregado de forma equivocada para designar o raciocínio garantista do início do século XXI.⁸⁶

O garantismo é completamente diferente do liberalismo processual por não sustentar a autonomia da vontade e das partes no tocante ao processo. Ao contrário, toda a autonomia da vontade das partes, as questões ligadas à inércia da jurisdição, ao princípio dispositivo e às iniciativas das provas são totalmente construídas com base na contemporânea teoria dos direitos fundamentais, estando alinhadas a ela.⁸⁷

Talvez o único ponto de convergência que seja fruto de ambas as teorias é que o magistrado jamais poderá fundamentar a sua decisão em fatos não alegados pelas partes, nem ignorar todos os fatos que porventura tenham sido admitidos por uma dessas partes ou ambas.

⁸⁵ “A desconfiança em relação ao juiz ia ao extremo de não poder ele examinar de ofício a falta de pressupostos processuais, nem poder fazer o processo avançar em suas fases, o que dependia sempre do impulso concreto das partes. A própria fluência dos prazos dependia da discricionariedade das partes, pois a preclusão tinha de ser expressamente requerida ao juiz. Os exageros com relação ao exame dos pressupostos e ao impulso das partes somente desapareceram no século XX”. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de processo/Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**, São Paulo, v. 33, ed. 164, p. 29-56, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/33058133/Publicismo_e_privatismo_no_processo_civil_pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁸⁶ CALDEIRA, Adriano Cesar Braz (coord.). **Processo e Ideologia**. São Paulo: LTr, 2015. E-book (156 p.).

⁸⁷ Ibid.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é um dos temas mais debatidos e estudados dos últimos anos, tendo motivado uma infinidade de materiais e trabalhos, muitos de excelente qualidade, sendo um tema estudado em vários sistemas jurídicos distintos, dadas a sua importância e as significativas repercussões no âmbito jurídico nos séculos XX e XXI, ainda que as questões tenham surgido bem anteriormente, nos séculos XVIII e XIX.

Olhando de forma mais profunda e extensa, a primeira manifestação e conceituação do ativismo judicial surge no século XVIII, mais especificamente na época em que *William Blackstone* publica os *Commentaries on the Laws of England*, em 1765, afirmando que existiria uma “legislação judicial”, pois o juiz na *common law* teria uma função de criador de direito positivo, através dos precedentes judiciais que aplicaria em suas decisões.⁸⁸

Tal posicionamento se deu pela influência de *Montesquieu e do Espírito das Leis* sobre uma geração de filósofos entres os quais estavam *Blackstone*, além de *Tocqueville e Alexander Hamilton*, como aponta *Paul Carrese*.⁸⁹ *Blackstone* foi influenciado pela teoria da tripartição dos poderes, ou, mais especificamente, pela ideia de *checks and balances* presente na obra de *Montesquieu*.⁹⁰

Algumas décadas depois de *Blackstone*, a discussão sobre a “legislação judicial” volta à tona, no sistema da *common law*, ou mais especificamente em solo norte-americano, quando em 1803 há o famoso julgamento *Marbury v. Madison*.

Ann Piccard, em artigo sobre o caso, afirma que *não houve* posteriormente outra decisão na Suprema Corte Americana, fosse ela de conteúdo conservador ou liberal, que fosse tão ousada ou ativista, e conseguisse projetar consequências de

⁸⁸ *Kmiec* também afirma que *Jeremy Bentham* era crítico desta posição, pois para ele o Judiciário estaria usurpando uma função do Poder Legislativo, sendo considerada como um sofisma miserável. *KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. California Law Review, University of California, v. 92, ed. 5, p. 1441-1478, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>. Acesso em: 20 abr.2021.*

⁸⁹ *CARRESE, Paul O. The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone and the rise of Judicial Activism. Estados Unidos da América: The University of Chicago Press, 2003. p. 120. E-book.*

⁹⁰ Ambos os juristas formulam um constitucionalismo da liberdade, e propõem uma camuflagem de poder e moderação da liberdade política em prol das liberdades política e civil. Ambos influenciaram profundamente os estadistas da Inglaterra e, eventualmente, da América. O princípio constitucional central para cada jurista é a separação de poderes, o que em parte significa instituições controlando-se mutuamente, e ambos enfatizam um status independente para um Poder Judiciário que moderaria exclusivamente os outros poderes. *Ibid.*

longo alcance para o direito constitucional americano tanto quanto *Marbury v. Madison*.⁹¹

A Constituição Americana não dava expressamente poder de revisão dos atos do Congresso ao Judiciário. Portanto, o Judiciário, nesse caso, teria ultrapassado os limites da divisão dos poderes tão cara a *Blackstone*, mas curiosamente o *Chief Justice Marshall* também citou *Blackstone* para fundamentar a sua decisão em *Marbury v. Madison*.⁹²

Temos em 1803 o início das discussões sobre ativismo judicial, nos Estados Unidos. No Brasil, segundo *Clarissa Tassinari*⁹³, esses debates só iriam se iniciar em 1965 a partir da Emenda 16/65, que previa a possibilidade de o Judiciário rever os atos dos demais poderes, tornando-se assim o guardião da Constituição.

Essa discussão já existe dentro do sistema da *common law* há mais de duzentos anos, ainda que no Brasil o debate só tenha tido início em 1890.

A teoria publicista, que, como já dissemos, toma o lugar do liberalismo processual, muda radicalmente a administração da justiça. O processo, na opção publicista, é uma relação jurídica de direito público, que visa à atuação da lei, colocando-se, portanto, em primeiro plano a figura do juiz⁹⁴, e figurando como centro desse modelo os poderes do magistrado enquanto autoridade do Estado.⁹⁵

O questionamento sobre esses poderes segue nos Estados Unidos, ganhando força em 1947, com auxílio da mídia, quando o Jornalista *Arthur Schlesinger Jr.* faz uma reportagem sobre o tema na revista *Fortune* em 1947.⁹⁶

⁹¹ PICCARD, Ann M.; PICCARD, Paul. Judicial Activism or Judicial Independence? From *Marbury v. Madison* to *Bush v. Gore*, A Cautionary Tale for Democracy. **Journal of the International Bar Association**, [s. l.], 2006. Disponível em: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=359FD32B-8425-4DFE-992D-BEBAD64B10FE>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁹² “A Corte precisava responder a três perguntas. *Marbury* tinha direito à sua nomeação? Se ele tinha esse direito, e o direito foi violado, a lei oferece um remédio? E se a lei oferecia esse remédio, o remédio adequado era uma ordem direta da Suprema Corte? Em resumo, Marshall também determinou que *Marbury* tinha, de fato, direito a um *writ of mandamus* por seu direito violado. Citando os comentários de *William Blackstone*, o *Chief Justice Marshall* declarou ‘uma regra geral e indiscutível’ de que onde um direito é estabelecido, existe um remédio legal para a violação desse direito” (tradução nossa). IANNACCI, Nicandro. *Marbury v. Madison: The Supreme Court claims its power*. **Constitution Daily**, [s. l.], 24 fev. 2019. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/blog/marbury-v-madison-the-supreme-court-claims-its-power>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁹³ TASSINARI, CLARISSA. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book* (152 p.).

⁹⁴ RAATZ; ACHIETA; DIETRICH, op. cit., p. 18.

⁹⁵ NUNES, op. cit., p. 73.

⁹⁶ Conforme nos informa *Keenan D. Kmiec*, o termo “ativismo judicial” faz referência à matéria veiculada na revista *Fortune*, sob o título de *The Supreme Court (A suprema corte)*, na qual o jornalista descreve o perfil de cada um dos nove ministros, explicando as alianças e divisões entre os integrantes da

Nessa época, o Constitucionalismo Americano começa a dar indícios de uma fase de ampla normatividade prestacional dos direitos sociais, que se concretiza na era da Corte de Warren (1953-1969).⁹⁷ A Era Warren é considerada uma das mais ativistas da história americana, com 17 intervenções nas atribuições do Legislativo, ou seja, 17 atuações ativistas.

Mas as pesquisas e estudos sobre o tema não costumam levar em conta o período final da era *Rehnquist*, em que houve intervenção ativista 33 vezes em menos de 8 anos (1995-2003) contra os 13 anos da Era Warren (1953-1969).⁹⁸

Neste ponto, ao estudarmos o fenômeno do ativismo judicial em sua origem, faz-se a importante constatação de que há uma ligação entre o ativismo judicial e os processos ou litígios estruturais, pois o nascimento destes está associado à Era Warren, um dos grandes períodos de ativismo judicial da Suprema Corte Americana.

Mas considerando os dados da Era *Rehnquist*, podemos verificar uma conduta ativista, tendência da jurisdição nesse período, quando também se intensifica o garantismo processual civil na Europa. Ademais, o período *Rehnquist* vai ao encontro da expansão dos poderes dos juízes no direito processual civil no Brasil, que se intensifica após a promulgação da nossa atual Constituição.

Acima de tudo, o ativismo judicial é uma das tendências das cortes da América Latina nos últimos 20 anos, sendo difícil dissociar tal modalidade dos litígios estruturais, a qual se alinha com a opção publicista do processo, pois os juízes muitas vezes executam atribuições além das que lhes seriam próprias.⁹⁹

Suprema Corte Americana. No artigo, os juízes *Black, Douglas, Murphy e Rutlege* foram descritos como “Ativistas Jurídicos”, enquanto os juízes *Frankfurter, Jackson e Burton* seriam os juízes mais contidos em suas posições, respeitando desta forma a divisão de poderes. Já os juízes *Reed* e o Presidente da Suprema Corte, à época o *Chief Justice Vinson*, fariam parte da ala moderada. KMIEC, op. cit., p. 1444.
⁹⁷ Diferente da dogmática brasileira, o acesso à Suprema Corte Americana é bem restrito, pois se dá através de um mecanismo processual chamado *standing*, que decorre da previsão do artigo III, seção 2 daquela Constituição, sendo, nos dizeres de *Scalia*, uma forma de selecionar casos estratégicos para o seu julgamento, ou, de forma mais clara, julgar o que for interessante, pois a extensão da jurisdição só deve ser feita a certos casos ou controvérsias. SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. *Suffolk University Law Review*, [s. l.], v. 17 n. 881, p. 881-899, 1983. Disponível em: https://cpb-us-e1.wpmucdn.com/sites.suffolk.edu/dist/3/1172/files/2015/11/Scalia_17SuffolkULRev881.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁹⁸ ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court: (and Why it Matters). *Ohio State Journal*, [s. l.], v. 69, n. 2, p. 256-265, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=960144#:~:text=Understanding%20the%20Warren%20Court's%20restraint,regard%20to%20rights%20of%20belonging.&text=Yet%20the%20Framers%20of%20the,primary%20protectors%20of%20those%20rights. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁹⁹ “Na América Latina, o ativismo judicial sobre direitos socioeconômicos (SERs) tem se tornado cada vez mais proeminente nas últimas duas décadas sob diferentes rubricas, incluindo ‘litígios estratégicos’,

2.1 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Definir o que é o ativismo judicial dentro da esfera brasileira é algo complexo, pois, como afirma *Tiago Fachin*, não há um conceito verdadeiro do que seja o ativismo judicial, tampouco um conceito falso sobre o que o é.¹⁰⁰

Entende o autor que o ativismo judicial é um tema relacionado ao discurso relativo ao direito, com tal discurso sendo considerado como as orientações e convicções de todos que fazem o uso deste, gerando, portanto, essa diversidade de conteúdo, pois o ativismo está associado a diversas finalidades.

As informações que temos sobre o tema, quando pensamos em Brasil, são também bastante diversas. Para *Clarissa Tassinari*¹⁰¹, conforme já dito, os debates sobre ativismo judicial no Brasil se iniciam na República Velha devido à importação do modelo de *Judicial Review* feita por *Ruy Barbosa* em nossa Constituição de 1889, ou seja, pegando carona na matriz americana originada do *leading* de *Marbury v. Madison*.

Para *Elival da Silva Ramos*, dentro da realidade brasileira, só se pode falar em ativismo judicial pós-Constituição de 1988, pois somente a moderna dogmática seria capaz de dar sentido a esse fenômeno. Por isso, antes de 1988, a força normativa de nossa Constituição não seria capaz de ancorar tal expressão.¹⁰²

Devemos ressaltar também que os estudos do Professor Ramos são focados apenas no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, não levando em conta outras instâncias do Poder Judiciário.

A crítica de *Silva Ramos* reside no fato de o ativismo judicial ser majoritariamente examinado como um mero fenômeno social, que existe no plano

'casos coletivos' e 'direito de interesse público' no estilo americano. [...] Afirimo que esta variedade de ativismo judicial [...] faz parte de uma tendência emergente na América Latina e outras regiões do sul global. Incorporado de forma mais clara pela intervenção judicial em casos estruturais que tratam de violações generalizadas de direitos socioeconômicos, esse tipo de Neoconstitucionalismo progressivo se desdobrou com diferentes nomes e características em diferentes partes do mundo" (tradução nossa). GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, [s. l.], v. 89, ed. 1669, 2011, p. 1669-1698. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

¹⁰⁰ FACHIN, Tiago. **Ativismo judicial processual**: iniciativa do juiz na formulação dos argumentos e na produção da prova em cotejo com o princípio do contraditório. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 16.

¹⁰¹ TASSINARI, op. cit., paginação irregular.

¹⁰² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book (249 p.).

fático independentemente de qualquer juízo de valor que se possa fazer a seu respeito ou de uma conformação ou não à prática vigente.

Para o autor, essa visão puramente sociológica é o cerne de toda a dificuldade de delimitação conceitual, científica e dogmática do que seria o ativismo judicial. Em sua obra sobre o tema, ele propõe a identificação dos pontos de teoria do direito aplicáveis e um possível conteúdo dogmático, ou seja, a realização da estruturação metodológica necessária.

Diversamente das posições de *Tassinari* e *Silva Ramos*, *Diogo Bacha e Silva*¹⁰³, em excelente e inovador trabalho sobre o tema, nos traz novas informações, que não eram tão óbvias ao grande público. Nota-se que, com relação a esse tema, os manuais e a literatura se põem a repetir sempre as mesmas coisas óbvias, razão pela qual muito do material sobre ativismo judicial é mera repetição na maioria das vezes.

Nesse estudo, o pesquisador afirma que não tem por fim definir cabalmente o que é ativismo judicial, dada a complexidade do fenômeno, alinhando-se nesse ponto ao pensamento de *Tiago Fachin*, mas procura deixar claro que esse fenômeno atualmente chamado de ativismo judicial sempre esteve presente em nossa realidade jurídica, mas só recentemente foi nomeado, ou melhor dizendo, conceituado, sendo algo constante em nossa realidade.

A ferramenta de investigação utilizada por *Bacha e Silva* é a história dos conceitos, de *Reinhart Koselleck*. Através dela, identificamos a ocorrência do que hoje denominamos ativismo judicial, mas que anteriormente não era conceituado, apesar de ter ocorrido desde a Monarquia até os tempos atuais.

Em linhas resumidas, a história dos conceitos de *Koselleck* é uma teoria bastante sofisticada e que, para os fins deste trabalho, nos ajuda a afirmar que o ativismo judicial já existia antes de definirmos o que é ativismo judicial por si só.

Koselleck esclarece que os conceitos, de uma forma geral, são afetados por descontinuidades semânticas de acordo com os contextos sociais em que são produzidos, o que resulta em conceitos que são transformados pelo contexto e pelo

¹⁰³ SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, v. 50, n. 199, p. 163-178, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502923>. Acesso em: 10 abr. 2021.

intérprete. Assim, os significados lexicais são desvinculados de um contexto situacional original, e estudados em sequências temporais.

Um mesmo conceito pode sofrer uma alteração linguística ou semântica de nome, mas continuar existindo enquanto fenômeno em si. Esse é o caso mais uma vez mencionado do que atualmente denominamos ativismo judicial, que muitas vezes não tinha nem mesmo denominação, mas cuja ocorrência na prática era constante.

A base do estudo deverá ser a realidade concreta e não teórica, ou, nos dizeres de *Bacha e Silva*, é necessária uma análise do Poder Judiciário ao longo de sua existência para verificar a ocorrência do ativismo judicial ao longo do tempo. A primeira manifestação de que sem tem notícia no Brasil são os assentos das casas de suplicação previstos nas Ordenações Filipinas, que foram inspirados nas Ordenações Manuelinas.

Era previsto que sempre que houvesse alguma dúvida sobre o entendimento das ordenações na casa de suplicação, nada mais do que a última instância do Poder Judiciário, os desembargadores iriam resolver o conflito e esse entendimento seria vinculante, fazendo-se quase que como lei, conforme disposto no Livro V, Título LVIII, § 1º.¹⁰⁴ Inicia-se aqui portanto a legislação judicial à qual *Blackstone* fazia referência em seus escritos.

A reforma da legislação portuguesa em 1769 com a Lei de 18 de agosto de 1769, mais conhecida como a “Lei da Boa Razão”, que era uma sistematização do ordenamento jurídico português, distanciou o reino da aplicação constante das leis romanas e medievais, e unificou a legislação portuguesa no contexto das reformas do Período Pombalino.¹⁰⁵

Destacamos que a disposição mais interessante está em seu § 4º, que coloca os assentos da Casa de Suplicação, a mais alta instância do Poder Judiciário, até mesmo acima das leis do Reino.¹⁰⁶

¹⁰⁴ “Quando os desembargadores [...] tiverem alguma dúvida em nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dúvida ao regedor; o qual na Mesa grande com os desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que aí for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o regedor escrever no livro da Relação, para depois não vir em dúvida”.¹⁰⁴ SILVA, op. cit., p. 7.

¹⁰⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 203.

¹⁰⁶ “[...] Que os assentos já estabelecidos, que tenho determinado que sejam publicados e os que se estabelecerem daqui em diante sobre a interpretação das leis, constituam leis inalteráveis para sempre se observarem como tais, debaixo das penas estabelecidas”. TELLES, José Homem Corrêa. **Commentario crítico a Lei da Boa Razão**. Lisboa:

Conforme cita *Bacha e Silva*, neste caso os assentos se transformam em leis, pois não somente solucionam casos concretos mas também têm efeito vinculante a casos análogos, sendo aplicáveis penas a sua inobservância.

