

Ativismo judicial e a desistência de recurso



Nelson Nery Junior

Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Doutorado em Direito Processual Civil pela Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Advogado.



Georges Abboud

Mestre e Doutor em direitos e difusos coletivos pela PUC-SP. Professor da graduação da PUC-SP. Professor do programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP. Advogado.

RESUMO: O artigo tem por escopo examinar as recentes decisões do STJ que impediram a parte de desistir do seu próprio recurso, não obstante previsão legal expressa permitindo a desistência (CPC 501).

PALAVRAS-CHAVES: recurso especial – desistência de recurso – ativismo – interesse público – jurisdição constitucional

ABSTRACT: This clause aims to appraise recent decisions of the Superior Court of Law which prevented the party to surrender his own appeal, notwithstanding the explicit legal provision to the case (Article 501 of the Brazilian Procedural Civil Code).

KEYWORDS: special appeal; appeal withdrawal; public interest; constitutional jurisdiction

1. Introdução.

Recentemente, o STJ ao julgar questão de ordem do REsp 1.308.830, tal como já havia feito em outra oportunidade, impediu a parte de desistir do recurso que havia interposto, sob o argumento de que, como o recurso havia sido escolhido como representativo de controvérsia para efeitos de conferir-lhe o procedimento previsto no CPC 543-C, haveria interesse pú-

blico a superar o interesse privado de a parte desistir de recurso que interpusera.¹ A decisão

¹ O sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça noticiou o julgamento nos seguintes termos:

“Em decisão unânime e inédita em questão de ordem, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) rejeitou pedido de desistência de um recurso especial que já estava pautado para ser julgado. Na véspera do julgamento, as partes fizeram acordo e protocolaram a desistência. A relatora, ministra Nancy Andrighi, ressaltou que o recurso especial de autoria da Google Brasil Internet Ltda. trata de questão de interesse coletivo em razão do número

anterior consiste na resolução da questão de ordem no Recurso Especial nº 1.063.343, na qual o STJ,² em tese, ao interpretar conceito

de usuários que utilizam os serviços da empresa, da difusão das redes sociais virtuais no Brasil e no mundo e de sua crescente utilização em atividades ilegais. Por isso, a ministra sugeriu à Turma que o julgamento fosse realizado.

A ministra manifestou profundo aborrecimento com a desistência de processos depois que eles já foram analisados e estão prontos para ir a julgamento, tendo em vista a sobrecarga de trabalho dos magistrados. 'Isso tem sido constante aqui. A gente estuda o processo de alta complexidade, termina de fazer o voto e aí vem o pedido de desistência', lamentou.

A ministra reconhece que o pedido tem amparo no artigo 501 do Código de Processo Civil (CPC): 'O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.' Ela entende que o direito de desistência deve prevalecer como regra. Mas, verificada a existência de relevante interesse público, o relator pode, mediante decisão fundamentada, promover o julgamento.

Nova realidade

A ministra considerou que o referido dispositivo deve ser interpretado à luz da realidade surgida após da criação do STJ, 15 anos após a edição do CPC. 'Infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos', afirmou Nancy Andrighi. Além disso, o ministro Sidnei Beneti afirmou que o artigo 501 do CPC foi concebido em um período em que não havia número tão elevado de processos, sendo necessário atualizar sua interpretação. O Ministro Massami Uyeda lembrou que, nos casos dos recursos repetitivos, a Corte Especial do STJ já decidiu que, uma vez pautados, não poderá haver desistência em razão do interesse público envolvido. Para ele, essa interpretação privilegia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois a sociedade aguarda posicionamento da mais alta corte infraconstitucional. O ministro Beneti ressaltou que, mesmo com o julgamento de mérito, nada impede que haja a homologação do acordo entre as partes. 'A tese aproveita a toda sociedade e o acordo fica válido individualmente entre os contendores da demanda judicial', explicou.

A ministra Nancy Andrighi espera mais um efeito: que as partes e advogados pensem melhor antes de recorrer. Apesar de rejeitar a desistência, a Turma transferiu o julgamento para a sessão seguinte porque o advogado de apenas uma das partes estava presente. O outro precisava ser intimado". Notícia acessada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105881>, acesso realizado 2.6.2012.

2 "Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da contro-

legal indeterminado acabou por desaplicar a lei ao caso concreto (CPC 501).³

O CPC-2015 repete em seu artigo 998 a regra geral, "o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso". Contudo, estabelece em seu parágrafo único que "a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos".⁴

Vale dizer, o STJ decidiu a impossibilidade de desistência sem previsão legal para tanto em afronta ao que estabelece o CPC-1973 em seu art. 501.

Desse modo, o presente artigo examina a fundamentação subjacente a essas duas decisões com o objetivo de demonstrar o risco que trazem para o cenário jurídico, caso seja prestigiada a tese nelas formulada, perante cenário que não contempla a possibilidade de se aceitar a desistência e julgar a tese. Possibilidade prevista tão somente no CPC-2015.

Desse modo, este estudo subdivide-se em três itens. O primeiro tópico tem por tarefa delinear os conceitos elementares sobre o fenômeno do ativismo judicial, a fim de desentenebrecer as confusões sobre referido conceito, diferenciando, assim, uma decisão ativista daquela que concretiza efetivamente o texto constitucional.

O segundo item destina-se a evidenciar a impossibilidade de o Judiciário afastar a aplicação da lei ao caso em razão de inte-

vérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução nº 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução nº 08/08 do STJ" (STJ, Corte Especial QOREsp 1.063.343-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2008, m.v., DJUe 4.6.2009).

3 *CPC 501*: "O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso".

4 Ver. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.020 *et seq.*

resse público. Isso porque a desaplicação da legislação a um caso concreto somente seria possível mediante o controle difuso de constitucionalidade da lei.

O terceiro ponto, por sua vez, tem a finalidade de expor o equívoco em se conferir caráter puramente objetivo à atividade jurisdicional desenvolvida pelo STF e STJ, uma vez que, esses tribunais por determinação constitucional devem resolver lide e tutelar direitos subjetivos do cidadão.

2. A poluição semântica sobre o termo ativismo judicial. Risco desse fenômeno para o Estado Democrático de Direito. As razões pelas quais não se deve perscrutar pelo ativismo bom ou ruim. O porquê de que somente Zeus poderia ser ativista.

O termo ativismo tem sido empregado com verdadeira poluição semântica,⁵ ora descrevendo fenômenos distintos, ora sendo utilizado para legitimar decisões judiciais apenas em função do seu resultado.⁶

O enfrentamento da questão do ativismo exige análise longa e aprofundada acerca da evolução desse fenômeno, mediante amplo exame do tema no *common law*, investigando a relação do ativismo com a *judicial review*⁷ e

institutos afins, tais como o *legislative override/ Notwithstanding clause* do Canadá.⁸

O escopo do presente artigo, e mais especificamente deste item, não é examinar de maneira aprofundada o fenômeno do ativismo. O que efetivamente pretendemos é apresentar contribuição para não mais obnubilarmos o referido conceito a fim de, em seguida, examinar algumas decisões de nossas Cortes Superiores (STF/STJ) à luz das premissas que

da perspectiva adotada – se *weak/strong judicial review* –, modificam-se os principais agentes responsáveis pelas mudanças sociais em uma democracia, se o Legislativo ou o Judiciário. Sobre a questão, ver: Mark TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social Welfare Rights in comparative Constitutional Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008, cap. 1/3, em especial, pp. 16, 33/35, e p. 39.

⁸ *Legislative override*, ou *Notwithstanding clause*, constituem designações doutrinárias para descrever o dispositivo na Seção 33 da Canadian Charter of Rights and Freedoms, nos seguintes termos:

33. (1) *Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.*

Marginal note: Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Marginal note: Five year limitation

(3) *A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.*

Marginal note: Re-enactment

(4) *Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).*

Marginal note: Five year limitation

(5) *Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).*

Assim, por meio do *legislative override*, o Parlamento tem a possibilidade de imunizar a lei em relação a uma decisão de inconstitucionalidade pelo prazo renovável de cinco anos. Ou seja, não apenas o Parlamento tem a possibilidade de *ignorar* a decisão da Corte Constitucional, ele ainda pode imunizar a lei por um período de cinco anos. A *Notwithstanding clause* tem sido pouquíssimo utilizada em sua força plena pelo Parlamento Canadense. Contudo, sua presença criou um sistema diferenciado de *judicial review* (*weak judicial review*), em que o Parlamento dialoga com maior frequência com o Judiciário para se definir o alcance e a inconstitucionalidade de determinadas leis. Ademais, o *legislative override* impõe debate sobre coalisões parlamentares e definições de políticas majoritárias pelo Tribunal Constitucional. Para exame sobre o tema, ver: Mark TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., Cap. 3, pp. 51-66.