Tal disposição também foi objeto de análise pelo Ministro Victor Nunes Leal em seu artigo sobre as súmulas do STF.¹⁰⁷

A força dessa legislação judicial, como diria *Blackstone*, retorna após a outorga da Constituição de 1824, ainda que os magistrados tenham perdido uma série de prerrogativas, de caráter político, com a criação do Supremo Tribunal de Justiça no Brasil. Com o Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875¹⁰⁸, a legislação judicial mais uma vez ganha força.

O decreto reintroduzia a possibilidade de o órgão poder editar assentos com força de lei e, inovando, determinava que os assentos publicados pela Casa de Suplicação de Lisboa tivessem vigência com força de lei em nosso território.¹⁰⁹

Mas além disto havia um controle, em que o Legislativo poderia derrogar esses assentos, sendo vedada tal função ao Judiciário, conforme constava no art. 2º e seus § 2º e 3º, uma forma de *checks and balances*.¹¹⁰

Mas não para por aí. Com o Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876¹¹¹, que visa regulamentar os assentos, há a expansão desta chamada “Legislação Jurídica”, e os assentos passar a ser aplicáveis a casos já concluídos, com a finalidade de regular a matéria jurídica em tese, ou seja, sem caso concreto, conforme o parágrafo único do art. 2º do decreto.

Tipografia de Maria da Madre de Deus, 1865. 121 p. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹⁰⁷ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 46-67, jul. 1982. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹⁰⁸ BRASIL. **Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875**. Dá força de lei no Império a assentos da Casa da Suplicação de Lisboa e competência ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Rio de Janeiro: Chancelaria-mor do Império, 1875. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹⁰⁹ SILVA, op. cit., p. 9.

¹¹⁰ BRASIL. **Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875**. Dá força de lei no Império a assentos da Casa da Suplicação de Lisboa e competência ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Rio de Janeiro: Chancelaria-mor do Império, 1875. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹¹¹ BRASIL. **Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876**. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, [2021]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Bacha e Silva afirma que, ainda que se trate de matéria decorrente da interpretação do Judiciário, conferir força de lei às razões interpretativas é uma forma de ativismo, pois descontrói toda a possível divisão de poderes e até mesmo o conceito de independência do Judiciário.

O horizonte muda drasticamente, mas tais eventos continuam acontecendo dentro da República Velha, com a promulgação da Constituição de 1891 e a constante instabilidade política dos primeiros anos de República, que faz com que o¹¹² Judiciário tenha uma atuação mais intensa e ativa, o que gera observações sobre os fatos ocorridos.

O recém-criado Supremo Tribunal Federal foi chamado a resolver questões ligadas ao exercício do poder, como nos diz *Bacha e Silva*. A doutrina brasileira do *habeas corpus* fez com que a corte interviesse em questões políticas, uma vez que a criação de tal doutrina não se limitou apenas a tutelar os direitos de liberdade e de ir e vir, mas sim todo e qualquer direito ameaçado ou violado.

O Supremo Tribunal Federal então se manifesta favorável a maior incidência do *habeas corpus* no caso do Conselho Municipal do Distrito Federal no HC nº 2.990, em que é concedida a ordem para que os membros de uma facção política possam entrar na sede do Conselho e exercer as funções para as quais foram eleitos.¹¹³

Não se questiona que, por outro lado, a doutrina brasileira do *habeas corpus* foi importante para os desenvolvimentos dos primeiros direitos fundamentais no país e sua efetivação, mas, nos dizeres de *Bacha e Silva*, a prática jurisprudencial da doutrina brasileira do *habeas corpus* buscou influenciar os poderes públicos, e colocar o STF como controlador do jogo político.¹¹⁴

Note-se nesse primeiro momento que o que chamamos atualmente de ativismo judicial se restringia apenas às cortes superiores, uma vez que a Constituição de 1891 concedeu aos estados o poder de legislar sobre direito processual em sua esfera, conforme o art. 34, inciso 22 da Carta de 1891. Logo, havia uma pluralidade de códigos de processos nos Estados.¹¹⁵

¹¹² CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados**: O Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. *E-book*.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 2.990**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC2990.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹¹⁴ SILVA, op. cit., p. 13.

¹¹⁵ BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

Esses códigos eram majoritariamente inspirados pelo antigo Regulamento 737, que atravessou o Império e perdurou por boa parte da República Velha, e os estados tinham autonomia legislativa em direito processual.

*Jefferson Carús Guedes*¹¹⁶ afirma que em 1915 o Código do Processo do Estado da Bahia, em seu art. 127, já tinha dispositivo similar ao que seria encontrado no CPC de 1939 como marca do que se entende por ativismo judicial. Além do Código Baiano, havia o Código de Minas Gerais de 1922, em seu art. 262, e o Código da *Parayba* de 1930 também previa idêntica disposição em seu art. 263.

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 1939 efetuou a unidade da legislação processual no país, ou, nos dizeres de *Dierle Nunes*, instaurou o princípio da unidade processual, ainda que se tenha tentado adaptar as tradições locais herdadas de alguns códigos locais às modernas tendências do direito processual civil europeu.¹¹⁷

São, portanto, levadas ao anteprojeto de *Pedro Baptista Martins* as tendências da *Civilprozessordnung* austríaca de 1895, também aqui já mencionada como *Código Klein*, além do projeto *Chiovenda* de 1919, que afirma a restauração da autoridade do processo, e também, é claro, do já citado Código de Processo Civil Português de que tratamos anteriormente neste trabalho.

Na defesa do anteprojeto, *Pedro Martins* afirmou, com base em *Calamandrei*, que o magistrado era o representante do Estado no processo e que a tendência/ideologia publicista não era nada mais do que um dos aspectos parciais de um fenômeno que estava em desenvolvimento de forma diversa em vários ordenamentos jurídicos de todo o mundo.¹¹⁸

Para *Dierle Nunes*, estava oficialmente implementada uma modelagem de intervenção ativa do Estado no processo judicial mediante o desenvolvimento de um papel ativo do juiz, como protagonista do processo.¹¹⁹

O processo se tornava instituto de direito público, nos dizeres de Igor *Raatz*. O juiz passaria de fiscal a dirigente do processo mediante a constante, decisiva e

¹¹⁶ GUEDES, Jefferson Carús. O atual direito processual de grupos sociais: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 115-139, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3135>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹¹⁷ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, v. 48, n. 190, t. 2, p. 93-120, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁹ PICARDI; NUNES, op. cit., p. 6.

autorizada intervenção no processo, expandindo de forma sem igual os seus poderes instrutórios.¹²⁰

O Código de 1939 contemplava o conceito europeu do ativismo judicial, mais especificamente a matriz alemã, nos dizeres de *Bacha e Silva*, pois a mera permissão legislativa para que o magistrado conduza a prova dos fatos é, nos parâmetros da processualística alemã, considerada como ativismo judicial.¹²¹

Aqui consideramos, portanto, que o ativismo judicial, ainda que não denominado desta forma, sai da esfera das altas cortes do Estado e estende-se ao processo de forma geral. Inicia-se o que podemos chamar de ativismo processual, pois o ativismo passa a se ligar ao processo de uma forma geral e sistêmica, e em larga escala, bem diferente da prática anterior, quando se concentrava apenas nas cortes superiores.

Já no paradigma do Código de 1973, que foi amplamente influenciado pelo Legado de *Liebman* no Brasil¹²², e pela escola jurídico-dogmática italiana, coroa-se a cultura dos oitocentistas, ou seja, assume as influências do processo europeu e se alinha com o Código Civil de 1916, podendo-se dizer que o código aparentemente era dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, sendo a segurança jurídica um de seus eixos axiológicos, como destaca *Daniel Mitidiero*.¹²³

Mas para *Dinamarco*, o Código de 1973 foi bem-sucedido em ocultar um escopo publicista, pois não acabou com os poderes inquisitoriais do juiz, uma vez que os alternava com preceitos de caráter dispositivo.¹²⁴ A redação do art. 130¹²⁵ do Código de 1973 expressa claramente o que *Dinamarco* quis dizer, considerando que o magistrado de ofício poderia determinar as provas necessárias para a instrução do

¹²⁰ RAATZ; SANTANNA, op. cit., p. 12.

¹²¹ SILVA, op. cit., p. 4.

¹²² PICARDI; NUNES, op. cit., p. 7.

¹²³ CALDEIRA, op. cit., paginação irregular.

¹²⁴ PICARDI; NUNES, op. cit., p. 7.

¹²⁵ “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. BRASIL. **Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

processo. Neste sentido, o código agia de forma ativista, nos dizeres de *Bacha e Silva e Rodrigo Fux*^{126 127}.

O CPC de 1973, ou Código Buzaid, ainda que pretendesse ser uma legislação formalista, não conseguiu retirar tais pautas ativistas que já estavam consolidadas dentro da legislação processual brasileira, conforme destaca *Jefferson Carús Guedes*.¹²⁸

Daniel Mitidiero afirma que o próprio *Alfredo Buzaid* recomendava a leitura das *Instituições de Giuseppe Chiovenda* como o livro-chave para a compreensão do então recente Código de 1973.¹²⁹ Aqui se faz necessário lembrar que *Chiovenda* é um dos grandes nomes da teoria publicista do processo no início do século XX, pois os estudos de maior repercussão saíram de sua obra, como nos dizem *Andre Roque e Zulmar Júnior*.¹³⁰

Para *Rodrigo Fux e Luiz Fux*, o Código de 1973 destoava da realidade imaginada, sendo, na prática, um código publicista e ativista, dada a concentração de amplos poderes nas mãos dos magistrados, especialmente nas questões probatórias,¹³¹ ainda que fosse um código fruto das ideias oitocentistas¹³².

O Código de 1973 enfraquece diante de uma sociedade em mudanças constantes. O estamento brasileiro se distancia de um modelo de sociedade imóvel, e os ventos do resultado do Projeto Florença clamando por um maior acesso à justiça fazem com o que o Código de 1973 fique ultrapassado. Considere-se a lentidão da máquina judiciária, aliada a uma inegável incapacidade de tutelar as complexas relações sociais do cidadão, que ganha novos direitos.

¹²⁶ FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O novo Código de Processo Civil à Luz das Lições de José Carlos Barbosa Moreira: um gênio para todos os tempos. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 22-38, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1.html. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹²⁷ SILVA, op. cit., p. 5.

¹²⁸ GUEDES, op. cit., p. 14.

¹²⁹ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. **Revista de processo/Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**, [s. l.], ano 35, n. 183, p. 165-194, 2010. Disponível em:

https://www.academia.edu/3223794/O_processualismo_e_a_forma%C3%A7%C3%A3o_do_C%C3%B3digo_Buzaid_Revista_de_Processo_183. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹³⁰ CALDEIRA, op. cit., paginação irregular.

¹³¹ FUX; FUX, op. cit., p. 4.

¹³² O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, nasceu em um período de ditadura militar e de forte repressão, inserindo em seu contexto o processualismo que era a linha de pensamento que prevalecia na Alemanha do século XIX e mais fortemente na doutrina italiana da primeira metade do século XX. CALDEIRA, op. cit., paginação irregular.

Ainda que tenha ficado em vigência por pouco mais de trinta anos, o código acarretou uma insatisfação generalizada, que provocou uma série de reformas legislativas, visando atender às reformas do Estado e às novas demandas da sociedade.¹³³

Para *Dierle Nunes*¹³⁴, o Código de 1973 só sobreviveu durante muito tempo por conter um modelo processual que não oferecia riscos significativos ao mercado, ainda que, do ponto de vista jurídico, não desse conta das demandas. Ele sobreviveu pelo seu protagonismo judicial peculiar, reforçando o papel da jurisdição e do ativismo judicial sem uma perspectiva socializante, e quando essa perspectiva estava presente, ela não prejudicava o mercado ou os interesses políticos e econômicos daqueles que o controlariam.

Em 1987, ainda na vigência do Código de 1973, Cândido Rangel Dinamarco, um dos alunos de *Liebman*¹³⁵ na Universidade de São Paulo, publica a sua *A Instrumentalidade do Processo*, obra que já mencionamos rapidamente neste estudo. A chamada “Escola Paulista do Processo”¹³⁶ é fruto dos ensinamentos de *Liebman* aos seus alunos, e entre eles encontra-se *Dinamarco*.

Para *Georges Abboud*, “A Instrumentalidade do Processo” é uma das mais influentes teorias dentro da ciência processual brasileira. Nela, a jurisdição adquire posição privilegiada em relação ao processo, sendo este apenas um aspecto dinâmico do exercício da jurisdição, e são os fins do Estado que garantem o caráter publicista do processo.¹³⁷

Os institutos do processo e as garantias processuais são, portanto, relativizados em face da jurisdição, pois para os instrumentalistas a percepção do juiz é o que importa. Visto que o juiz solipsista proposto pela teoria de Dinamarco passa a impor a sua vontade e suas convicções à pluralidade social, a justiça será fruto de uma apreciação subjetiva do julgador.¹³⁸

Não basta, ao magistrado, apenas a declaração do direito ou a criação da norma individual, exigindo-se, para a compreensão do significado de prestação

¹³³ FUX; FUX, op. cit., p. 5.

¹³⁴ NUNES, op. cit., p. 159.

¹³⁵ MITIDIERO, op. cit., p. 176.

¹³⁶ PICARDI; NUNES, op. cit., p. 7.

¹³⁷ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 21-47, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/20021863/Ativismo_Judicial_e_Instrumentalidade_do_Processo. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 8.

jurisdicional, que se caminhe um pouco além, pois não será possível assegurar a efetividade do processo se não houver esse caminhar além, nos dizeres de *Paulo Nagao*.¹³⁹

2.2 O ATIVISMO PROCESSUAL NAS CAUSAS DE MENOR IMPORTÂNCIA OU COMPLEXIDADE: O MICROATIVISMO JUDICIAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Como já mencionamos neste trabalho, a Escola Paulista do Processo exerceu grande influência dentro do processo civil brasileiro. *Liebman* deixou o legado aos seus fiéis alunos, que por sua vez seguiram suas vidas e produções científicas baseadas na ideologia publicista do processo, que por sua vez perdura até hoje no sistema processual civil, estando atestada e confirmada a existência do ativismo processual através do ativismo judicial.

Há atualmente, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, alguns exemplos do caráter ativista do processo, que evidenciam tanto a influência da Escola Paulista do Processo quanto o caráter da ideologia publicista do processo e até mesmo da instrumentalidade do processo.

Exporemos aqui exemplos em outras esferas de repercussão do ativismo judicial e processual, pois, como já dissemos neste trabalho, o ativismo judicial e processual nas cortes superiores ou nos processos de maior repercussão são sempre investigados, mas os “microativismos”, por assim dizer, passam muitas vezes despercebidos.

Procuramos demonstrar com isso que independente do rito processual, o ativismo é algo generalizado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, seja em processos de grande repercussão dos tribunais superiores ou até mesmo nos processos de menor repercussão, como serão os casos analisados neste tópico.

Evidenciando o quanto o ativismo judicial e processual é indissociável de nossa cultura e produção processual, contrário até mesmo a outras cláusulas constitucionais, veremos, portanto, juízes legislando determinações que vão contra o

¹³⁹ NAGAO, Paulo Issamu. **O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo**. Orientador: Roque Komatsu e Marcelo José Magalhães Bonício. 2012. 427 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082013-114702/publico/tese_integral_Paulo_Issamu_Nagao.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

devido processo legal, ou seja, juízes que parecem desconhecer o ordenamento jurídico ao tomar medidas tão autoritárias ou publicistas.

O primeiro caso é o da Súmula nº 12 do Primeiro Encontro do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital do Estado de São Paulo¹⁴⁰, que foi editada em 2007, e ainda hoje continua sendo amplamente aplicada pelo tribunal paulista em pleno ano de 2021.

A Súmula nº 12 afirma que o recurso inominado é considerado deserto se não feito o recolhimento integral do preparo recursal, sendo inaplicável o antigo art. 511 do Código de Processo Civil de 1973, que tem correspondência com o atual art. 1.007 do CPC atual. Logo, em havendo qualquer erro no reparo o recurso é considerado deserto, não havendo possibilidade de complementação, conforme dispunha o § 2º do antigo art. 511 e o atual § 2º do art. 1.007 do CPC.

Nesse caso, a decisão interlocutória que indefere o prosseguimento do recurso não é passível de ser atacada, por via de apelação, como no rito do Código de Processo Civil, pois estamos falando do sistema da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis), que, como se sabe, possui um rito processual próprio.

No âmbito da Lei nº 9.099/95, somente estão previstas 2 espécies de recurso: os embargos de declaração previstos no art. 48 e o recurso contra a sentença do art. 41, sendo este o já conhecido recurso inominado. Note-se que o preparo é feito em momento posterior à prolação da sentença de primeiro grau, e os embargos de declaração não teriam a possibilidade de combater essa decisão de denegação, pois também se referem à sentença.

Ainda que na prática processual os embargos de declaração sejam utilizados para qualquer espécie das decisões que apresentem conteúdo decisório, eles não teriam o poder de rever essa decisão da deserção do recurso inominado, negando-se a aplicação de legislação vigente no art. 1.007, § 2º do Código de Processo Civil.

Aqui ponderamos qual seria a resposta adequada para uma decisão supostamente interlocutória, mas que na prática é terminativa, põe fim ao processo e impede o direito de continuar com o recurso inominado; situação complexa, para a qual não temos resposta aparente.

¹⁴⁰ CONHEÇA os 27 enunciados aprovados pelos juizados paulistas. **Conjur.com.br**, [s. l.], 26 nov. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-nov-26/conheca_enunciados_aprovados_juizados_paulistas. Acesso em: 18 abr. 2021.

É cabível lembrar que em 2008, o STF formou entendimento no RE nº 576847¹⁴¹ de que as decisões interlocutórias no âmbito dos juizados especiais cíveis — apenas as decisões interlocutórias, ou seja, não terminativas do processo — não seriam passíveis de serem atacadas por mandado de segurança.

Mas o que fazer neste caso prático em que se afasta a aplicação do art. 1.007, § 2º do CPC pela súmula, considerando que essa é uma decisão terminativa do processo, não sendo meramente interlocutória? Vale lembrar que o RE nº 576847 assentou que as decisões interlocutórias poderiam ser atacadas por via de recurso inominado, mas neste caso o acesso ao recurso inominado restaria prejudicado devido ao entendimento do TJSP (Tribunal de Justiça de São Paulo).