⁵ Cf. Wolfgang STEGMÜLLER. *A filosofia contemporânea*. São Paulo: EPU, 1977, vs. 1 e 2, *passim*.

⁶ Para um exame aprofundado do tema, ver: Lenio Luiz STRECK. *Verdade e Consenso*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 4.2, pp. 51/55. Do mesmo autor, *O que é isto? – decido conforme minha consciência*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, *passim*. Ver, ainda, a dissertação de Clarissa TASSINARI. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*, dissertação de mestrado em direito apresentada na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

⁷ Sobre o tema, merece destaque o trabalho de Mark TUSHNET, no qual esse autor desenvolve duas perspectivas para se examinar a *judicial review*: a *weak judicial review* e a *strong judicial review*. A partir desses dois conceitos evidencia as vantagens e as desvantagens de cada uma delas, demonstrando como o processo democrático reage a cada uma delas. Ademais, ressalta o autor que o que efetivamente é constitucional nem sempre responde a um código binário (constitucional/inconstitucional), daí a depender

enumeraremos nesta parte do estudo.

Alguns segmentos doutrinários preferem identificar o bom e o mau ativismo. Nesse sentido, Pablo L. Manili afirma que o bom ativismo proporciona dentre outros os seguintes benefícios para o jurisdicionado: 1) cria direitos, ou seja, assegura direitos não previstos expressamente em nenhum diploma normativo; 2) amplia as garantias processuais para proteção dos direitos; 3) assinala ao Congresso a necessidade de reforma legislativa em determinada matéria; 4) controla os excessos do poder em geral; 5) flexibiliza certas decisões legislativas restritivas de direitos; 6) implementa mecanismos para superar a inconstitucionalidade por omissão.⁹

Em contrapartida, o citado autor enumera diversas decisões casuísticas e ilegais da Suprema Corte de seu país para demonstrar o mau ativismo.¹⁰

De nossa parte, entendemos que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como *legitimidade do sistema jurídico* e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.

Nesse ponto, as situações aventadas por Pablo Manili como bom ativismo, em nossa concepção não se tratam de decisões ativistas. São, na realidade, decisões que concretizam e aplicam diretamente o texto constitucional e sua principiologia.

Exemplo paradigmático dessa atuação do Judiciário é o correto uso das decisões

aditivas/manipulativas, em sede de jurisdição constitucional, para correção de deficiência e omissão da função legislativa, a fim de preservarem-se direitos fundamentais, o que não quer dizer que o Judiciário está legitimado a substituir a função legiferante do Congresso Nacional.¹¹

Por óbvio que, ao caracterizarmos o ativismo como *afastamento da legalidade vigente*, não estamos afirmando que o jurista esteja vinculado à legalidade estrita. O que asseveramos é que, ao Judiciário não é lícito deixar de aplicar a lei, salvo se ela for inconstitucional. Por consequência, o *texto constitucional* configura limite intransponível para qualquer decisão judicial, mormente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, não se pode perder de vista que a decisão de um juiz que conceda tutela judicial atípica para fornecer remédio ou tratamento a segurado do INSS não deve necessariamente ser classificada como ativista. Pelo contrário, trata-se de decisão que concretiza direito fundamental do cidadão à saúde. Essa decisão, desde que devidamente motivada nos termos da CF 6º e CF 93 IX não deverá ser inquinada de ativista, porque está pautada na legalidade e na legitimidade constitucional.

Ao revés, decisão judicial a pretexto de assegurar o direito à filiação e ao conhecimento da paternidade biológica às custas de relativização [*rectius*: “desconsideração”] da coisa julgada, com fundamento em senso de justiça do magistrado, será ativista, vez que proferida em detrimento da legalidade vigente, com o subterfúgio assegurar, no caso concreto, o critério daquilo que pareceria mais justo ao magistrado.

No Brasil, o ativismo – entendido como o desapego à legalidade vigente a pretexto

9 Pablo L. MANILI. El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, in *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales*, t. I, LINARES QUINTANA e Carlos S. FAYT (orgs). Buenos Aires: La Ley, 2008, n. II, pp. 1147/1153.

10 Pablo L. MANILI. El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, in n. II, pp. 1153/1156.

11 Sobre decisões aditivas e manipulativas e sua relação com a concretização de direitos fundamentais, ver: Georges ABOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 3.5.1, pp. 215-236.

de fazer prevalecer a justiça da decisão – pode ser visualizado em diversas manifestações doutrinário-forenses, tais como: relativização [*rectius*: “desconsideração”] da coisa julgada; atribuição de efeito vinculante para decisões e súmulas inconstitucionais; *objetivação* do controle difuso de constitucionalidade que, ontologicamente, é subjetivo; a ideia de que o destinatário da prova é o juiz e não o processo; a possibilidade de realizar motivação concisa limitando-se o órgão julgador a enumerar uma série de ementas de supostos casos paradigmáticos ou simples referência a enunciado de súmula vinculante; a alegação de mutação constitucional contra texto expresso da Constituição; a substituição, pelo Judiciário, da função constitucional legislativa, dentre outros.

Ou seja, o ativismo não possui ideologia ou orientação política predefinida. Pode ser extremamente liberal (análise puramente econômica do direito) ou de extrema esquerda (viés marxista). O que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião.¹²

Assim, não se pode perder de vista que o Judiciário, ao decidir toda forma de lide a ele apresentada, já está previamente compromissado com a ordem constitucional vigente, o que lhe impõe ao efetuar sua motivação demonstrar os fundamentos jurídicos, sejam eles legais ou principiológicos, que o levaram a decidir daquela forma. Em suma,

¹² Nesse contexto é que nos afigura inconstitucional qualquer atividade jurisdicional baseada na equidade que possa opor-se ao próprio texto constitucional, ainda que profetizada em sede arbitral. Sobre a questão ver: Nelson NERY JUNIOR. Julgamento arbitral por equidade e prescrição, *in Revista de Direito Privado*, n. 45, 2011, p. 323; Georges ABOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 7.3.4, pp. 397-404.



o Judiciário deve demonstrar, através da fundamentação de sua decisão, porque aquela decisão tomada é a mais consentânea com nossa Constituição Federal.¹³

Em verdade, no Brasil, o termo ativismo tem sido utilizado para justificar inúmeras decisões que, perante uma análise um pouco mais aprofundada, facilmente seriam identificadas como inconstitucionais ou ilegais.

Ilustrativas nesse sentido são as decisões dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação 4335 que pretendem criar uma falsa *mutação constitucional à brasileira*.

¹³ Nesse ponto, necessária transcrição do posicionamento de Lenio STRECK. Verbis: “Fundamentalmente – e nesse sentido não importa qual o sistema jurídico em discussão –, trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da *obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplica-lo coerentemente*. Numa palavra: resposta correta (*adequada à Constituição e não à consciência do intérprete*) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição” (Lenio Luiz STRECK. O que é isto? – *decido conforme minha consciência*, cit., n. 7, p. 109).

Dizemos *falsa mutação constitucional à brasileira* para criticar essa tentativa de pequeno setor do STF de criação de inviável e inconstitucional modalidade de mutação constitucional, que ultrapassa o único limite que se impõe à toda e qualquer afirmação de mutação constitucional: o *texto constitucional*.¹⁴

O mais elaborado estudo já feito sobre mutação constitucional foi escrito pelo chinês Hsü Dau-Lin.¹⁵ Mutação constitucional, segundo Dau-Lin, é a contraposição produzida na Constituição escrita com a situação jurídica real.

Quando existe congruência entre o texto normativo constitucional e a realidade, duas hipóteses se apresentam. A primeira consiste na circunstância de a realidade seguir a norma, configurando a validade normal do direito constitucional. A segunda consiste no fato de a norma seguir a realidade, configurando reforma da Constituição.