Entendemos que é aplicável neste caso o mandado de segurança, tal como é amplamente aceito em vários outros juizados do país, respaldando-se pela Súmula nº 376 do STJ (Superior Tribunal de Justiça)¹⁴², pois há aqui direito líquido e certo e que não é amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, e causaria prejuízo ao devido processo legal a não aplicação do *writ* ao caso concreto.

Mas não para por aí. O próprio TJSP afirma que nesses casos seria cabível o agravo de instrumento, da lei processual civil, no âmbito dos julgados da Lei nº 9.099/95. Tal atribuição veio através do Comunicado nº 116/2010¹⁴³, publicado no *Diário da Justiça* do TJSP em 3 de dezembro de 2010, que contém uma série de

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 576847. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, II, XXXVI e LIV; 21, XI; 22, IV; 37, XXI; 87, parágrafo único, II; 109, I; e 170, da Constituição Federal, o cabimento, ou não, de mandado de segurança impetrado contra decisão liminar concedida em primeiro grau, no âmbito dos Juizados Especiais. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2591874&numeroProcesso=576847&classeProcesso=RE&numeroTema=77>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁴² “SÚMULA N. 376: Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial”. E “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 17.283-RS (2003/0172025-9). [...] Mandado de segurança que ataca decisão de magistrado com jurisdição no Juizado Especial. Competência. Turma Recursal.1. O art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 10.259/2001 exclui da competência do Juizado Especial Cível as ações de mandado de segurança, mas não vedou que as Turmas Recursais as apreciem quando impetradas em face de decisões dos Juizados Especiais contra as quais não caiba recurso. Agravo regimental a que se nega provimento”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 376. Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial. **Diário da Justiça Eletrônico**: 30 mar. 2009, ed. 334. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula376.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁴³ SÃO PAULO (Estado). Conselho Supervisor do Sistema de Juizados Especiais. Comunicado nº 116, de 3 de dezembro de 2010. Publica os Enunciados Uniformes, para conhecimento de todos os interessados e orientação dos ilustres Juízes integrantes do Sistema. **Diário da Justiça Eletrônico**: São Paulo, p. 1, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=92557&fIBtVoltar=N>. Acesso em: 18 abr. 2021.

entendimentos sumulados sobre a tramitação dos processos no âmbito dos juizados especiais cíveis.

Mais especificamente, o Enunciado de número 60 do Comunicado nº 116/2010 afirma que será cabível agravo de instrumento contra a decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão de recurso inominado.

A Constituição Federal, em seu art. 22, inciso I¹⁴⁴, afirma que a competência para legislar sobre direito processual é da União, e por conseguinte dos representantes do Poder Legislativo da União, uma vez que a competência é privativa.

No caso analisado, utiliza-se um recurso de uma outra lei processual, totalmente diferente da previsão legal dos recursos da Lei nº 9.099/95, violando-se o princípio da taxatividade dos recursos, nos dizeres de *Araken de Assis*, pelo qual a tipificação de recursos é predeterminada e vinculada à lei federal, devendo possuir expressa previsão legal.

Afirma o processualista que não se figura admissível criar figura autônoma ou criar qualquer condição de admissibilidade dos recursos, pois as condições de cabimento de recurso são de competência constitucional, sendo esses casos de criação autônoma de recursos um autêntico absurdo.¹⁴⁵

O mesmo tema também já foi objeto de longa análise pelo STF em diversas ocasiões na história, mas destaca-se o Agravo de instrumento AI 210068 AgR/SC de 1998 relatado pelo Ministro *Marco Aurélio*,¹⁴⁶ que afirma de forma clara e inequívoca a impossibilidade de criação de recursos no âmbito dos juizados especiais cíveis, uma vez que tal medida é invasão de competência legislativa da União.

O TJSP já formou jurisprudência sobre o tema, ou seja, não há apenas precedentes, devido à quantidade de vezes que o tema foi julgado, fazendo-se, na

¹⁴⁴ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁴⁵ ASSIS, Araken de. **Manual de Recursos**. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book* (1166 p.).

¹⁴⁶ “Ementa: COMPETÊNCIA - DIREITO PROCESSUAL - CRIAÇÃO DE RECURSO - JUIZADOS ESPECIAIS. Mostra-se insubsistente, sob o ângulo constitucional, norma local que implique criação de recurso. Esta ocorre no âmbito da competência para legislar sobre direito processual, não estando abrangida pela competência concorrente do inciso XI do artigo 24 da Constituição Federal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo de Instrumento 210068 AgR/SC. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 ago. 1998. **Diário da Justiça**: Brasília, p. 781-785, 30 out. 1998. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur22829/false>. Acesso em: 18 abr. 2021.

grande maioria das vezes, referência ao enunciado 60 do Comunicado nº 116/2010, e como exemplo apontamos o MS nº 0100231-85.2017.8.26.9040.¹⁴⁷

O comunicado também possui outros dispositivos ativistas, tal como o Enunciado nº 24, que afirma que a perícia é um meio de prova incompatível com os juizados especiais cíveis.¹⁴⁸

O art. 5º da Lei nº 9.099/95 dispõe que o juiz terá liberdade para dirigir o processo determinando as provas a serem produzidas, mas nada diz sobre a perícia ser incompatível com o rito dos juizados especiais cíveis. Estamos aqui diante da manifestação mais original de ativismo judicial/processual, sem contar que também se está adentrando a competência da União de legislar sobre direito processual nos termos do art. 22, inciso I da CRFB/1988.

2.3 A UTILIZAÇÃO DO ATIVISMO NO RITO PROCESSUAL: PARA ALÉM DOS JUIZADOS

Conforme pudemos observar ao longo deste trabalho, o ativismo judicial é um fenômeno complexo, que se evidencia na prática em diferentes formas e épocas de nosso ordenamento jurídico, acompanhando os diferentes cenários nos quais podemos estar inseridos.

Pode-se seguramente dizer que o ativismo, como grande categoria que abriga outras categorias menores, vai se tornando mais complexo a cada período diferente em que se comparam os fenômenos.

As lições da história dos conceitos de *Koselleck* configuram-se como uma ferramenta importante para observar a manifestação do ativismo em suas diferentes formas e classificações. O que entendemos é que, com o decorrer do tempo, a cada período surgem novas nuances do fenômeno do ativismo.

¹⁴⁷ “MANDADO DE SEGURANÇA – Decisão atacada que julgou deserto o recurso inominado sob o fundamento de insuficiência do preparo - Via eleita inadequada - Irresignação que caberia agravo de instrumento, nos termos do Enunciado nº 60 do Conselho Supervisor do Sistema de Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Mandado de Segurança que não é substitutivo de recurso – Segurança denegada”. SÃO PAULO. Juizado Especial Cível (1. Turma). Acórdão Mandado de Segurança 0100231-85.2017.8.26.9040, Relator(a): Des. Elaine Cristina Storino Leoni, 2 ago. 2018. **Diário da Justiça**: São Paulo, 2 ago. 2018.

¹⁴⁸ “24. A perícia é incompatível com o procedimento da Lei 9.099/95 e afasta a competência dos juizados especiais cíveis”.

Paulo Sérgio Souza Andrade, por sua vez, aborda uma dimensão pouco explorada do tema: a ocorrência do ativismo no rito processual.¹⁴⁹ Nesse caso não se criam recursos, ou se invadem competências legislativas, mas evidencia-se, a partir da coleta de dados empíricos, a existência do universo dos microativismos no rito processual.

A pesquisa do autor complementa o tópico estudado, relativo ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e à existência em um primeiro momento do ativismo processual.

O autor procura focar as suas pesquisas em outras decisões, tais como as decisões interlocutórias e despachos do TJSP, que, ainda que não sejam terminativas, ou seja, que não tenham caráter de sentença, guardam um conteúdo acentuado de ativismo. O trabalho desse autor concentra-se no ativismo processual em primeiro grau, e foca quatro pilares majoritários em que se manifesta o ativismo processual.

O primeiro desses quatro pontos é a redução de prazos peremptórios, em que através de um dos autos o magistrado reduziu o prazo de 30 dias do antigo art. 257 do CPC de 1973 para 10 (dez) dias¹⁵⁰. Vale lembrar que o conceito de prazos peremptórios não permite que estes sejam modificados, uma vez que são definidos de forma *ex lege*.¹⁵¹

Já no tocante à relativização do princípio da inércia do juízo, há vários exemplos nos quais os magistrados pautam a condução do processo independentemente da provocação por uma das partes a partir de 3 situações, como descreve *Souza Andrade*.

A primeira situação tem relação com os despachos em cadeia, ocorrendo quando, para evitar várias idas e vindas e aberturas de vários prazos, além das várias entradas na fila de espera, os magistrados evitam o chamado “excesso de conclusão de autos” efetuando um único provimento jurisdicional não terminativo (despachos e

¹⁴⁹ ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo Judicial no Ritualismo Processual. **Revista de Direito Público do IDP**, Brasília, v. 11, n. 57, p. 10-26, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2147>. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁵⁰ “[...] Ante o exposto, indefiro o pedido de gratuidade de justiça. Recolham-se as custas iniciais. Caso não haja o recolhimento, voltem os autos conclusos. Prazo de 10 (dez) dias”. (Processo nº 33507-7/13 – Revisional, disponibilizado no DJe de 09/05/2013, p. 631). ANDRADE, op. cit., p. 9.

¹⁵¹ José Miguel Garcia Medina ensina: “Na doutrina, afirma-se ser peremptório o prazo, quando, a respeito, ‘as partes não puderem dispor’, e dilatório, por sua vez, ‘o que não é fatal, ensejando convenção das partes’. Sob esse prisma, os prazos peremptórios não podiam ser alterados pelo juiz ou pelas partes”. MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book* (1744 p.).

decisões interlocutórias) com várias providências a serem tomadas tanto pelos auxiliares do juízo quanto pelas partes.

Esses despachos são proferidos com conectivos gramaticais, como “se”, “caso se”, figurando nos autos, entre outros, quando não são também acompanhados de outros itens, tais como numerações ou itens que, enquanto não cumpridos em sua integralidade, não deixam os autos aptos a serem conclusos ou passarem para a próxima fase processual.

A segunda manifestação é a prática de atos processuais sem a solicitação das partes, através de autorização prévia de pedidos que ainda não foram formulados ou sequer peticionados e da alteração da marcha processual através de sugestões às partes.

Nos autos do processo de número 57873-2/03 de rescisão de contrato, disponibilizado no DJe (Diário da Justiça Eletrônico) de 09/05/2013, p. 586, o magistrado une em um único momento processual 3 atos que deveriam ser praticados em momentos distintos, além disso concede pedidos que não foram sequer mencionados, como¹⁵² expedição de alvará, por exemplo.¹⁵³

O rompimento da inércia também é observado em uma postura ativa do magistrado que conduz a marcha processual, quando este adverte à parte que, a depender do pedido formulado, caso seja diferente do que é estipulado pelo juízo, o feito poderá ser extinto arbitrariamente.¹⁵⁴

¹⁵² “Cuida-se de cumprimento de sentença deflagrado por Maria Emília Mendes dos Santos contra Palissander Engenharia Ltda. Anote-se e comunique-se ao distribuidor. Prossiga-se na forma do art. 475-J do CPC, intimando-se a parte executada, por intermédio de seu advogado constituído, para que pague a dívida no prazo de 15 (quinze) dias, ficando advertida de que inadimplemento da obrigação no prazo estipulado ensejará a incidência de multa à razão de 10% (dez por cento) do valor devido. Transcorrido o prazo supra e não efetuado o pagamento, certifique-se e intime-se a parte exequente, para que promova o andamento do feito nos termos do art. 614, inciso II, do CPC. Caso não haja o cumprimento espontâneo da obrigação pela parte executada, fixe os honorários advocatícios, pertinentes a esta fase de cumprimento de sentença, em quantum correspondente a 10% do valor da dívida. Sem prejuízo, promova a parte exequente o recolhimento das custas relativas a esta fase processual, na forma do art. 19 do CPC c/c art. 191, § 1º, do PGC, com a nova redação que lhe foi dada pelo provimento nº 4 de 02.06.2008” (Processo nº 57873- 2/03 – Rescisão de Contrato, disponibilizado no DJe TJDFT de 09/05/2013, p. 586). ANDRADE, op. cit., p 11.

¹⁵³ “Foi cumprida integralmente a ordem de bloqueio eletrônico. Converto o bloqueio em penhora por meio desta decisão, considerada a importância de R\$ 1.932,80. Determino a transferência dos valores bloqueados eletronicamente para conta judicial vinculada a estes autos, consoante minuta retro. Intime-se o devedor por meio de seu advogado constituído nos autos, nos termos dos arts. 475- J, § 1º, e 652, § 4º, ambos do Código de Processo Civil. Publique-se. Decorrido o prazo de dez dias para impugnação, sem manifestação da parte devedora, defiro, desde logo, a expedição do alvará de levantamento” (Processo nº 60725-8/07 – Cobrança, disponibilizado no DJe TJDFT de 09/05/2013, p. 706). ANDRADE, op. cit., p. 10.

¹⁵⁴ “Advirto a parte autora de que, caso as pesquisas não tenham identificado novos endereços para cumprimento da liminar, ela deverá promover, de imediato, a conversão do feito para ação de depósito

Por fim, menciona-se o ativismo sendo utilizado para alcançar os números necessários às estatísticas do CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Nesse sentido, *Souza Andrade* afirma que em virtude da criação do CNJ como órgão de controle do Poder Judiciário, o ativismo cresceu de forma exponencial, aliando-se a outros fatores de controle por parte da magistratura.¹⁵⁵

O exercício deste tipo de ativismo processual se dá majoritariamente pela substituição massiva de sentenças ao invés de decisões interlocutórias, quando é cabível, afirmando o autor que tais sentenças geralmente obedecem ao devido processo legal, como no caso de conversão de monitória em título executivo através do julgamento antecipado de mérito. Em via similar, há a conversão de decisão interlocutória em sentença também nos casos de ação monitória.

Já quanto à racionalização dos recursos, percebe-se o atendimento de providências alinhadas com a capacidade de trabalho do juízo, denegando-se até mesmo direitos reconhecidos, como a suspensão do processo no prazo legal definido quando não há bens suficientes para garantir a execução.¹⁵⁶

O ativismo processual está sem dúvidas mais próximo da realidade cotidiana do cidadão que procura o Poder Judiciário, e demonstra que a ideologia publicista do processo está mais viva do que nunca, ainda que se possa dizer o contrário. A partir dessas duas análises empíricas elencadas, conclui-se que o fenômeno se encontra em constante adaptação quanto ao rito processual.

ou, preferencialmente, execução, haja vista a impossibilidade de decretação da prisão civil do depositário infiel, com o requerimento de citação por edital, sob pena de extinção do feito”. (Processo nº 195873-9/12 – Busca e Apreensão (coisa), disponibilizado no DJe TJDFT de 09/05/2013). *Ibid.*, p. 11.

¹⁵⁵ “A magistratura tem sim inventado novas práticas judiciais, recorrendo cada vez mais à ponderação, princípios constitucionais e métodos mais flexíveis de interpretação, assim como à valorização dos direitos fundamentais envolvidos nas demandas postas a sua apreciação, em especial o direito fundamental à celeridade processual. Isso é o que se convencionou denominar de Ativismo Judicial no Ritualismo Processual”. ANDRADE, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁶ “[...] A autora pretende a suspensão indefinida do processo e, de fato, o art. 791, III, do Código de Processo Civil não estabelece prazo. Todavia, a suspensão indefinida do processo quando não foram localizados bens para garantir a execução não se coaduna com o processo civil atual e tampouco com os anseios da sociedade por uma justiça célere e efetiva. Em contrapartida, destaca-se que o Poder Judiciário está abarrotado de processos, não se mostrando razoável a permanência de demandas suspensas em cartório quando o juízo está sobrecarregado e até mesmo sem espaço físico para acomodar os processos em curso e os servidores. Em face das considerações alinhadas e atendendo à razoabilidade e economia processual, tem-se que o processo deverá ser arquivado [...]”. (Processo nº 151269-2/08 – Execução por Quantia Certa, disponibilizado no DJe TJDFT de 09.05.2013. p. 760). *Ibid.*, p. 14.

3 O PROCESSO ESTRUTURAL

Os litígios ou processos estruturais têm sua origem histórica dentro do direito americano, mais especificamente dentro do *leading Brown vs Board of Education*, julgado em 17 de maio de 1954 pela Suprema Corte Americana, com base na 14ª Emenda.¹⁵⁷

Ainda que não se possa considerar que o Constitucionalismo Americano seja um constitucionalismo de ampla normatividade, como o brasileiro, a decisão desse *leading* em específico indica uma fase mais normativa ou prestacional do Constitucionalismo Americano, característica *que* marca a Era *Warren* (1953-1969) na Suprema Corte daquele país.¹⁵⁸

No Brasil, esse tipo de processo pode abarcar uma infinidade de nomenclaturas, ou seja, pode ser designado como processo estrutural, litígio estrutural, medida estruturante, decisão estrutural, reforma estruturante ou remédio estruturante, e algumas outras variantes podem surgir.¹⁵⁹

O mesmo se dá no direito americano, no qual se originaram, sendo conhecidos como *structural litigations*, *structural injunctions*, *institutional injunctions* ou *structural remedies*, além de outras variações ou derivados.

Para alguns autores, os processos estruturais já são considerados como uma nova modalidade do que se entende por “processo constitucional”¹⁶⁰. Autores como *Karina Denari*¹⁶¹ optam por denominá-los de litígios estruturais, enquanto *Marco Félix*

¹⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*. Washington: **United States Reports**, v. 347, p. 483-496, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁵⁸ Diferente da dogmática brasileira, o acesso à Suprema Corte Americana é bem restrito, pois se dá através de um mecanismo processual chamado *standing*, que decorre da previsão do artigo III, seção 2 daquela Constituição, sendo, nos dizeres de *Scalia*, uma forma de selecionar casos estratégicos para o seu julgamento, ou, de forma mais clara, julgar o que for interessante, pois a extensão da jurisdição só deve ser feita a certos casos ou controvérsias. SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. **Suffolk University Law Review**, [s. l.], v. 17 n. 881, p. 881-899, 1983. Disponível em: https://cpb-us-e1.wpmucdn.com/sites.suffolk.edu/dist/3/1172/files/2015/11/Scalia_17SuffolkULRev881.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁵⁹ JOBIM; ARENHART, op. cit., p. 7.

¹⁶⁰ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: pressupostos e fundamentos. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 5, p. 1051-1076, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf. Acesso em: 21 jul. 2020.

¹⁶¹ MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Levando as cortes a sério: condições e estratégias para o compliance judicial**. Orientador: Carlos Alberto Bolonha, José Ribas Vieira. 2020. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em:

Jobim, Sérgio Ahrenhart, entre outros, optam por chamá-los de processos estruturais.¹⁶²

Fredie Didier e *Hermes Zaneti* optam por seguir um outro raciocínio, entendendo que o processo estrutural é composto de um litígio estrutural com origem em um problema estrutural, o qual é categorizado¹⁶³.

Consideramos que na análise pragmática, independente da nomenclatura, trata-se de nada mais que sinônimos para um único objeto. Portanto, chamá-los de processos ou litígios estruturais é apenas uma questão de preferência, e neste estudo optaremos por chamá-los de processos estruturais.

A composição desses processos é complexa, o que mostra que a matéria se encontra situada em diferentes campos do direito, não se limitando apenas aos debates jurídicos.¹⁶⁴

Karina Denari fornece uma definição bem mais ampla e completa do que seriam os litígios estruturais, revelando a complexidade mencionada por *Daniel Sarmento*.

Segundo a autora, os litígios estruturais sempre estão ligados a uma violação de direitos humanos, que é causada por uma séria e constante omissão em um setor específico de política pública, tendo como partes de um lado a coletividade titular

https://www.academia.edu/42008665/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Tese_de_Doutorado_UFRJ_2020. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁶² JOBIM, Marco Félix (org.); ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm, 2019.

¹⁶³ “Há um problema estrutural quando, por exemplo: (i) o direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais é afetado pela falta de adequação e de acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos numa determinada localidade; (ii) o direito à saúde de uma comunidade é afetado pela falta de plano de combate ao mosquito *aedes aegypti* pelas autoridades de determinado município; (iii) o direito de afrodescendentes e de indígenas é afetado pela falta de previsão, em determinada estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dessa comunidade; (iv) a dignidade, a vida e a integridade física da população carcerária são afetadas pela falta de medidas de adequação dos prédios públicos em que essas pessoas se encontram encarceradas”. DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, 2020. Disponível em:

http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 21 mar. 2021.

¹⁶⁴ Para Daniel Sarmento, os litígios estruturais são um tema instigante e extremamente importante que se situa na fronteira entre Direito Constitucional, Processo Civil e Ciência Política, envolvendo, portanto, decisões mais complexas do ponto de vista técnico e heterodoxas, pois desafiam as compreensões tradicionais da divisão dos poderes, por exemplo. Vamos além e dizemos que também desafiam os direitos fundamentais e os institutos processuais em si, conforme será visto neste trabalho. SARMENTO, Daniel. Prefácio. *In*: PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais: Legitimidade democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. IX.

desses direitos, e do outro lado a parte adversa, consistindo sempre em organizações políticas ou autoridades.¹⁶⁵

Para *Camila Porfiro*¹⁶⁶, os litígios estruturais são um modelo de adjudicação que visa superar situações de afronta a preceitos constitucionais por meio de reformas em órgãos ou instituições administrativas.

Em entendimento diverso, e importante contribuição, *Fredie Didier e Hermes Zaneti* afirmam que os problemas estruturais que geram os processos estruturais, não se restringem apenas aos vivenciados na esfera pública ou aos diretamente ligados aos direitos fundamentais ou políticas públicas.¹⁶⁷

Admite-se, de forma inovadora, que processos que envolvam interesses privados possam ser considerados como litígios ou processos estruturais. Os professores citam como exemplo a dissolução de uma sociedade ou o fechamento de uma unidade fabril, além, é claro, dos exemplos de ações concursais de falência e recuperação judicial.¹⁶⁸

Já Edilson Vitorelli adota uma definição mais de acordo com o exemplo anterior. Com base nos estudos de *Owen Fiss*¹⁶⁹, ele considera os litígios ou processos estruturais como aqueles que envolvem conflitos multipolares de elevada

¹⁶⁵ MATTOS, op. cit., p. 166.

¹⁶⁶ PORFIRO, op. cit., p. 23.

¹⁶⁷ DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, 2020. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 21 mar. 2021.

¹⁶⁸ “As ações concursais — como, por exemplo, a falência e a recuperação judicial — também se baseiam em problemas estruturais. Elas partem de uma situação de desorganização, em que há rompimento da normalidade e do estado ideal de coisas, e exigem uma intervenção (re)estruturante, que organize as contas da empresa em recuperação ou que organize os pagamentos devidos pela massa falida. Essa desorganização pode advir do cometimento de ato ilícito, como no caso da falência, ou não necessariamente, como no caso da recuperação judicial. *Ibid.*, p. 105. [...] Imagine que se trate de uma empresa com marcada importância para a economia local, que empregue diversos trabalhadores e gere renda para inúmeras famílias. Basta lembrar as situações em que há o fechamento de unidades de montadoras de veículos automotores e a preocupação das autoridades com a desmobilização do efetivo operacional. O fechamento de uma unidade fabril não é, necessariamente, um ato ilícito, mas é uma situação que pode romper com o estado de coisas tido como ideal, com ampla repercussão na vida de certa comunidade, a exigir uma intervenção reestruturante [...] 11 Felipe Vieira Batista também vê a recuperação judicial como um processo estrutural: ‘Embora a antiga Lei nº 11.101/2005 exija que a petição inicial indique as causas da crise, o objetivo não é imputar o referido fato a um determinado sujeito processual e/ou lhe impor qualquer tipo de reparação ou sanção pelo ocorrido — não há litígio afirmado. A perspectiva é outra, de natureza muito mais prospectiva: pede-se a intervenção/reforma estatal no sentido de viabilizar/facilitar a resolução de um problema social grave por meio de uma negociação de um plano de reestruturação da atividade (e não com a imposição de uma forma de reparação e/ou sanção)’. DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, op. cit., p. 107-108.

¹⁶⁹ JOBIM, Marco Félix (org.); ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 272.

complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante a transformação de uma instituição pública ou privada, havendo, portanto, a necessidade de reorganização de toda uma instituição ou instituições, para que aquela ou estas passem a cumprir a sua função de acordo com o valor afirmado na decisão judicial.

No Brasil, podemos citar alguns casos de processos estruturais, tais como a ADPF nº 347 (reforma do sistema prisional brasileiro), o caso da ACP do Carvão e o caso das creches no município de São Paulo.¹⁷⁰

Ainda que os estudos dos denominados processos estruturais tenham adquirido esse nome de 2013 para a frente, a partir dos estudos de *Marco Félix Jobim*, entendemos que esses processos ou litígios são muito anteriores, vide a ACP do Carvão, que é de 2012.

Mas se formos mais longe, podemos verificar que esse tipo de processo se inicia no fim dos anos 80 e começo dos anos 90, devido às influências do Projeto Florença, de *Cappelletti e Garth*, que pregou um maior acesso à justiça e deu origem ao CDC (Código de Defesa do Consumidor) e à Lei da Ação Civil Pública. Quando falamos anteriormente da instrumentalidade do processo, de Cândido Rangel Dinamarco, tratamos desse tema.

Vale ressaltar que os processos ou litígios estruturais só existem graças à inserção do Brasil no Constitucionalismo Contemporâneo, a qual se efetivou apenas após a promulgação da Constituição de 1988.¹⁷¹

Didier afirma que para se chegar à definição de um processo estrutural deve-se adotar um raciocínio tipológico, e que certas características ajudariam a identificar um processo como estrutural ou não, mas nem todas essas características precisam estar necessariamente presentes, características que ele divide em típicas essenciais e não essenciais.¹⁷²

¹⁷⁰ PORFIRO, op. cit., p. XV.

¹⁷¹ “Isso porque o Brasil — assim como a América Latina — ingressou tardiamente neste ‘novo mundo constitucional’, fator que aliás é similar ao da realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa”. STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 296.

¹⁷² “O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num

3.1 CARACTERÍSTICAS NÃO ESSENCIAIS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS.

Devido às suas características já designadas, os litígios estruturais possuem peculiaridades que fazem com que os estudiosos do tema aleguem que o modelo processual atual não consegue atender à complexidade desses processos. O modelo atual está defasado em relação ao que é demandado por esse tipo de litígio.

Edilson Vitorelli afirma que em virtude da classificação abstrata dos direitos pleiteados, nota-se, nos processos estruturais, que muitas vezes esses direitos são incompatíveis com a realidade, o que gera a adoção de técnicas processuais que são impróprias para a tutela do direito material litigioso.¹⁷³

Nesse mesmo sentido, *Daniel Sarmiento* complementa, dizendo que os litígios estruturais demandam o uso de técnicas de decisão mais complexas e heterodoxas que desafiam as compreensões tradicionais do sistema processual, pois devem levar em consideração fatores como os princípios da separação dos poderes, e até mesmo os limites de atuação do Poder Judiciário.¹⁷⁴

O sistema processual como o conhecemos seria inadequado para dar a solução adequada para questões sociais complexas, que são comumente tratadas no âmbito dos processos estruturais, sendo o processo judicial hermético e formalista.¹⁷⁵

Para *José Maria Tesheiner*, o novo modelo de *adjudication* que os litígios estruturais inauguraram reforça o protagonismo do Poder Judiciário, uma vez que uma das funções deste é a capacidade de reconstruir legitimamente as instituições burocratizadas e ineficientes, que são apontadas dentro dos processos estruturais. Assim, um dos deveres constitucionais do Poder Judiciário seria garantir que as outras instituições cumpram as suas atribuições. Ainda que o cumprimento dessas obrigações envolva um ativismo judicial equilibrado. Ainda que, contraditoriamente, os problemas resolvidos pelos juízes sejam em boa parte criados por eles próprios.¹⁷⁶

procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e, pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC)". DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, op. cit., p. 107-108.

¹⁷³ JOBIM, Marco Félix (org.); ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 272.

¹⁷⁴ PORFIRO, op. cit., p. XV.

¹⁷⁵ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 185. *E-book*.

¹⁷⁶ JOBIM; ARENHART, op. cit., p. 15.

Para *Osmar Côrtes*, devido à lógica específica dos litígios estruturais e ao viés intervencionista do Poder Judiciário — que é exigido nesse tipo de processo, uma vez que majoritariamente se trata de matérias que envolvem interesses públicos —, não é possível a aplicação da lógica dogmática do modelo processual padrão.¹⁷⁷

Isso faz com que o Judiciário, não tendo alternativas, acabe adotando posturas ativistas. Em suma, para o autor existe uma possibilidade muito maior de posturas ativistas nos processos estruturais do que em outros tipos de processo.

Conclui-se que o magistrado se torna peça fundamental para a concretização das medidas estruturantes, através da possibilidade de expansão do seu poder jurisdicional nessas ações. Pode-se dizer, então, que o ativismo judicial é quase que um componente do modelo de processos estruturais.

3.2 O ATIVISMO NO DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS E NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

O estudo de tutelas diferenciadas é uma tendência do direito processual mundial e tem ocorrido tanto em sistemas de *common law* quanto de *civil law*, de acordo com *Alves Pinto*.¹⁷⁸

O direito processual de grupos sociais é uma dessas tutelas diferenciadas, objeto de estudos do Professor *Jefferson Carús Guedes* desde 2006. A proposta do professor é que algumas áreas do direito processual civil devem receber tratamento diferenciado de regras processuais, considerando-se as diferenças de origem no direito material dos sujeitos do processo.¹⁷⁹

Tal teoria considera que atualmente o direito processual está cada vez mais “*customizado*”, como dito por *Alves Pinto*, devido às tutelas desejadas pelas partes, pretendendo-se não apenas tutelar os direitos de grupos de indivíduos, mas reconhecer as pessoas em sua dimensão de dignidade humana pela técnica processual.

¹⁷⁷ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. COVID/19, Processo Estrutural e Ativismo Judicial. **Portal do Conhecimento**, [s. l.], 22 mar. 2021. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/COVID-19PROCESSO+ESTRUTURALEATIVISMOJUDICIAL.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹⁷⁸ PINTO, Henrique Alves. **O Enquadramento das Decisões Estruturais no Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 44.

¹⁷⁹ GUEDES, op. cit., p. 4.

Além disto, afirma *Carús Guedes* que o processo civil brasileiro não se regula apenas pelo Código de Processo Civil, considerando-se também todas as normatizações de leis especiais ou esparsas, que totalizariam quase 100 (cem) procedimentos processuais diferenciados, sendo um sistema múltiplo.

Esse processo civil de grupos sociais seria uma espécie de “terceira via” entre as ideologias publicistas/ativistas e as garantistas, consistindo, como dito, em uma espécie de processo “customizado”, no qual os direitos processuais se alternariam, ora se adotando um viés mais ativista/publicista, ora se adotando um viés mais garantista no atendimento das partes, não havendo preponderância de uma única posição.¹⁸⁰

Há, portanto, nesses casos, a legitimidade de uma postura mais ativa do juiz e reforço da jurisdição ao invés da preservação das garantias processuais e do devido processo legal. Entende-se que há uma licença para eventual ativismo, que reforça o caráter primordial da jurisdição sobre as garantias processuais.

O direito processual de grupos sociais é composto de uma série de litígios vinculados a grupos sociais específicos¹⁸¹. Logo, nesses casos seria admissível uma flexibilização da atividade instrutória do juiz, e a justificativa é que as atuais limitações do processo não são as mesmas do socialismo processual clássico.¹⁸²

Ainda no mesmo raciocínio, argumenta o autor que para determinados assuntos deve-se cogitar uma maior ou menor intervenção da força do Juiz-Estado, tais como processos para a defesa dos interesses e do patrimônio público, Direito Processual Constitucional, eleitoral, ambiental, e também processos para a defesa de interesses individuais privados, e de direito processual civil.

¹⁸⁰ “Em algumas situações processuais se evidencia a possibilidade de coexistência das duas correntes ideológicas. Noutras é possível dizer-se que o processo pode ser garantista, como nos litígios privados entre partes equilibradas e direitos disponíveis e que admitam transação. Numa sociedade complexa e em ‘tempos difíceis’ as alternativas processuais ou procedimentais não podem ser rígidas”. *Ibid.*, p. 19.

¹⁸¹ O direito processual de grupos sociais afirma que os seguintes grupos merecem um tratamento processual diferenciado. São eles: a) crianças e adolescentes; b) idosos; c) portadores de deficiência física ou mental e doenças graves; d) acidentados em trabalho; e) consumidores; f) beneficiários da previdência e da assistência social; g) agricultores e camponeses; h) beneficiários do meio ambiente sadio, ou seja, direitos difusos no âmbito ambiental. GUEDES, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸² “Se no passado os socialistas diziam que as regras do direito eram incompreensíveis para os pobres e para os operários, hoje as limitações são outras, hoje as incompreensões são para outros. Há áreas do processo em que as desigualdades entre os sujeitos parciais são de menor expressão ou não interferem no resultado processual, podendo ser desprezadas. Em outras as diferenças são mais aparentes, não devendo ser negligenciadas”. *Ibid.*, p. 19.

Não é difícil concluir que o direito processual de grupos sociais definido por *Carús Guedes* tem as mesmas características dos processos estruturais,¹⁸³ os quais já foram anteriormente mencionados neste trabalho. Portanto, mais uma vez reforça-se que em determinados tipos de processo é aceitável uma flexibilização da postura do juiz para o melhor encaminhamento da causa e sua resolução mais justa.

Não verificamos diferenças de um modelo processual para outro, uma vez que os processos estruturais também tratam da defesa dos interesses públicos (direitos fundamentais) e abarcam também as outras classificações de *Guedes*.

Afirma-se que essas novas categorias processuais se situam entre o ativismo processual e o garantismo, pois os processos estruturais e os processos de grupos sociais são cada vez mais complexos e são majoritariamente tutelados de forma coletiva.

A tutela coletiva, afirmam os autores, não é suficiente para assegurar as necessidades desse direito processual de grupos sociais, ou dos processos/litígios estruturais, pois ela paradoxalmente alienaria o grupo que deveria proteger, resumindo-se a um processo individual em que alguns entes defendem o interesse de uma chamada coletividade, nos dizeres de *Sérgio Arenhart*.¹⁸⁴

Os interesses coletivos não devem, segundo o autor, ser tratados sob a mesma *ratio* aplicada aos processos individuais, e falharia, portanto, em matérias constitucionais consagradas, como as políticas públicas, que estão dentro da grande categoria das demandas de interesse público, ou melhor dizendo, dentro do direito processual de grupos sociais, conforme a definição do Professor *Carús Guedes*.

Não seriam aplicáveis garantias processuais elementares e fundantes do devido processo legal constitucional, tais como a limitação da causa de pedir, as dimensões da prova — ou seja, o juiz teria maiores poderes instrutórios —, e até mesmo a relativização das coisas julgadas, no horizonte dos processos estruturais.¹⁸⁵

¹⁸³ O objetivo dos processos estruturais é a concretização de direitos fundamentais, realização de políticas públicas ou a resolução de litígios complexos, entendidos como complexos aqueles que entram em rota de colisão com vários outros múltiplos interesses sociais. JOBIM; ARENHART, op. cit., p. 7.

¹⁸⁴ ARENHART, Sergio Cruz. PROCESSOS ESTRUTURAIS NO DIREITO BRASILEIRO: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO DA ACP DO CARVÃO. **Revista de Processo Comparado**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 211-232, 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%2C%20A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf. Acesso em: 11 maio 2021.

¹⁸⁵ “Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da

Entende-se que a manutenção dessas condições causaria uma verdadeira violação de direitos e o cerceamento do acesso à justiça.¹⁸⁶

Segundo esse sistema, deve-se, de forma finalista, liberar o magistrado das amarras dos pedidos das partes¹⁸⁷. Para que essa injustiça anteriormente citada não ocorra, justifica-se que dentro dos litígios ou processos estruturais as maiores questões sejam de ordem prática e muito pouco normativa, como afirma *Medeiros Júnior*, o que embasaria essas relativizações de garantias processuais.¹⁸⁸

Nesta lógica da sistemática processual “clássica”, o Poder Judiciário, na visão de alguns, está fadado a uma atuação e à construção de decisões imperfeitas, não atingindo a devida concretização e proteção dos direitos fundamentais reclamados nos processos estruturais,¹⁸⁹ razão pela qual quase todos os estudiosos do tema advogam que é necessário um procedimento próprio para os processos estruturais, sendo estes ainda classificados como uma espécie de microsistema processual.