A mutação constitucional caracteriza uma incongruência entre as normas constitucionais, por um lado, e a realidade constitucional de outro. Trata-se, pois, de situação entre a Constituição escrita e a realidade constitucional. Só pode haver mutação constitucional em países que possuem Constituição escrita.¹⁶

A autorização para que se faça mutação constitucional por meio de nova interpretação jurisdicional do texto constitucional somente pode ocorrer se “no alcance da norma constitucional aparecerem fatos novos que não foram previstos anteriormente, ou se os antigos fatos já conhecidos se apresentarem no desenvolvimento de sua organização, em uma nova

relação ou em um novo significado”,¹⁷ mas, repita-se ainda uma vez, essa autorização provém de processo natural, não intencional e imperceptível, pois é inadmissível mutação constitucional anunciada previamente!

Os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau “anunciam” a mutação constitucional. A *intencionalidade* é a diferença que existe entre mutação constitucional e alteração constitucional.¹⁸

Quando se anuncia ou prenuncia que determinada circunstância está sendo modificada pelo tribunal constitucional porque se trataria de mutação constitucional, na verdade está ocorrendo ruptura do sistema, com ofensa flagrante ao texto e ao espírito da Constituição, porque o anunciador ou prenunciador está demonstrando à evidência sua *intenção* de modificar a Constituição sem o *due process* legislativo.¹⁹

Vale salientar que os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4335 ferem frontalmente texto constitucional expresso, *in casu*, a CF 52 X, porquanto neles restou decidido que a Resolução do Senado da República não mais teria o condão de suspender a execução da lei de-

14 José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 1229; Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal Comentada*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, coment. 15 CF 52, p. 503.

15 Hsü DAU-LIN. *Die Verfassungswandlung*, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1932, *passim*.

16 Prefácio de Pablo Lucas VERDÚ in Hsü DAU-LIN. *Mutación de la constitución*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e Christian FÖRSTER, 1998, p. 9.

17 *BVerfGE* 2, 380 [401]. No mesmo sentido, em estudo sobre os limites da mutação constitucional: Konrad HESSE. *Grenzen der Verfassungswandlung*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973, pp. 123/124. *Transição constitucional* é sinônimo de mutação constitucional (José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 1228; Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, v. II, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, n. 36, p. 130 *et seq.* e n. 37, p. 139). V. Peter BADURA. in Josef ISENSEE e Paul KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. VII (*Normativität und Schutz der Verfassung. Internationale Beziehungen*), 3ª ed., Heidelberg: C.F.Müller Verlag, 1992, § 160, ns. 13/15, pp. 63/65.

18 Georg JELLINEK. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin: Verlag O. Häring, 1906, pp. 8/21.

19 Nelson NERY JUNIOR. *Anotações sobre mutação constitucional: alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e “Verfassungsstaat”*, in George Salomão LEITE e Ingo Wolfgang SARLET (coords.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*, São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2009, pp. 79/109.

clarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, mas tão somente em conferir publicidade ao acórdão do STF!

Nesse contexto, o Min. Eros Grau vinha defendendo a tese da mutação constitucional relativamente à CF 52 X, seguindo a linha de entendimento do Min. Gilmar Mendes.

Ocorre que a CF 52 X, que estabelece essa competência para o Senado Federal, é dispositivo da tradição do direito constitucional brasileiro, no sentido de conferir-se à Câmara Alta o poder, legítimo, de suspender a execução da lei, mas não de revogá-la. Se o ato é *típico* do Poder Legislativo, o Poder Judiciário (STF) só pode sindicá-lo no mérito, vale dizer, examiná-lo e decidir sobre sua higidez constitucional ou não, em sede de controle abstrato, mediante o devido processo legal.

Em outros termos, nossa Constituição não equipara controle abstrato ao controle concreto e, por consequência, é defeso ao intérprete fazê-lo, mesmo – e principalmente – que esse intérprete seja o STF. A Constituição Federal não deu poderes para o STF, em sede de controle concreto, de aniquilar a lei que entende inconstitucional, mas apenas o poder de, em assim reconhecendo, deixar de aplicá-la na solução da lide. Nesse caso concreto, o STF decide a *lide* existente entre as partes do processo. Trata-se de *processo subjetivo*, cujo *objeto litigioso* está limitado pela petição inicial do autor e não pode ser aumentado de ofício.²⁰

Outro exemplo de ativismo praticado pelo STF consubstancia-se na decisão da Min. Ellen Gracie no Agravo de Instrumento nº 375011 (Informativo STF/365), que

dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional. No voto, o recurso extraordinário foi equiparado a remédio de controle abstrato de constitucionalidade; assim, dispensou-se o prequestionamento para assegurar posicionamento do STF sobre matéria.