Ainda assim, esse sistema deve ter autonomia e uma teoria própria, pois todo sistema processual, sendo ele macro ou micro, deve possuir a sua própria teoria.¹⁹⁰ Nesse âmbito, surge também o questionamento da legitimidade do Poder Judiciário para receber essas atribuições estruturantes, ou seja, se é possível que o Poder Judiciário, quando do julgamento dos processos estruturais, não ultrapasse os seus próprios limites constitucionalmente impostos, pois, nos dizeres de *Marco Jobim*, é difícil conseguir dissociar uma decisão estrutural daquilo que conhecemos atualmente como ativismo judicial e ativismo processual.¹⁹¹

inadequação da ‘tutela’ pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial”. *Ibid.*, p. 9.

¹⁸⁶ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, ano 55, v. 217, p. 243-255, 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243#:~:text=NUNES%2C%20Leonardo%20Silva.-

,Medidas%20estruturais%20no%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20brasileiro%3A%20os%20problemas%20da%20rigidez,217%2C%20p. Acesso em: 11 maio 2021.

¹⁸⁷ JOBIM; ARENHART, op. cit., p. 7.

¹⁸⁸ JÚNIOR, Leonardo Medeiros. **Processo Estrutural Consequencialista**: a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 67.

¹⁸⁹ PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais**: Legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 70.

¹⁹⁰ JOBIM; ARENHART, op. cit., p. 638.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 649.

Um ponto curioso é que, ainda que seja defensável por vários doutrinadores a criação de uma teoria própria dos litígios estruturais¹⁹², o atual sistema processual do Código de Processo Civil de 2015 está apto a acomodar as decisões resultantes dos litígios e/ou processos estruturais.¹⁹³

Existe, sem dúvidas, nos dizeres de *Alves Pinto*¹⁹⁴, toda uma estrutura normativa que pode ser aplicada dentro dos processos estruturais tanto de índole coletiva quanto de eventual índole privada, o que mostra que o atual código está apto a tutelar esses processos especiais ou customizados, como já dissemos anteriormente. Todavia, o cerne da questão reside em um ponto específico desses tipos de processo, que são os pedidos dentro desses litígios.

3.3 A PROBLEMÁTICA DA CAUSA DE PEDIR E DOS PEDIDOS NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS COMO JUSTIFICATIVA PARA A CRIAÇÃO DE UM NOVO RITO PROCESSUAL

Uma das justificativas majoritárias para a criação de um sistema processual próprio para os litígios ou processos estruturais é a problemática da causa de pedir e dos pedidos nos litígios estruturais, ainda que, conforme observamos anteriormente, o Código de Processo Civil consiga atender as demandas processuais oriundas desses litígios.

Porém, aqueles que são favoráveis a um sistema processual próprio para os litígios estruturais o fazem alegando na maioria das vezes a complexidade dos pedidos que são alocados dentro desses litígios, uma vez que o princípio da

¹⁹² Segundo *Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr.*, no direito processual brasileiro a base normativa para a execução das decisões estruturais, necessariamente atípica, decorre da combinação do art. 139, inciso IV com o art. 536, § 1º do CPC, sendo cláusulas gerais executivas das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas medidas, por formas atípicas. JOBIM; ARENHART, op. cit., p. 349.

¹⁹³ O Código de Processo Civil de 2015 está propício a auxiliar nessa construção. A partir de uma leitura de um modelo novo de processo, constitucionalizado com um contraditório forte — substancial em sua essência — em um ambiente cooperativo onde o mérito tem preferência à forma, a decisão judicial passa a ter uma forma própria com a leitura do art. 489, § 1º e 2º, sem permitir, é claro, a abertura de manifestação a terceiros no processo, como nos casos de *amicus curiae*. As formas de efetivação das decisões estruturais expostas no art. 139, inciso IV do CPC (mandamento, sub-rogação, indução e coerção) apontam para um Poder Judiciário apto a expedir técnicas estruturantes, o que já ocorria de forma tímida no CPC de 1973 com a possibilidade de o juiz determinar as medidas necessárias ao resultado útil da demanda. *Ibid.*, p. 638.

¹⁹⁴ PINTO, op. cit., p. 85.

congruência balizado na tradicional doutrina seria insuficiente como técnica para a tutela de direitos tão complexos.

Sob um enfoque mais técnico, ainda se afirma que o caráter preclusivo e extremamente rígido do sistema processual atual não se adequaria aos litígios estruturais e sua tipologia, uma vez que não se está falando de uma lógica processual bipolar, mas sim multipolar¹⁹⁵.

Para os defensores da criação de um novo sistema, é mais do que necessária uma abordagem intervencionista do Poder Judiciário visando à consolidação de valores públicos, presentes nos processos estruturais.¹⁹⁶

Ainda que, de forma geral, não se busque uma flexibilização sem limites dessa garantia processual, a relativização seria adequada ao procedimento, ou seja, também seria customizada, pois só assim o processo mostrar-se-ia um instrumento apto à resolução de conflitos complexos, conforme defendem.

Dentro dos litígios ou processos estruturais, esses pedidos seriam incongruentes, visto que o instituto da congruência nada mais é do que a pertinência, compatibilidade e ligação com o conjunto dos fatos provados, devendo essas provas ser ausentes aos fatos alegados, sendo a correspondência entre a narrativa e os fatos judicialmente provada.

Entendem-se, portanto, como incongruentes, como afirma *Marinoni*, apoiando-se em *Taruffo*, as narrativas incompletas ou superabundantes, ou seja, aquelas narrativas que contêm fatos alegados, mas que não se encontram provados. Nesse caso, afirma o processualista que uma decisão incongruente estaria no mínimo ferindo a regra processual do ônus da prova.¹⁹⁷

Defende-se que nos processos ou litígios estruturais, o juiz possa, através de evidências no caso concreto, em se verificando que a tutela autoral descrita na inicial é inadequada ao caso concreto, extrapolar os limites do pedido inicial,¹⁹⁸

¹⁹⁵ “Observa-se, portanto, que o direito processual brasileiro optou por privilegiar a estabilidade da demanda, adotando no dispositivo citado um rigor preclusivo que não poderá ser levado às últimas consequências nos litígios estruturais”. COTA; NUNES, op. cit., p. 3-4.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao código de processo civil: artigos 1º ao 69. In: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Coleção comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. I. E-book.

¹⁹⁸ “Atualmente, costuma-se reconduzir ao chamado princípio da demanda o seguinte conteúdo: i) o processo civil começa por iniciativa da parte, sendo vedada a prestação de tutela jurisdicional de ofício (*nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*); ii) a determinação do mérito da causa compete às partes; iii) a tutela jurisdicional deve ser congruente com o pedido”. ARENHART, op. cit., p. 219.

reconhecendo-se que essa flexibilização poderá violar dimensões básicas do devido processo legal, tais como o contraditório¹⁹⁹ e a segurança jurídica.²⁰⁰

Teríamos aqui um juiz parcial, uma vez que ao modificar o pedido estaria agindo em detrimento de uma das partes, violando-se mais uma vez as garantias constitucionais do processo abrigadas na grande cláusula do devido processo legal constitucional²⁰¹.

Também se defende que o pedido deva ser flexível até o fim da instrução probatória, pois do contrário se estaria violando a efetividade processual, podendo o autor adequar e/ou modificar a sua pretensão, ou até mesmo acertos no pedido, e além disso incluir novos pedidos ou pretensões desde que de acordo com o objeto litigioso, ainda que surjam conforme a demanda.²⁰²

A adoção de tal raciocínio na prática tornaria o juiz parte, uma vez que ele teria que decidir qual seria o conteúdo do mérito da causa, quase como um futurólogo, em que pese o conteúdo litigioso envolver direitos fundamentais. Tais afirmações reforçam, mais uma vez, de modo equivocado, a jurisdição como fator primordial a se sobrepor às garantias constitucionais do processo, tal como já foi abordado anteriormente, quando analisamos o tópico relativo à instrumentalidade do processo.

Aplicar tais medidas é reforçar um conteúdo autoritário do processo, que nada mais é do que uma forma de aplicar a ideologia publicista/ativista do processo que tanto ronda o nosso sistema processual desde tempos imemoriais, como já foi anteriormente demonstrado neste estudo. Estamos diante de mais um dos casos de prática do ativismo, conforme destaca *Silva Ramos*²⁰³.

¹⁹⁹ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 69.

²⁰⁰ “A ideia central de segurança jurídica é uma das expressões máximas do Estado de Direito”. CANOTILHO, J. J. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 749.

²⁰¹ “A imparcialidade do Juiz, pode-se dizer, é uma garantia inerente ao devido processo legal. Portanto, uma garantia de ordem constitucional. Partindo dessas premissas, deve-se refletir: se os sistemas de impedimento dos Códigos têm por objetivo assegurar uma garantia que é comum tanto ao processo civil, como ao processo penal, porque de índole constitucional. [...] Não se concebe um processo, de qualquer espécie, que não venha a ser decidido por um juiz que não seja imparcial; imparcial no sentido de não estar comprometido com nenhum tipo de resultado pré-determinado, bem como de não possuir qualquer tipo de pré-juízo acerca dos fatos que irá decidir”. BASTOS, Marcelo Lessa; FILHO, Francisco P. P.; NETO, Antônio J. B. O Doido, o Burro e o Juiz Parcial. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 65, p. 123-145, 2017. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Marcelo_Lessa_Bastos_%26_Francisco_Pereira_Pinto_Filho_%26_Antonio_Jose_Barbosa_Neto.pdf. Acesso em: 16 maio 2021.

²⁰² COTA; NUNES, op. cit., p. 8.

²⁰³ Ao se fazer referência ao ativismo, entende-se que o magistrado deve ultrapassar as linhas demarcatórias da função jurisdicional, descaracterizando-se assim as funções principais do Poder Judiciário. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book* (249 p.).

Para piorar, os autores advogam tal posicionamento, mas não levam em conta as disposições do art. 145, inciso IV do Código de Processo Civil, que afirma que o juiz é considerado suspeito quando está interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

Marinoni afirma que a sentença deve ser congruente com o pedido, mas que isso não impede que uma tutela específica possa ser substituída de ofício, pelo magistrado, pelo resultado prático equivalente²⁰⁴, com base na literal disposição do art. 497 do CPC²⁰⁵.

Reforça-se aqui, mais uma vez, que o juiz consegue atingir os mesmos objetivos propostos através da variação das técnicas de execução, a qual já mencionamos anteriormente neste trabalho, quando apontamos o próprio código capaz de lidar com as demandas estruturais através do art. 139, inciso IV, e artigos 536 e 538.

Desta forma, não há qualquer ofensa ao princípio da demanda e a outras garantias processuais que decorrem do devido processo legal, pois a técnica executiva encontra-se no plano processual. Já o princípio da demanda ou congruência diz respeito ao plano material, o que não seria atribuição do magistrado, como dito por *Marinoni*, que deve estar apenas focado em dar andamento à marcha processual.²⁰⁶

Conclui-se que o atual sistema processual, inaugurado pelo Código de 2015, está apto a tutelar as complexas decisões advindas dos processos estruturais. Ainda que haja críticas de várias fontes e vozes que afirmam que esses processos merecem uma tutela própria em um outro sistema processual, vimos que isso não tem muito fundamento prático.

Dispõe-se de uma série de medidas executivas atípicas, além da disposição do art. 497, para implementar as decisões estruturais de forma que possam ser efetivas e prestar a correta tutela jurisdicional dos direitos fundamentais ou dos processos de interesse público, ou litígios estruturais. Nesse sentido, o Código de 2015 presta um bom serviço às partes.

²⁰⁴ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 70.

²⁰⁵ “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

²⁰⁶ *Ibid.*

3.4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PL Nº 8.058 DE 2014 E DAS RAÍZES DE UM SISTEMA PROCESSUAL VOLTADO PARA OS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Como já demonstrado ao longo deste trabalho, nas premissas fundamentais dos litígios estruturais se evidencia o alinhamento com a ideologia publicista do processo, ideologia a qual está presente em boa e na maior parte de nossa história processual, conforme abordado nas seções anteriores deste trabalho.

A importância da prevalência do interesse e caráter público contida dentro dos litígios ou processos estruturais legitima a prevalência e importância da jurisdição sobre as garantias constitucionais do processo. Assim, o importante é atingir o resultado socialmente esperado, ainda que não se saiba qual é exatamente esse resultado, considerando que se trata de casos complexos.

O magistrado deve, portanto, atuar como uma espécie de “futurologista” para garantir a efetividade de suas decisões, e, acima de tudo, essas decisões devem ser flexíveis a ponto de poderem ser revistas ou corrigidas caso a sua aplicação ocorra em desacordo com o inicialmente planejado.²⁰⁷

Por essa ótica, o interesse público contido dentro dos litígios ou processos estruturais demanda uma já conhecida combinação de nossa doutrina processual, ou seja, a supremacia e prevalência da jurisdição sobre as garantias constitucionais do processo.

O magistrado, nessa sistemática, ganha “superpoderes”, tais como ser portador de uma visão teleológica que legitimaria a quebra da sua imparcialidade e “imparcialidade”, como já visto neste estudo, o que é herança da ideologia publicista do processo, assim como o próprio ativismo judicial/processual.

Ainda que tenha sido demonstrado por grande parte dos processualistas dedicados à matéria dos litígios estruturais que o Código de Processo Civil é capaz de tutelar as demandas advindas desses litígios, há um entendimento de que a urgência dessas questões requer medidas estruturantes dentro do cenário brasileiro, e que essas questões seriam melhor tuteladas através de um sistema processual

²⁰⁷ “Os problemas resolvidos pelos juízes são em boa parte por eles construídos. [...] Em outras palavras, a atividade do juiz torna-se mais parecida com a do legislador que analisa o passado para moldar o futuro. [...] Noções estáticas como a dos elementos da ação, a da estabilização da demanda e da coisa julgada precisam ser relativizadas”. JOBIM; ARENHART, op. cit., p. 17-18.

próprio. Nesse sentido surge o PL nº 8.058 de 2014, que institui um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário.²⁰⁸

Esse projeto de lei é fruto dos estudos coordenados pela Professora *Ada Pellegrini Grinover* ao tempo em que presidia o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), que analisaram a problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, dando origem à primeira versão do projeto pelos alunos e pesquisadores do CEBEPEJ e Faculdade de Direito de Vitória (FDV), após um seminário público realizado pelo CEBEPEJ e pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2010.

Até a versão final as discussões sobre o tema avançaram bastante, tendo ele sido apresentado inicialmente no 2º Seminário sobre Controle Jurisdicional de Políticas Públicas realizado pelo CEBEPEJ-IBEA/RJ e Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo já em 2011.

Posteriormente, as sugestões de modificação desse segundo seminário foram incorporadas a uma segunda versão que foi revisada pelos alunos do mestrado e doutorado das disciplinas de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo, com o apoio do Professor *Paulo Henrique Lucon*, do Departamento de Direito Processual da mesma universidade.

Há ainda contribuições de debates públicos realizados pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), e também, segundo consta no PL, de magistrados, membros do MP (Ministério Público), defensores e advogados públicos e privados.

Encerrando-se com o debate para os alunos do mestrado da Universidade de Itaúna, na disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”, em seminário conjunto CEBEPEJ e do IASP, além de especialistas argentinos e do deputado Paulo Teixeira, que é o seu proponente.

Ao fim do segundo relato do PL (Projeto de Lei), foram incorporadas as últimas experiências de tribunais argentinos, colombianos e americanos, que apontariam um caminho a ser seguido pelo Judiciário, articulando-se com o Poder Público para a construção de uma decisão consensual que contivesse comandos e/ou provimentos

²⁰⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.058, de 2014**. Institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Câmara dos Deputados: Brasília, 4 nov. 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1284947. Acesso em: 18 maio 2021.

flexíveis e exequíveis que permitissem um controle de constitucionalidade, procurando-se impedir que o juiz substitua o administrador público.

O Projeto de Lei, portanto, após esse grande *tour de force*, foi apresentado à Câmara dos Deputados em 2014, e atualmente (fim de maio e início de junho de 2021), aproximando-se a data do término deste trabalho, se encontra aguardando o parecer do relator na Comissão de Finanças e Tributação (CFT) da Câmara.²⁰⁹

O projeto deixa bem claro que a função do magistrado não é substituir o administrador público, mas nos perguntamos aqui se o projeto também está preocupado em não permitir que os magistrados ultrapassem os limites da função jurisdicional, para que não incidam no ativismo judicial/processual, conforme a definição de *Silva Ramos*²¹⁰ sobre o tema já utilizada neste estudo.

Após análise do PL nº 8.058, verifica-se que em seu art. 2º são elencados como alguns de seus princípios a justiça social, atendimento ao bem comum e garantia do mínimo existencial, princípios que regem todo o PL.

Trazemos aqui destacados os exemplos de ativismo processual que se encontram no art. 18, em que claramente se verifica que o magistrado está autorizado a agir além dos limites da função jurisdicional:

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

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

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

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

²⁰⁹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.058, de 2014**. Institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Câmara dos Deputados: Brasília, 4 nov. 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1284947. Acesso em: 18 maio 2021.

²¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book* (249 p.).

Aqui temos evidência de que o magistrado, de forma *ex-officio*, pode determinar o cumprimento de obrigações das quais nem tenha conhecimento, por serem flexíveis e abertas, praticamente atuando como parte ou até mesmo interessado processual.

No inciso II há a disposição expressa de que o juiz poderá determinar que o Poder Público inclua créditos especiais no orçamento em curso, nos termos da Lei nº 4.320/64²¹¹. Os créditos especiais são aqueles para os quais não haja dotação orçamentária específica.

O magistrado ainda teria a faculdade de poder incluir esses créditos adicionais no exercício financeiro em curso, violando-se assim o princípio da legalidade orçamentária constante no art. 167, inciso I²¹² do nosso texto constitucional atual.²¹³

Considerando-se que a matéria deve ser precedida de prévia autorização legislativa, o juiz portanto vai além das suas funções jurisdicionais, e substitui o legislador positivo com essa atribuição de incluir créditos em um mesmo exercício, evidenciando-se mais uma vez o ativismo processual.