Com a devida *venia*, discordamos desse voto, não obstante as valorosas intenções que o motivaram. Trata-se de decisão discricionária violadora de texto expresso da Constituição Federal. Quando a Constituição estabelece o prequestionamento (*rectius*: “*causas decididas*”) como requisito para a admissão do recurso extraordinário (CF 102 III), não pode o STF dispensá-lo em nenhuma hipótese, ainda que seja para assegurar posicionamento consolidado pela Corte.

Se prosperar esse posicionamento, o que impedirá que o STF desconsidere outros institutos e garantias constitucionais pétreas como a coisa julgada, o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido a fim de assegurar seu posicionamento? Afinal, os fundamentos para tanto seriam os mesmos, vale dizer, são casos em que a decisão do Supremo contraria texto expresso da Constituição.²¹

A partir da figura do ativismo judicial pretende-se imbuir de legitimidade e justificarem-se decisões que são verdadeiramente inconstitucionais. Em um Estado Democrático de Direito não há lugar para o Judiciário fundamentar suas decisões em suas convicções pessoais, morais, religiosas etc.

Nessa perspectiva que a CF 5º II estabelece o princípio da legalidade, evidenciando a importância de a legalidade (CF + legislação) constituir o fundamento de legitimidade para motivarem-se as decisões. Em outras

20 Nelson NERY JUNIOR. *Prefácio*, in Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Ver ainda: Nelson NERY JUNIOR. *Anotações sobre mutação constitucional: alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat*, in George Salomão LEITE e Ingo Wolfgang SARLET. (orgs.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 79-109.

21 Para uma crítica a essa decisão, ver: Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 2.1.2.1, p. 98. Para mais críticas às decisões ativistas do STF, ver: Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 2.1.2.1, p. 99-100.

palavras, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário não pode decidir da forma que quiser. A aplicação da lei não é uma opção do juiz. O senso de justiça de cada magistrado não constitui fundamento legítimo para motivação da decisão.

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário tem o dever de demonstrar os fundamentos jurídicos que o fizeram decidir dessa ou daquela maneira. Desse modo, ainda que o juiz considere injustas as figuras, por exemplo, da revelia, da usucapião, da prescrição, apenas para ficarmos nesse exemplo, deverá aplicá-las quando for o caso, porque contempladas na legislação vigente que, por sua vez, vincula sua atividade decisória.

Enfim, o juiz não pode se desapegar do arcabouço normativo-constitucional que vincula sua atividade para decidir com base em convicções e em seu senso de justiça. O juiz e todos os Tribunais, principalmente o STF, têm o dever de prestar contas à sociedade demonstrando os fundamentos jurídicos da motivação de sua decisão. Daí o porquê de somente Zeus poder ser ativista, justamente porque não precisava prestar contas a ninguém.

Em *Prometeu Acorrentado*,²² Ésquilo narra a história de Prometeu, filho de Titã, notoriamente conhecido por sua astúcia e inteligência, que teria roubado de Zeus o fogo para entregá-lo aos mortais. Tal ato teria causado a ira de Zeus, que o condenou a um sofrimento sem fim: ser acorrentado em rochedo para ter seu fígado devorado todos os dias por uma águia.

No início do texto menciona-se a vitória de Zeus sobre os Titãs (Crono) e já se anuncia que, a partir da vitória, o Olimpo passava a ser regido por novas leis: as *arbitrárias leis* de Zeus em razão da vitória sobre os Titãs. Zeus, agora absoluto, não precisava mais prestar contas a ninguém.

Prometeu, sempre ciente do ato que o condenou, lamentava-se por não compreender

as razões que fizeram Zeus ter tamanha ira por seu ato. Afinal, ele havia sido importante na derrota sobre os Titãs. O maior inconformismo de Prometeu era não entender as razões pelas quais ele não foi condenado ao Inferno de Hades – Tártaro (que seria o mais natural), mas em vez disso, a sofrer todos os dias verdadeiro suplício.

Prometeu, já sentindo e percebendo a arbitrariedade e a severidade de Zeus, concluía que Zeus era duro e austero e *que a Justiça media-se por sua própria vontade*. A vontade de Zeus era critério para aferição de justiça das coisas.