Já o art. 20 do PL nº 8.058 traz o seguinte enunciado normativo:

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

²¹¹ “Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em: II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica”. BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

²¹² “Nesse sentido, o inciso I do art. 167 da Constituição Federal de 1988 proíbe o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”. ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book* (536 p.).

²¹³ O art. 167 consagra o princípio da segurança jurídica em matéria orçamentária. Esse princípio concretiza a ideia de previsibilidade, clareza e estabilidade normativa. O princípio da legalidade consagra-se no art. 167, em seus incisos I, III, V, VI e IX, que exigem a submissão das matérias orçamentárias à prévia autorização legislativa. A exigência de lei formal é requisito constitucional para a aprovação de regras orçamentárias. O texto constitucional veda expressamente o uso de Medidas Provisórias para tratar de planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares. CANOTILHO, J. J. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 3313. *E-book*.

Sabemos que atualmente há a possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas no CPC, o que, como já explicamos, é um dos fatores que justificam a não criação de um sistema processual próprio para os litígios ou processos estruturais.

A utilização do art. 139, inciso IV do CPC deve ser pautada pelo respeito ao contraditório e pela fundamentação das decisões, conforme entendimento do Egrégio STJ sobre o tema no *AgInt no REsp nº 1785.726 DF*.²¹⁴

O magistrado, agindo de ofício, viola o contraditório necessário para aplicar os meios executivos atípicos, que seriam eventualmente necessários ao julgamento da causa. Alterar as decisões na fase de execução de ofício também não se mostra uma medida razoável, o que evidencia o caráter autoritário do processo e a extrapolação dos limites da função jurisdicional, constituindo mais uma evidência do ativismo processual em curso.

O juiz, mais uma vez, extrapola os limites da função jurisdicional, como já dissemos, passando novamente a ser parcial na decisão da causa.

Destacamos também o art. 21, que traz sanções para o descumprimento, sob qualquer forma ou pretexto, de uma possível prolação de sentença ou decisão, aplicando-se também nos casos em que não haja créditos orçamentários.

Art. 21. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Não concordamos com as disposições de aplicação de improbidade administrativa, uma vez que somente as condutas tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11

²¹⁴ “1. Nos termos do art. 139, IV, do CPC/2015, incumbe ao juiz ‘determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária’. 2. Para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia das que foram deferidas anteriormente”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Aggravado Interno no REsp nº 1785.726 DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 19 ago. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=99910722®istro_numero=201801276127&peticao_numero=201900239823&publicacao_data=20190822&formato=PDF. Acesso em: 19 maio 2021.

podem ser consideradas atos de improbidade administrativa.²¹⁵ Esse é um exemplo de excesso da proposição legislativa, visto que, mesmo em condições de falta de verbas orçamentárias, faz-se um exercício acrobático terrível para o enquadramento de qualquer forma em improbidade administrativa.

Neste ponto do trabalho, procuramos mencionar as mais destacadas medidas publicistas do PL nº 8.058, que apenas reforçam o que já vem sendo construído ao longo deste trabalho, sobre a opção publicista do processo dentro do sistema processual brasileiro, a qual ainda ganha mais força com a vigência da Constituição de 1988.

Não estamos, neste ponto, normalizando o ativismo em suas duas dimensões ou classificações, seja judicial ou processual, mas, como ficou claro no texto do PL, estamos também “normalizando”, uma vez que legislações como o PL nº 8.058, ainda que tenham um nobre objetivo, devem alcançá-lo de modo mais acertado.

Com relação às proposições do PL nº 8.058, vale consultar as lições de *Amanda Lobão Torres*²¹⁶ sobre o tema, que considera que não podemos ser a favor de atividades judiciais oficiosas como forma de resguardar ou assegurar a efetividade constitucional a qualquer custo.

E acrescentamos também a efetividade processual, pois neste trabalho consideramos o direito processual como direito constitucional aplicado, com base na cláusula do devido processo legal e nos apontamentos de Marinoni constantes na primeira seção deste trabalho.

²¹⁵ “Improbidade é conceito jurídico indeterminado vazado em cláusulas gerais, que exige, portanto, esforço de sistematização e concreção por parte do intérprete. Reveste-se de ilicitude acentuadamente grave e exige — o ato ímprobo — requisitos de tipicidade objetiva e subjetiva, acentuadamente o dolo (nos casos de enriquecimento ilícito e prática atentatória aos princípios) e a culpa grave (nos casos de lesão ao erário) na medida em que somente as condutas tipificadas nos arts. 9.º, 10 e 11 da LIA podem ser consideradas atos de improbidade administrativa. Estes atos podem ser classificados em três espécies, sendo que no art. 9.º estão descritas as condutas que implicam em enriquecimento ilícito, no art. 10 as que causam prejuízos ao Erário e no art. 11 as que atentam contra os princípios da Administração Pública”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*.

²¹⁶ É que a conduta judicial de ofício pode esconder que o juiz esteja buscando hipóteses por ele já formuladas, tendo em vista os abusos gerados pelos juízes. TORRES, Amanda Lobão. **Garantismo, Ativismo e Cooperação e(m) Crise**. Orientador: William Santos Ferreira. 2016. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, PUC/SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19413/2/Amanda%20Lob%C3%A3o%20Torres.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

3.5 O CASO DA REPRESA LARANJA DOCE: PREMISSAS INICIAIS E JUSTIFICAÇÃO DA ANÁLISE

Estamos nos encaminhando para o último ponto deste estudo, o qual procura demonstrar, através da análise de um estudo de caso, a proposta inicial deste trabalho, evidenciando a relação entre a ideologia publicista do processo e os litígios estruturais, como presente em boa parte do modelo processual brasileiro, que se utiliza do ativismo como grande categoria de forma geral, seja ele judicial ou processual, como meio para garantir a efetividade demandada pelo texto constitucional, ou até mesmo pelo Estado Democrático de Direito e pela força normativa da Constituição.

Considerando-se que este é um trabalho de mestrado profissional, o estudo de caso é uma das modalidades que atendem as determinações de um trabalho deste nível, uma vez que propicia uma abordagem integrada envolvendo e conjugando tanto aspectos estratégicos quanto jurídicos, tornando clara a relevância do problema jurídico apontado no contexto do caso analisado.

No âmbito do mestrado profissional, também se deve possibilitar a discussão de questões dogmáticas devidamente contextualizadas, e não apenas no plano teórico e abstrato, porque se efetiva uma abordagem integrada, facilitando assim a compreensão da relevância do tema do problema jurídico apontado na pesquisa, segundo *Marina Feferbaum*.²¹⁷

O estudo de caso do mestrado profissional se alinha melhor com a abordagem da pesquisa qualitativa, ao invés da pesquisa quantitativa.

A vertente qualitativa se revela mais apropriada quando se consideram as ciências jurídicas, uma vez que as decisões judiciais têm contornos voláteis que podem não ser corretamente mensurados se avaliados de forma quantitativa.²¹⁸

Em outra perspectiva, consideramos que a metodologia qualitativa é mais apropriada para o estudo das teorias da decisão, visto que o estudo de como as decisões são construídas é algo relativamente novo no país, e que também fica mais

²¹⁷ FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa em direito - técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book* (552 p.).

²¹⁸ LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. *E-book* (222 p.).

fácil dessa forma realizar ao fim do trabalho uma constatação ou recomendação de ordem prática, o que também é um dos objetivos de um mestrado profissional.

Quando pensamos em uma análise de uma decisão judicial, devemos lembrar que cada decisão, ainda que verse sobre o mesmo tema e questão, pode ter fundamentos decisórios bastante distintos, mesmo em casos aparentemente iguais, razão pela qual a análise qualitativa do objeto de pesquisa ou do estudo do caso é mais apropriada do que a abordagem quantitativa.

Uwe Flick afirma que a abordagem qualitativa é importante, porque a ciência não mais produz verdades absolutas capazes de serem adotadas sem nenhuma possibilidade de crítica. Logo, para entender modelos complexos como os dos processos/litígios estruturais, a abordagem quantitativa não faria muito sentido.²¹⁹

Não há, portanto, outra abordagem metodológica que seja capaz de corresponder aos resultados pretendidos neste trabalho que não seja a abordagem através da pesquisa qualitativa, correlacionando um caso concreto com todos os pressupostos teóricos que foram aqui abordados.

O estudo de caso desenvolvido neste trabalho se originou da publicação, pelo Supremo Tribunal Federal, da Suspensão de Liminar nº 1.329/SP publicada em 11 de maio de 2020²²⁰, que por sua vez se originou do Processo nº 1002181-25.2019.8.26.0346, iniciado em 22 de novembro de 2019.

Trata-se de um processo estrutural ajuizado como Ação Civil Pública pelo Ministério Público de São Paulo contra o município de Martinópolis, no interior do estado, que segundo dados do IBGE possuía em 2020 uma população estimada de 26.628 pessoas.²²¹

Por esses dados, trata-se de um município de pequeno, sem dúvidas, figurando entre os 70% (setenta por cento) dos municípios que recebem mais de 80% (oitenta por cento) de suas verbas de repasses ou transferências externas do Estado ou da União.²²²

²¹⁹ FLICK, Uwe. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009. *E-book* (405 p.).

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1.329/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SL1329.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

²²¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). Martinópolis. *In*: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). **Cidades e Estados**. [Brasília, DF]: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sp/martinopolis.html>. Acesso em: 22 maio 2021.

²²² CANZIAN, Fernando. 70% dos municípios dependem em mais de 80% de verbas externas. **Folha de São Paulo**, [s. l.], 7 fev. 2019. Disponível em: <http://temas.folha.uol.com.br/remf/ranking-de->

Nesse processo estrutural, o Ministério Público de São Paulo pediu ao município que implantasse uma rede de esgoto no distrito da Represa Laranja Doce, alegando que a área é ocupada há mais de 30 anos e que o tema se trata de direito fundamental, com fundamento no art. 225 da Constituição Federal.

A tratativa do tema já tinha se iniciado anteriormente através de convênio, no ano de 2005, denominado “Projeto Água Limpa”, um convênio entre o Governo do Estado de São Paulo e o Sistema Único de Saúde — SUS —, tendo sido realizado o devido processo licitatório. Houve uma primeira entrega de obras em 14 de novembro de 2017, mas verificou-se que ainda faltavam quase 3 km de redes de esgoto, entre uma série de outras irregularidades, fazendo com que a obra ficasse inoperante, pois não havia estrutura básica.

Sabe-se da importância do saneamento básico, uma vez que ele também reflete em questões de saúde pública, e por conseguinte ambientais. Nossa Constituição possui um regime jurídico diferenciado, em que há um dever fundamental de efetivação desses direitos em nossa sociedade. No âmbito do direito ambiental, trata-se do conceito de *Shared Responsibility* tão difundido por Canotilho.²²³

Além do direito ao meio ambiente, também se incluem questões de saneamento básico, outro direito constitucionalmente garantido no art. 23 da Constituição Federal, o qual está simbioticamente ligado aos indicadores de qualidade da saúde pública do país.²²⁴

Afirma o *parquet* que 773 residências não contam com tratamento e/ou coleta de esgoto doméstico, e qualquer controle sobre os dados exatos de existência de fossas sépticas nas residências aponta a complexidade do problema, o que o caracteriza como estrutural, como já informamos anteriormente.²²⁵

eficiencia-dos-municipios-folha/70-dos-municipios-dependem-em-mais-de-80-de-verbas-externas.shtml. Acesso em: 22 maio 2021.

²²³ O *Shared Responsibility* nada mais é do que o impacto de certas consequências que tem seus efeitos projetados nas gerações futuras. CANOTILHO, J. J. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 2013.

²²⁴ TEIXEIRA, Júlio César *et al.* Estudo do impacto das deficiências de saneamento básico sobre a saúde pública no Brasil no período de 2001 a 2009. **Eng. Sanitária e Ambiental**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 87-96, mar. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-41522014000100010>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522014000100087&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 maio 2021.

²²⁵ Repetimos aqui a nota de rodapé nº 188: O objetivo dos processos estruturais é a concretização de direitos fundamentais, realização de políticas públicas ou a resolução de litígios complexos, entendidos como complexos aqueles que entram em rota de colisão com vários outros múltiplos interesses sociais. JOBIM; ARENHART, op. cit., p. 7.

Em razão de todos esses fatos e direitos envolvidos, o *parquet* pede a condenação do ente municipal pela não realização da totalidade das obras, juntamente com o pedido de liminar com concessão *inaudita altera pars*, fundamentando as suas pretensões em uma variedade de disposições legislativas de âmbito federal, municipal e até mesmo estadual sobre o tema. Embora não restem dúvidas sobre a fundamentação efetuada pelo *parquet*, ainda assim o processo se tornou um grande exemplo de ocorrência do ativismo processual, como veremos a seguir.

3.6 O DEFERIMENTO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS E O JULGAMENTO DE DISPOSIÇÕES CONTRA LEGEM COMO EVIDÊNCIA DO ATIVISMO PROCESSUAL NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU

Retomando o raciocínio, a Procuradoria Municipal de Martinópolis foi ao STF pedir a suspensão dos efeitos da liminar que foi concedida inicialmente nos autos da ACP nº 1002181-25.2019.8.26.0346, a qual foi negada, conforme decisão prolatada pelo Ministro Dias Toffoli. A decisão da SL nº 1.329/SP teve como fundamentos a jurisprudência da corte já consolidada sobre políticas públicas, conforme extração do *decisum*:

Assevere-se, desde logo, que a jurisprudência desta Suprema Corte está sedimentada no sentido de que o Poder Judiciário, em casos excepcionais e configurada a inércia ou morosidade da Administração, pode determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas para assegurar o exercício de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal ²²⁶).

A procuradoria nos autos da ação já mencionada não conseguiu lograr êxito em qualquer das instâncias anteriores na suspensão de liminar, razão pela qual recorreu à última instância, a Suprema Corte, na qual teve também o seu pleito indeferido.

Na folha nº 1 da SL nº 1.329/SP, o Ministro Dias Toffoli faz menção ao fato de que a suspensão de liminar foi feita sem a prévia oitiva da Procuradoria do Município

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1.329/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SL1329.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

de Martinópolis, ou seja, o juízo de primeiro grau concedeu a liminar pretendida *inaudita altera pars* ao Ministério Público de São Paulo.

A procuradoria do município invocou, em diversas oportunidades, a vedação à liminar: na contestação à Fls. 551 e nas razões de apelação à Fls. 908, além também de reiterar por uma terceira vez o pedido no Agravo de Instrumento nº 2284692-50.2019.8.26.0000 à Fls. 5.

Tal vedação de possibilidade de concessão de liminar tem fundamento legal, conforme os enunciados dos artigos 1º, § 3º e 2º da Lei nº 8.437/90²²⁷, os quais vedam de forma correta a antecipação da tutela que esgote o objeto do processo, além da não manifestação da fazenda pública ou da procuradoria do município, uma clara violação ao contraditório²²⁸ do réu.

Vale ressaltar que também nesse caso incidiu-se no julgamento contra disposição literal de lei nos termos dos artigos já mencionados no parágrafo anterior, ou seja, o magistrado de primeiro grau efetuou o já famoso julgamento *contra legem*.

Tal disposição legislativa não foi observada nem pelo Egrégio STF, uma vez que não estamos a falar de matéria probatória ou fática, mas neste caso apenas de matéria de direito, e enquanto guardião da Constituição, com a devida e respeitosa vênua, o STF deveria ter se manifestado favoravelmente ao pleito da procuradoria.

Há também a vedação a esse tipo de decisão, conforme o art. 300, § 3º do CPC²²⁹, muito embora saibamos que, muitas vezes, esse tipo de decisão é concedido e a regra processual é quebrada. O município também questionou a decisão em todos os momentos possíveis, alinhando as faculdades processuais ao teor do art. 300, § 3º do CPC.

²²⁷ “§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação. [...] Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

²²⁸ Neste sentido, Marco Félix Jobim, ao analisar o art. 5, inciso LV da Constituição, nos diz: “A clássica definição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, 1937, para quem o contraditório é ‘a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los’. Note-se que o binômio informação/reação seria o manto sagrado que alicerçaria sua aplicação no processo, ou seja, cumprindo a forma, estariam as partes satisfeitas naquilo que definia o contraditório [...] Analisado sob uma ótica de um direito positivado entre aqueles denominados pelo legislador constituinte como fundamentais, o contraditório ganha novas feições, novos contornos, situando-se para além da simples informação/reação, mas sim numa técnica que garante a participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo, influenciando (ou pelo menos tendo a capacidade de influenciar) em todas as discussões, quer fáticas ou jurídicas, a solução decisória final, sendo o contraditório um dos compromissos fundamentais a ser observado pelo juiz e partes do processo”. CANOTILHO, J. J. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 876. *E-book*.

²²⁹ “§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Ainda na liminar, que também foi confirmada na sentença de 1º grau à fls. 864, o magistrado ainda validou o pedido do Ministério Público para incluir o valor do investimento da implantação de toda a rede de esgoto na lei das diretrizes orçamentárias, logo após a comprovação dos orçamentos pedidos, e nas posteriores leis até a conclusão das obras.

Já analisamos tal ponto anteriormente²³⁰ neste trabalho, e há disposição literal de lei que contraria tal possibilidade, mas tal vedação legal também não foi observada pelo juízo que deferiu o pedido do *parquet*, incorrendo-se novamente em julgamento *contra legem*.

Ressalta-se também que o município de Martinópolis, em sua contestação, informou a incapacidade orçamentária para a realização das obras pretendidas constantes no pedido do *parquet*, mas ainda assim o juízo não mencionou nada em todas as manifestações.

O município apresentou a sua lei orçamentária de 2020 à fls. 561 da contestação, demonstrando que o orçamento para o ano posterior era de R\$ 84.892.500,00 (oitenta e quatro milhões e oitocentos e noventa e dois mil e quinhentos reais) e que despesas fixas, conforme fls. 562, totalizavam R\$ 82.864.861,00 (oitenta e dois milhões, oitocentos e sessenta e quatro mil e oitocentos e sessenta e um reais). O restante de R\$ 2.027,639.00 (dois milhões, vinte e sete mil e seiscentos e trinta e nove reais) seriam aplicáveis às despesas variáveis ou extraordinárias, tais como conservação de vias públicas, reposições de peças de veículos, e outras despesas orçamentárias de origem extraordinária.

Já à fls. 563, o município afirma que não possui capacidade financeira para a execução da obra, e que atualizando valores pautados do convênio firmado em 2005 estes valores seriam de aproximadamente R\$ 10.480.523,40 (dez milhões, quatrocentos e oitenta mil e quinhentos e vinte e três reais e quarenta centavos) descontando-se o total de R\$ 316.098,68 (trezentos e dezesseis mil e noventa e oito reais e sessenta e oito centavos) relativo ao projeto pedido pelo *parquet* no item “b” à fls. 864.

Neste sentido, já decidiu o Egrégio STJ no REsp nº 1366331/RS em matéria idêntica, firmando entendimento de que nos casos de alegação de ausência de previsão orçamentária, deve-se provar a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil

²³⁰ A análise foi feita na seção 3.2, que envolve a análise do PL nº 8.058, o qual tem previsão expressa sobre o tema, conforme as notas de rodapé nº 213 e 214.

pública. Não sendo provada pelo ente público a absoluta inexecutabilidade dos pedidos, prevalecerá a ponderação hermenêutica da reserva do possível.²³¹

O município demonstrou todos os recursos conforme às fls. 561-563 de sua contestação, reforçando o argumento à fls. 926 em suas razões de recurso, e afirmando ainda à fls. 929 que não possui capacidade financeira de arcar com os custos sozinho sem arruinar o tesouro e conseqüentemente afetar de forma negativa outros serviços prestados à população.

Ainda assim, o douto juízo reforça sentença à fls. nº 876, argumentando que os direitos fundamentais não estão sujeitos ao princípio da reserva do possível, e cita a mesma decisão do STJ anteriormente firmada para denegar o direito, mas sem fundamentar adequadamente.

O *Decisium* do magistrado também não está alinhado com as inovações trazidas pelas reformas da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a popular LINDB, que sofreu modificações pela Lei nº 13.665 de 2018, as quais são importantes na hora de se elaborar uma decisão judicial, procurando assim atenuar a incidência do ativismo e o consequencialismo, tão comuns aos litígios estruturais²³² de uma forma geral.

Neste sentido, nos termos do art. 20 da LINDB, o magistrado não observou as conseqüências práticas da decisão, que foram expostas nas contrarrazões de apelação pelo município de Martinópolis à fls. 931.

²³¹ “ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. [...] 6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública. 7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa — o que não se verifica nos autos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 1366331. Relator: Min. Humberto Martins, 16 dez. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**: Brasília, 19 dez. 2014.

²³² Nos dizeres de Medeiros Júnior: “O artigo 20 da LINDB positivou no ordenamento jurídico brasileiro o consequencialismo jurídico na teoria da decisão judicial [...], ou seja, a concretização de direitos fundamentais ou sociais pelo Poder Judiciário, abalizada pelos princípios constitucionais, exige do julgador uma prognose das conseqüências de sua decisão que pode resultar em efeitos sociais, políticos econômicos, ou mesmo sistêmicos. [...] Daí a importância de a decisão judicial no processo estrutural sopesar na fundamentação a prospecção de suas conseqüências [...] no caso da decisão estrutural, diante da sua complexidade, multipolaridade, com impactos prospectivos na organização do ente, o magistrado deve buscar o útil, possível e desejável. De que adianta um magistrado de uma pequena cidade do interior, desconhecedor da situação orçamentário-financeira, condenar um determinado ente a concretizar determinada política pública superior a todo o valor do orçamento anual?”. JÚNIOR, op. cit., p. 130-132.

Há vedações legais que demandam do ente público o não acúmulo de recursos orçamentários de um exercício para o outro, conforme já mencionamos na seção 3.2, com fundamento legal no art. 165, § 5º, art. 167, incisos I, II e V e § 2º, da CF (Constituição Federal), que contemplam o princípio da anualidade ou periodicidade orçamentária, conforme o art. 45 e art. 59, § 2º, da Lei nº 4.320/64.

Conforme dito pelo procurador, as obras neste ponto só podem ser realizadas de forma integral, sendo necessário, portanto, também orçamento integral para cobrir os custos, mas a situação do ente público não é essa, como já foi evidenciado anteriormente.

O *decisum* também não mencionou em nenhum ponto do julgado que a obrigação se faz juridicamente impossível por vedação de possibilidade legal, pois não é possível licitar a obra por partes anualmente com distintas empresas nos termos do art. 23, § 5º da Lei nº 8.666/93, ao tempo da prolação da sentença.

Outros argumentos práticos expostos tanto na inicial quanto na contestação foram além da impossibilidade técnica de implantar obras e paralisar sob pena de deterioração dos materiais envolvidos na construção, conforme afirma o município à fls. 565 de sua contestação e à fls. 930 de suas razões recursais.

O projeto das obras consumiria isoladamente 12,34% do orçamento de 2020, aditando-se que houver a sobra de 2 milhões, mencionada anteriormente como reservada para despesas extraordinárias. À fls. 928 das razões de apelação, o município afirma que levaria 5 anos se fosse possível, sem as vedações legais para realizar as obras, mas há de se considerar as vedações legais, além do perecimento do material.

Todavia, analisando ainda mais pragmaticamente, sob o prisma do art. 20 da LINDB, ainda que fosse possível esse pedido de parcelamento que foi sugerido pelo *parquet* na sua petição em lauda nº 10, item “d” dos autos, tal possibilidade deve ser rechaçada, pois, além da vedação legal, na prática os materiais de construção, incluindo-se os tão necessários tubos, vêm sofrendo nos últimos tempos com a inflação, com um aumento percentual de até 38% em seus valores, sendo a atual inflação da construção civil a maior nos últimos 28 anos, conforme recente notícia sobre o tema.²³³

²³³ SARAIVA, Alessandra; CARNEIRO, Lucianne. “Inflação” da construção civil é a maior em 28 anos. **Valor Econômico**, [s. l.], 21 maio 2021. Disponível em:

Cabe mencionar também que não se atentou, em qualquer uma das decisões prolatadas, seja em primeiro ou em segundo grau, ou até mesmo na Suspensão de Liminar nº 1.329, às determinações do art. 22²³⁴, também da LINDB, incluído pela Lei nº 13.655 de 2018, evidenciando-se vários itens concedidos em liminar e confirmados tanto em primeiro quanto em segundo grau em que, repetidas vezes, julgou-se *contra legem* e sem a menor fundamentação hábil para tal.

O magistrado também optou por julgar a lide de forma antecipada. O julgamento, nesse caso, se deu nos termos do art. 355, inciso I do CPC, citado conforme disposição à fls. nº 867 dos autos.

Questionamos neste ponto a qualidade da sentença, considerando se tratar de um processo complexo, uma vez que esse julgamento antecipado versou sobre alegações fáticas controversas²³⁵, que são apenas as provas documentais aditadas pelo Ministério Público. Sem dúvidas, isso prejudicou as questões de direito do réu, *in casu* o município de Martinópolis.²³⁶

Está, portanto, mais uma vez, evidenciado um caso de ativismo processual, considerando-se também que o Egrégio STJ já se manifestou sobre o tema recentemente.²³⁷ A decisão, conforme disposto à fls. 867, julgou antecipadamente por

<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/05/21/inflacao-da-construcao-civil-e-a-maior-em-28-anos.ghtml>. Acesso em: 23 maio 2021.

²³⁴ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 23 maio 2021.

²³⁵ “As alegações fáticas, para serem objeto de prova, têm de ser controversas, pertinentes e relevantes. Alegação controversa é aquela sobre a qual as partes não se encontram em acordo. Alegação pertinente é aquela que tem relação com o mérito da causa. Alegação relevante é aquela que pode influir sobre a resolução do mérito da causa. Se a alegação de fato não reveste alguma dessas características, a produção probatória é inadmissível e tem o juiz o dever de indeferir eventual requerimento de prova nesse sentido. Do contrário, sendo a alegação controversa, pertinente e relevante, a parte tem direito fundamental à produção da prova dessa alegação (art. 5.º, LVI, a contrario sensu, CF, e 369, CPC)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*.

²³⁶ Nesse sentido, já se decidiu que o juiz, ao dirigir o processo, tem de analisar o contexto probatório, só podendo “antecipar o julgamento da lide quando substancial e suficiente para a compreensão das questões de direito, sem aprisionar-se a quem competiria o ônus da prova”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial 9.088/SP. Relator: Min. Milton Pereira, 30 ago. 1993. **Diário da Justiça**: Brasília, 4 out. 1993.

²³⁷ “Por unanimidade, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que, na hipótese de ação civil pública que versa sobre questão de grande complexidade jurídica e social, não são admissíveis a decisão de improcedência liminar ou o julgamento antecipado do pedido, especialmente quando, a despeito da repetitividade da matéria, não há tese pacificada pelos tribunais”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma rejeita julgamento antecipado de ação civil pública em temas de grande complexidade. **STJ**, [s. l.], 14 ago. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14082020-Terceira-Turma-rejeita->

uma “parcela fática” demonstrada em documentos juntados aos autos, afirmando o magistrado ainda, à fls. 867, que é desnecessária a dilação probatória, pois apenas os documentos são provas suficientes do que é alegado na inicial do Ministério Público em um caso complexo.

A sentença se mostra contraditória no quinto parágrafo à fls. 867, em que o juízo admite que mesmo que não haja dano imediato ao meio ambiente, provocado pela ausência de saneamento básico, deve ser avaliado se há risco ou não de dano.

Assim, seguindo a linha de raciocínio, não conseguimos compreender e questionamos a possibilidade dessa avaliação de dano. Se o douto juízo julgou antecipadamente o mérito e indeferiu a produção de provas, como será possível avaliar o risco de dano ou não? Haverá outros meios de comprovar esse dano através de prova não pericial, em casos complexos?

O douto juízo fundamenta essa pretensão no princípio da precaução do direito ambiental, que é adotado quando há ameaça de danos irreversíveis ou graves ao meio ambiente conforme disposição à fls.868, justificando-se que apenas os documentos são suficientes para provar o dano sério e irreversível, razão pela qual se rejeita a prova pericial.

Isso também já foi refutado em jurisprudência do Egrégio STJ, como nota *Paulo de Bessa Antunes* em sua obra ao citar o REsp nº 1060753/SP.²³⁸

À fls. 872, no segundo parágrafo, o douto juízo afirma que os fatos vieram incontroversos, uma vez que não foram impugnados pelo município réu, e que este apenas se limitou a justificar-se alegando a impossibilidade financeira de cumprir as determinações do juízo. Perguntamos como isso é possível, visto que o único meio de refutar as alegações é através de produção de prova pericial, conforme já foi dito, e que foi negada pelo juízo várias vezes nos autos.

judgamento-antecipado-de-acao-civil-publica-sobre-tema-de-grande-complexidade.aspx. Acesso em: 24 maio 2021. O número do processo não foi informado, pois, segundo o STJ, o processo corre em segredo de justiça.

²³⁸ “3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva. 4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da Internet. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano” (REsp 1060753/SP. Relatora: Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. DJe 14/12/2009). ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 479. *E-book*.

A sentença de primeiro grau, conforme até aqui exposto, é bastante controversa em seus fundamentos, denegando uma série de direitos e violando até mesmo disposições literais de lei, ou seja, sendo julgada majoritariamente *contra legem*, o que é um dos problemas mais controversos das ciências jurídicas, uma vez que até mesmo a teoria do direito encontra dificuldades para conseguir explicar ou justificar tais sentenças do ponto de vista jurídico, nos dizeres de *Bustamante*.²³⁹

A decisão finaliza a sua fundamentação à fls. 879, mencionando-se que as matérias ambientais devem privilegiar os princípios da precaução e da prevenção, com o objetivo de evitar danos, e afirmando-se que em direito ambiental a indenização *a posteriori* é quase impraticável.

É inegável a importância do meio ambiente e do saneamento para a vida de todos e para a saúde pública, mas ainda assim a decisão se constrói sobre esses princípios, no caso em análise, pelo desrespeito a outras regras processuais e constitucionais que nada mais são do que a otimização de outros princípios, como contraditório, ampla defesa e devido processo legal²⁴⁰, que foram claramente violados nessa sentença de primeiro grau.

Trata-se de uma decisão que é capaz de mostrar todo o impacto do ativismo, seja ele classificado como judicial ou processual, o que deixa clara a urgência para rever essas práticas.

²³⁹ “Os casos de superabilidade de uma regra jurídica são sempre casos de decisões *contra legem*. São casos trágicos no sentido de *Manuel Atienza*, pois só podem ser resolvidos corretamente se excepcionarem o ordenamento jurídico. Nesses casos, escreve *Atienza*, “não existe nenhuma resposta correta”, e eles “não podem ser decididos senão ferindo o ordenamento jurídico”. Não é exagero, por conseguinte, dizer que estes estão entre os casos mais difíceis que se pode encontrar [...]”. BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. **Revista Direito, Estado e Sociedade da PUC-RJ**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 152-180, 2010. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/202>. Acesso em: 26 maio 2021.

²⁴⁰ “Nessa hipótese, as regras, embora balizadas ou mesmo construídas a partir de princípios, servem à domesticação destes, viabilizando, em caráter definitivo, o fechamento da cadeia argumentativa que contorna a interpretação e aplicação concreta do direito. [...] as regras tendem a fechar os princípios, absorvendo a incerteza que caracteriza o início da aplicação normativa [...] só as regras viabilizam a transformação da incerteza do ponto de partida à certeza obtida com a decisão. Superestimar os princípios em detrimento das regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontrolável, relacionada à própria quebra do sistema jurídico, destruindo-se as suas fronteiras operativas”. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 17-20.

4 CONCLUSÕES

Esta dissertação de mestrado analisou apenas a sentença de primeiro grau dos autos da ação nº 1002181-25.2019.8.26.0346, considerando-se que, até o fechamento deste trabalho para a defesa final em 31 de maio de 2021, a apelação interposta pelo município de Martinópolis não foi julgada, razão pela qual este trabalho se limitou apenas à análise do caso em primeiro grau.

O trabalho teve origem nas reflexões propostas nas disciplinas do Mestrado em Direito e Justiça e Desenvolvimento do IDP/SP (Instituto de Direito Público de São Paulo) quando, em uma das aulas na pandemia em 2020, o Professor *Fredie Didier Jr.* tratou do tema dos processos estruturais. Pode-se dizer que daquele dia em diante, este trabalho começou a ser idealizado.

Sabemos que a Constituição de 1988 reservou um novo papel ao judiciário esse papel como é defendido por muitos é um papel de protagonismo vez que essa é uma das atribuições do poder judiciário no Estado Democrático de Direito, ou seja, a Constituição muitas vezes pode indicar um certo ativismo judicial ao próprio poder judiciário, como por exemplo nos casos de inconstitucionalidade por omissão na tratativa de direitos fundamentais.

Essa postura mais ativa e protagonista nos casos de inconstitucionalidade por omissão deverá ser tratada de forma cautelosa para que não se violem as cláusulas do devido processo legal, conforme no caso concreto apresentado para realização deste trabalho.

O debate sobre as ideologias do processo é algo pouco difundido no Brasil, como ficou evidenciado ao longo deste trabalho, mas ainda assim era preciso dar um caráter prático a este, em conformidade com os padrões de um mestrado profissional, não bastando apenas proposições ou discussões teóricas.

Dizer que a ideologia X é melhor que a Y ou a Z é uma prática ultrapassada que confere apenas um caráter teórico ao trabalho. Contudo, organizar todas as informações pesquisadas para que se obtenha um resultado de caráter prático não é um trabalho fácil.

Em *Habermas* encontramos o *leitmotiv* que faltava para este trabalho. O grande professor dizia, como já mencionamos ao longo deste texto, que a observação do sistema processual é um ponto de fuga para se iniciar uma observação crítica de

todo o sistema jurídico, que não se limita ou se encerra apenas na aplicação da lei e na administração da justiça.

Há fatores muito mais amplos que não são levados em consideração e que influenciam na qualidade desse sistema jurídico, e por conseguinte na qualidade das decisões que são proferidas pelos juízes dentro desse sistema.

Quando pensamos em processos estruturais, a matéria por ser extremamente mais complexa deveria ser tratada de forma mais transparente, ou seja, o litisconsórcio com os outros entes federados deveria ter sido deferido pelo magistrado, as partes ajudariam na construção de uma decisão mais justa e equalizada, ou seja, menos ativista e mais de acordo com a complexa realidade que se apresenta.

Temas complexos de políticas públicas, incluindo-se, de saneamento básico são temas que impactam nas gerações futuras e devem sempre que em juízo serem tratados de forma sempre mais ampla cooperativa entre os diversos entes, pois causam impactos em várias áreas, tais como orçamento público.

Uma decisão mal formulada, como no caso analisado, pode causar consequências nefastas para o futuro, razão pela qual se faz mais uma vez necessária a construção de uma decisão com um litisconsórcio passivo onde todas as esferas sejam envolvidas, a não observância do magistrado aos ditames do artigo 20 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) também foi um erro grave na condução do caso apresentado.

Soluções como o Case Management do Direito Inglês, onde o juiz se aproxima das partes e do processo visando eliminar seu indevido prolongamento e a economia de custos, em questões de políticas públicas, poderiam ser utilizadas baseado no princípio da cooperação do Código de Processo Civil. O juiz continuaria em sua função jurisdicional mais direcionado ao resultado útil e à duração razoável do processo. O juiz, portanto, não teria uma postura ativista, mas sim de condução visando o resultado útil do processo, respeitando as garantias constitucionais e o devido processo legal, os processos estruturais devem portanto perseguir esse norte, ao invés de um postura ativista como é feito atualmente, a construção da decisão efetivando-se um contraditório cooperativo, ao invés de um sistema puramente adversarial, o magistrado guiaria o processo a esse norte, sem “imparcialidade”, ou seja, sem se tornar parte do processo, conforme proposto no atual modelo.

De início, a pesquisa buscava apenas entender se havia alguma semelhança entre o que é proposto atualmente no estudo dos processos estruturais e a opção

publicista do processo e descrever isso em detalhes. Uma vez observados alguns conteúdos de sentenças estruturais, pôde-se notar que estas continham muitos elementos da ideologia publicista do processo.

E a resposta inicial deste trabalho a tal situação seria: a dogmática defendida pelos estudiosos do processo estrutural não é compatível com o processo do Estado Constitucional, uma vez que está mais ligada à ideologia publicista do processo do que a um devido processo legal constitucional.