É nessa perspectiva que afirmamos que somente Zeus poderia ser ativista. Apenas em um sistema em que predomina a vontade do mais forte é que se poderia medir a justiça pela vontade de alguém, por mais absurda que ela fosse. No Estado Democrático de Direito, a justiça não se mede pela vontade de ninguém, nem pela do STF, pois todo juiz ao decidir precisa prestar contas de porque sua decisão é a melhor para o caso, a decisão mais consentânea com o texto constitucional, bem como qual a sua principiologia.

À luz das premissas acima expostas passamos a examinar a decisão do STJ no julgamento da QOREsp 1.063.343, que negou à parte a possibilidade de desistir do recurso por ela interposto.

3. A negativa de desistência do recurso pelo Judiciário e o afastamento da legalidade – violação ao CPC 501. O interesse público não pode constituir subterfúgio para o Judiciário afastar-se da legalidade vigente. Estado Constitucional. A legislação vincula o julgador. A lei somente pode ser afastada do caso concreto se constatada sua inconstitucionalidade.

No julgamento da QOREsp 1.063.343, o Superior Tribunal de Justiça negou à parte a possibilidade de desistir do recurso, com fun-

²² Dentre diversas traduções, ver: ÉSQUILO. *Prometeu Acorrentado*, São Paulo, Abril Cultural, 1982.

damento em interesse público, tendo em vista esse recurso ter sido selecionado como paradigma para fins da aplicação do CPC 543-C.

Novamente, no julgamento do REsp 1.308.830,²³ o interesse público foi invocado

23 A questão de ordem suscitada pela Ministra Relatora foi proferida nos seguintes termos:

“Cuida-se de pedido de desistência formulado pelas partes, não só após a inclusão do processo em pauta, mas na *véspera* da respectiva sessão de julgamento. O pedido encontra amparo no art. 501 do CPC, que possibilita ao recorrente ‘a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso’. A disposição legal revela com clareza e precisão o direito subjetivo da parte de desistir do recurso interposto sempre que lhe parecer conveniente.

Não se pode, entretanto, interpretar o comando legal de forma isolada, atendo-se apenas à sua literalidade e ignorando o contexto em que está inserido. Na hipótese específica dos pedidos de desistência, a faculdade conferida pelo art. 501 do CPC deve guardar coerência com a sistemática recursal vigente, com especial atenção para as funções desempenhadas pelo órgão ao qual é destinado o recurso de que se pretende desistir. Nesse aspecto, não se pode olvidar que o CPC em vigor foi editado em 1973, enquanto o STJ foi criado pela CF/88, ou seja, 15 anos depois, fruto de um movimento iniciado em 1985, durante período de redemocratização em que ficou clara a necessidade de se impor modificações na estrutura do Poder Judiciário, notadamente com a criação de um órgão de confluência de todas as vertentes jurisdicionais não especializadas, responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal em âmbito nacional, baseado nos primados constitucionais e na garantia e defesa do Estado de Direito.

Em outras palavras, a exegese do art. 501 do CPC deve ser feita à luz da realidade surgida após a criação do STJ, levando-se em consideração o seu papel, que transcende o de ser simplesmente a última palavra em âmbito infraconstitucional, sobressaindo o dever de fixar teses de direito que servirão de referência para as instâncias ordinárias de todo o país. A partir daí, infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos. Aliás, no julgamento de questão de ordem no REsp 1.063.343/RS, minha relatoria, DJe de 04.06.2009, a Corte Especial entendeu por inadmissível pedido de desistência formulado em sede de recurso especial no qual tenha havido determinação de processamento na forma do art. 543-C do CPC. Naquela ocasião, após análise da natureza dos processos repetitivos – concluindo tratar-se de uma sistemática de coletivização ‘cuja orientação repercutirá tanto no plano *individual*, resolvendo a controvérsia *inter partes*, quanto na esfera *coletiva*, norteando o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito’ – consignei que ‘a todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo’. Agora, numa reflexão mais detida sobre o tema, vejo que essa premissa na realidade é válida de forma indistinta para o julgamento de todos os recursos especiais, cujo resultado sempre abrigará intrinsecamente um interesse coletivo,