A pesquisa das ideologias do processo foi necessária para se chegar a esse resultado, e pudemos observar que a ideologia publicista do processo está presente desde sempre no direito brasileiro, e o ativismo, por conseguinte, também. Tal como a gravidade, ele sempre esteve presente, mas só há pouco tempo ganhou um nome, conceituações e estudos entre nós.

Muito se fala sobre o ativismo judicial, que tem uma ligação simbiótica com a ideologia publicista do processo. A expansão dos poderes jurisdicionais, ou melhor, o fortalecimento da jurisdição em detrimento das garantias processuais deu à luz um sem-número de trabalhos.

Aqui também fica a crítica ao sistema processual ao modo italiano o qual foi amplamente adotado no Brasil, pela Escola Paulista de Direito o sistema processual italiano conforme estudos disponíveis, muitas vezes não consegue responder de forma eficiente as demandas judiciais, por privilegiar medidas e comportamentos ativistas, conforme foi disposto ao longo de trabalho, a influência deste sistema e mais notadamente na formação dos juízes do Tribunal de Justiça de São Paulo é enorme, até hoje e faz com que tenhamos decisões como a analisada no caso concreto.

O modelo processual italiano, faz com que o devido processo legal seja violado indiretamente devido as violações da *Lege Pinto* que nada mais é do que a sanção dada pelo legislador a não duração razoável do processo, como no caso em concreto estudado a Justiça Italiana, é acionada com bastante frequência pela Corte Europeia por essas violações a adequada duração do processo.

A sentença ocorreu de forma bastante prematura, o processo não teve uma duração razoável, o que condena o modelo que influencia o modo de julgar de grande parte dos juízes do TJSP, que como já dissemos é fortemente ainda marcado pelas influências italianas do século XIX e XX.

O estudo de caso prático presente neste trabalho também mostrou que o ativismo processual é uma realidade na prática jurídica, enquanto o ativismo judicial está terminologicamente restrito aos grandes casos de nossa Corte Constitucional.

A nossa herança processual é autoritária por excelência, como já dizia nos anos 60 o Professor Moacyr Amaral, enquanto voz isolada na USP dominada pelos publicistas discípulos de *Liebman*. Para eles, quem não é publicista é privatista, e se contenta de o processo ser apenas das partes, o que autoriza o “decido conforme minha consciência”, como o Professor *Lenio Streck* sempre grita toda semana em sua coluna da *Revista Consultor Jurídico*.

O estudo de caso prático presente neste trabalho também mostrou que o ativismo processual é uma realidade na prática jurídica, enquanto o ativismo judicial está terminologicamente restrito aos grandes casos de nossa Corte Constitucional.

Foi necessário também demonstrar que o garantismo não tem relação com o privatismo, pois está ainda é uma concepção muito comum dentro do estudo do direito processual. Para chegar às conclusões práticas deste trabalho, foi necessário pavimentar uma enorme estrada dogmática.

O ativismo, majoritariamente em sua vertente processual, é um fato consolidado dentro da realidade jurídica brasileira, uma vez que os nossos juízes em sua maioria ultrapassam nos processos do cotidiano os limites constitucionalmente impostos pela função jurisdicional de várias formas, seja usurpando a função legislativa, através do conteúdo de suas decisões mais afeito ao modelo americano, seja conduzindo o processo além dos limites constitucionalmente impostos pela sua função jurisdicional, de forma mais afeita ao modelo de análise europeu, suprimindo fases processuais e, assim, violando direitos constitucionais e processuais das partes nos processos.

A análise da sentença de primeiro grau da ACP da Represa Laranja Doce concretiza as proposições inicialmente apresentadas teoricamente dentro deste trabalho. Logo, não há sentido em formular uma nova teoria para os processos ou litígios estruturais, uma vez que o atual sistema processual consegue tutelar essas demandas.

Além disso, a teoria publicista tem muita força, principalmente no âmbito da jurisdição do Tribunal de Justiça de São Paulo, e por conseguinte o ativismo como fenômeno tem ocorrido reiteradamente, em especial em forma processual e até

mesmo em forma legislativa, nas “resoluções” processuais em que o tribunal edita normas de processo que são de competência da União.

E, por último, não há ativismo bom. Todo ativismo é ruim, porque, conforme comprovado através do estudo de caso, o ativismo processual pode fulminar o devido processo legal e garantias consagradas na Constituição. Sejam os garantistas para a defesa da Constituição.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 21-47, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/20021863/Ativismo_Judicial_e_Instrumentalidade_do_Processo. Acesso em: 15 abr. 2021.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book* (1502 p.).

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book* (536 p.).

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A Jurisdição na perspectiva publicista e privatista em países que adotam o modelo civil law no contexto da solução de demandas individuais de massa (Notas sobre o incidente de resolução de ações repetitivas previsto no PLS nº 166/10). **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, p. 265-290, 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_265.pdf. Acesso em: 6 set. 2020.

ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo Judicial no Ritualismo Processual. **Revista de Direito Público do IDP**, Brasília, v. 11, n. 57, p. 10-26, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2147>. Acesso em: 20 abr. 2021.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 479. *E-book*.

ARENHART, Sergio Cruz. PROCESSOS ESTRUTURAIIS NO DIREITO BRASILEIRO: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO DA ACP DO CARVÃO. **Revista de Processo Comparado**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 211-232, 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf. Acesso em: 11 maio 2021.

AROCA, Juan Montero (coord.). **Processo Civil e Ideología**: un prefacio, una sentencia dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. 433 p.

ASSIS, Araken de. **Manual de Recursos**. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book* (1166 p.).

BASTOS, Marcelo Lessa; FILHO, Francisco P. P.; NETO, Antônio J. B. O Doido, o Burro e o Juiz Parcial. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 65, p. 123-145, 2017. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Marcelo_Lessa_Bastos_%26_Francisco_Pereira_Pinto_Filho_%26_Antonio_Jose_Barbosa_Neto.pdf. Acesso em: 16 maio 2021.

BERIZONCE, Roberto Omar. IDEOLOGÍAS Y PROCESO. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 470-515, 2017.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30029/21011>.

Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2021]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021

BRASIL. **Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875**. Dá força de lei no Império a assentos da Casa da Suplicação de Lisboa e competência ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Rio de Janeiro: Chancelaria-mor do Império, 1875.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2021].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876**. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, [2021]. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997**. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.058, de 2014**. Institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Câmara dos Deputados: Brasília, 4 nov. 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1284947. Acesso em: 18 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no REsp nº 1785.726 DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 19 ago. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=99910722®istro_numero=201801276127&peticao_numero=201900239823&publicacao_data=20190822&formato=PDF. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 376. Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial. **Diário da Justiça Eletrônico**: 30 mar. 2009, ed. 334. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula376.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 1366331. Relator: Min. Humberto Martins, 16 dez. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**: Brasília, 19 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 2.990**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC2990.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 576847**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, II, XXXVI e LIV; 21, XI; 22, IV; 37, XXI; 87, parágrafo único, II; 109, I; e 170, da Constituição Federal, o cabimento, ou não, de mandado de segurança impetrado contra decisão liminar concedida em primeiro grau, no âmbito dos Juizados Especiais. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2591874&numeroProcesso=576847&classeProcesso=RE&numeroTema=77>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1.329/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SL1329.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo de Instrumento 210068 AgR/SC. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 ago. 1998. **Diário da Justiça**: Brasília, p. 781-785, 30 out. 1998. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur22829/false>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. **Revista Direito, Estado e Sociedade da PUC-RJ**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 152-180, 2010. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/202>. Acesso em: 26 maio 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. ISBN 9788578279172.

CALDEIRA, Adriano Cesar Braz (coord.). **Processo e Ideologia**. São Paulo: LTr, 2015. *E-book* (156 p.).

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara cria comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/710651-camara-cria-comissao-de-juristas-para-avaliar-legislacao-sobre-processo-constitucional/>. Acesso em: 1 mar. 2021.

CANOTILHO, J. J. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARRESE, Paul O. **The Cloaking of Power**: Montesquieu, Blackstone and the rise of Judicial Activism. Estados Unidos da América: The University of Chicago Press, 2003. *E-book*.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados**: O Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. *E-book*.

CONHEÇA os 27 enunciados aprovados pelos juizados paulistas. **Conjur.com.br**, [s. l.], 26 nov. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-nov-26/conheca_enunciados_aprovados_juizados_paulistas. Acesso em: 18 abr. 2021.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. COVID/19, Processo Estrutural e Ativismo Judicial. **Portal do Conhecimento**, [s. l.], 22 mar. 2021. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/COVID-19PROCESSO+ESTRUTURALEATIVISMOJUDICIAL.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2012;1000945950>. Acesso em: 14 mar. 2021

DAMAŠKA. Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven & London: Yale University Press. *E-book* (264 p.).

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, 2020. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 21 mar. 2021.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016. *E-book*.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESPAÑA. Lei 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. **Boletín Oficial del Estado**: Madri, n. 7, 8 jan. 2000. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 14 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Brown v. Board of Education of Topeka. Washington: **United States Reports**, v. 347, p. 483-496, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

FACHIN, Tiago. **Ativismo judicial processual: iniciativa do juiz na formulação dos argumentos e na produção da prova em cotejo com o princípio do contraditório**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa em direito** - técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book* (552 p.).

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLICK, Uwe. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009. *E-book* (405 p.).

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O novo Código de Processo Civil à Luz das Lições de José Carlos Barbosa Moreira: um gênio para todos os tempos. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 22-38, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1.html. Acesso em: 14 abr. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*.

GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**, [s. l.], v. 89, ed. 1669, 2011, p. 1669-1698. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de processo/Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**, São Paulo, v. 33, ed. 164, p. 29-56, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/33058133/Publicismo_e_privatismo_no_processo_civil_pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

GUEDES, Jefferson Carús. O atual direito processual de grupos sociais: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 115-139, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3135>. Acesso em: 13 abr. 2021.

GUMERATO RAMOS, Glauco. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: Apresentação do Debate. **Revista de Direito Processual Civil Fadipa/Unianchieta**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 22-37, 2019. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireiroProcivil/article/view/873>. Acesso em: 14 mar. 2021

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELLER, Hermann. A Constituição do Estado. *In*: HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IANNACCI, Nicandro. Marbury v. Madison: The Supreme Court claims its power. **Constitution Daily**, [s. l.], 24 fev. 2019. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/blog/marbury-v-madison-the-supreme-court-claims-its-power>. Acesso em: 28 mar. 2021.

JOBIM, Marco Félix (org.); ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm, 2019.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. *E-book*.

JÚNIOR, Leonardo Medeiros. **Processo Estrutural Consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, University of California, v. 92, ed. 5, p. 1441-1478, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>. Acesso em: 10 mar. 2021

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. *E-book* (222 p.).

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. *E-book*.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 46-67, jul. 1982. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>. Acesso em: 11 abr. 2021.

LEITE, Gisele. Garantismo versus Ativismo: ou o velho embate do cidadão contra o Estado. **Jornal Jurid**, [s. l.], 8 mar. 2017. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/garantismo-versus-ativismo-ou-o-velho-embate-do-cidadao-contra-o-estado>. Acesso em: 5 set. 2020.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LOPES, Mônica Sette. O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [s. l.], n. 45, 2004, p. 297-340. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1298/1230>. Acesso em: 14 mar. 2020.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica** - (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: Notas Preliminares. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, ano 37, n. 145, p. 41-46, 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/553/r145-05.pdf?sequence=4>. Acesso em: 7 set. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao código de processo civil: artigos 1º ao 69. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Coleção comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. I. *E-book*.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Levando as cortes a sério: condições e estratégias para o compliance judicial**. Orientador: Carlos Alberto Bolonha, José Ribas Vieira. 2020. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/42008665/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Tese_de_Doutorado_UFRJ_2020. Acesso em: 20 mar. 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book* (1744 p.).

MÉSZÁROS, István. **O Poder da Ideologia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. **Revista de processo/Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**, [s. l.], ano 35, n. 183, p. 165-194, 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/3223794/O_processualismo_e_a_forma%C3%A7%C3%A3o_do_C%C3%B3digo_Buzaid_Revista_de_Processo_183. Acesso em: 14 abr. 2021.

MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha; FILHO, Sidney Soares. O marco inicial do garantismo penal integral no Tribunal de Justiça do Ceará: estudo de caso (HC N° 0032195-45.2013.8.06.0000). *In*: Encontro de Iniciação Científica da Uni7, 14., Fortaleza, 2019. **Anais [...]**, v. 8, n. 1. Fortaleza: Uni7, 2019. [10] p. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/iniciacao-cientifica/article/view/762>. Acesso em: 12 fev. 2021.

NAGAO, Paulo Issamu. **O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo**. Orientador: Roque Komatsu e Marcelo José Magalhães Bonício.

2012. 427 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082013-114702/publico/tese_integral_Paulo_Issamu_Nagao.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e Regras Constitucionais. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NUNES, Camila. Do Código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações. **Revista de Processo**, v. 246, p. 485-514, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.246.21.PDF. Acesso em: 4 set. 2020.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: pressupostos e fundamentos. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 5, p. 1051-1076, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf. Acesso em: 21 jul. 2020.

PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovitch. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017. *E-book*.

PEYRANO, Jorge W. El cambio de paradigmas en materia procesal civil. **Pensamiento Civil**, [s. l.], [20--?]. Disponível em: https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_cambio_de_paradigmas_en_materia_procesal_civil.pdf. Acesso em: 7 set. 2020.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, v. 48, n. 190, t. 2, p. 93-120, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>. Acesso em: 12 abr. 2021.

PICCARD, Ann M.; PICCARD, Paul. Judicial Activism or Judicial Independence? From Marbury v. Madison to Bush v. Gore, A Cautionary Tale for Democracy. **Journal of the International Bar Association**, [s. l.], 2006. Disponível em: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=359FD32B-8425-4DFE-992D-BEBAD64B10FE>. Acesso em: 28 mar. 2021.

PINTO, Henrique Alves. **O Enquadramento das Decisões Estruturais no Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 44.

POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais**: Legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RAATZ, Igor; ACHIETA, Natascha; DIETRICH, William G. Processualismo científico e “fases metodológicas do processo”: a tática erística do adjetivo científico e das “novas fases metodológicas”. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, p. 296-327, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/54206/34885>. Acesso em: 4 mar. 2021.

RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973. **Revista Justiça & História**, v. 9, n. 17-18, 2012. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf. Acesso em: 3 set. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book* (249 p.).

RAMOS, Glauco Gumerato. Carta de Jundiá: pela compreensão e concretização do garantismo processual. **R. bras. Dir. Proc. – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 309-314, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201712139442.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SANTOS, M. A. (1959). Contra o processo autoritário. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade de São Paulo, v. 54, n. 2, p. 212-229. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314>. Acesso em: 7 mar. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Conselho Supervisor do Sistema de Juizados Especiais. Comunicado nº 116, de 3 de dezembro de 2010. Publica os Enunciados Uniformes, para conhecimento de todos os interessados e orientação dos ilustres Juízes integrantes do Sistema. **Diário da Justiça Eletrônico**: São Paulo, p. 1, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=92557&fIBtVoltar=N>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SARAIVA, Alessandra; CARNEIRO, Lucianne. “Inflação” da construção civil é a maior em 28 anos. **Valor Econômico**, [s. l.], 21 maio 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/05/21/inflacao-da-construcao-civil-e-a-maior-em-28-anos.ghtml>. Acesso em: 23 maio 2021.

SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. **Suffolk University Law Review**, [s. l.], v. 17 n. 881, p. 881-899, 1983. Disponível em:

e1.wpmucdn.com/sites.suffolk.edu/dist/3/1172/files/2015/11/Scalia_17SuffolkULRev881.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, v. 50, n. 199, p. 163-178, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502923>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma rejeita julgamento antecipado de ação civil pública em temas de grande complexidade. **STJ**, [s. l.], 14 ago. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14082020-Terceira-Turma-rejeita-julgamento-antecipado-de-acao-civil-publica-sobre-tema-de-grande-complexidade.aspx>. Acesso em: 24 maio 2021.

TASSINARI, CLARISSA. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book* (152 p.).

TEIXEIRA, Júlio César *et al.* Estudo do impacto das deficiências de saneamento básico sobre a saúde pública no Brasil no período de 2001 a 2009. **Eng. Sanitária e Ambiental**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 87-96, mar. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522014000100087&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 maio 2021. <https://doi.org/10.1590/S1413-41522014000100010>.

TELLES, José Homem Corrêa. **Commentario crítico a Lei da Boa Razão**. Lisboa: Tipografia de Maria da Madre de Deus, 1865. 121 p. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SÃO PAULO (estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1002181-25.2019.8.26.0346. **Sentença de Primeiro Grau**. Diário de Justiça: Relação 0342/2020 Data da Disponibilização: 29/05/2020 Data da Publicação: 01/06/2020 Número do Diário: 3051 Página: 1875/1877

TORRES, Amanda Lobão. **Garantismo, Ativismo e Cooperação e(m) Crise**. Orientador: William Santos Ferreira. 2016. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, PUC/SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19413>. Acesso em: 18 mar. 2021.

VAN RHEE, C. H. CIVIL LITIGATION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE. **Harvard Law School**, [s. l.], 2007. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/ames_foundation/BLHC07/Van%20Rhee%20case%20management.pdf. Acesso em: 6 set. 2020.

VELLOSO, Adolfo Alvarado (org.). “**El garantismo procesal**”, na coletânea **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. Disponível em: <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/14056/AAVV.%20Activismo%20y%20garantismo%20procesal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mar 2021.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras**. São Paulo: LeYa, 2011. *E-book*.

ZETTEL, Bernardo; ALMEIDA, Maíra. O debate sobre legitimidade constitucional na teoria do direito alemão à luz da teoria institucional. **Publica Direito**, [s. l.], [20--?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=17326d10d511828f>. Acesso em: 2 ago. 2020.

ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court: (and Why it Matters). **Ohio State Journal**, [s. l.], v. 69, n. 2, p. 256-265, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=960144#:~:text=Understanding%20the%20Warren%20Court's%20restraint,regard%20to%20rights%20of%20belonging.&text=Yet%20the%20Framers%20of%20the,primary%20protectors%20of%20those%20rights. Acesso em: 28 mar. 2021.

ŽIŽEK, Slavoj *et al.* **Um mapa da Ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.