como fundamento normativo para impedir

ainda que aqueles sujeitos ao procedimento do art. 543-C do CPC possam tê-lo em maior proporção. Sendo assim, o pedido de desistência não deve servir de empecilho a que o STJ prossiga na apreciação do mérito recursal, consolidando orientação que possa vir a ser aplicada em outros processos versando sobre idêntica questão de direito. Do contrário, estar-se-ia chancelando uma prática extremamente perigosa e perniciososa, conferindo à parte o poder de determinar ou influenciar, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do STJ, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça. Com efeito, autorizar o recorrente a livremente desistir dos seus recursos especiais, viabiliza a manipulação da jurisprudência desta Corte, conduzindo os rumos da sua atividade de uniformização, pois a parte poderá atuar no sentido de que sejam julgados apenas aqueles processos em que, pela prévia análise do posicionamento de cada Relator, Turma ou Seção, o resultado lhe será favorável.

A questão ganha contornos ainda mais tormentosos ante a constatação de que essa conduta somente será possível àquele que figura em diversos processos (de regra no polo passivo) e que resulta vencido nas instâncias ordinárias. Somente partes nessas condições é que poderão interpor vários recursos especiais versando sobre a mesma questão de direito que, mediante livre distribuição, certamente chegarão a todos os Ministros da Seção competente para o respectivo julgamento. Com isso, via desistência, será possível escolher quais Ministros levarão o tema ao colegiado na condição de Relatores e, pior, será possível subtrair de uma determinada Turma a apreciação da controvérsia. Vale dizer, o aludido risco de manipulação ficará potencialmente concentrado nas mãos daqueles que, em virtude de prática considerada lesiva por um grande número de pessoas, se tornem réus contumazes em processos e venham a ser efetivamente condenados pelas instâncias ordinárias. Ou seja, a chance de influenciar de forma decisiva a jurisprudência do STJ será diretamente proporcional à abrangência do suposto dano e ao seu reconhecimento pelas instâncias ordinárias. Em síntese, deve prevalecer, como regra, o direito da parte à desistência, mas verificada a existência de relevante interesse público, pode o Relator, mediante decisão fundamentada, promover o julgamento do recurso especial para possibilitar a apreciação da respectiva questão de direito, sem prejuízo de, ao final, conforme o caso, considerar prejudicada a sua aplicação à hipótese específica dos autos. Não se ignora que, no particular, o pedido de desistência contou com a anuência do recorrido, mas essa circunstância se torna absolutamente irrelevante diante do mencionado interesse público coletivo do julgamento, aliado ao fato de que a definição, pelo colegiado, da tese de direito atrelada ao mérito da controvérsia não impede que se declare o recurso prejudicado em vista do acordo celebrado pelas partes. Ademais, se a concordância do recorrido pudesse excepcionar a regra acima definida – de a desistência não impedir o julgamento do recurso especial – agregar-se-ia outro elemento preocupante a esses pedidos, qual seja, de que a chance de manipulação ficasse ao alcance de um grupo ainda mais seletivo, daqueles que têm poder econômico suficiente para oferecer condições vantajosas à parte contrária, induzindo-a a celebrar acordo. Nesse contexto, inclusive, mesmo figu-

a parte de desistir de seu recurso, uma vez que o julgamento da lide individual seria de interesse de toda a coletividade.

Entretanto, nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 501, admite expressamente a possibilidade de o litigante renunciar a qualquer tempo seu recurso, inclusive, sem necessidade de o recorrido ou o litisconsorte anuírem a essa decisão. *Verbis*: CPC 501: “O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso”.

Acerca do CPC 501, já salientamos que a desistência recursal é um negócio jurídico unilateral não receptício, segundo o qual a parte que já interpôs recurso contra decisão judicial declara sua vontade em não ver prosseguir o procedimento recursal, que, em consequência da desistência, tem de ser extinto. Inclusive, opera-se, independentemente da concordância do recorrido, produzindo efeitos desde que é efetuada, sem necessidade

rando como recorrida no processo a parte, mediante proposta financeiramente tentadora de acordo, pode forçar a transação e induzir o pedido de desistência do recurso. Na hipótese específica dos autos, o interesse coletivo que envolve a controvérsia é incontestável, não apenas pelo número de usuários que se utilizam dos serviços prestados pela GOOGLE via ORKUT, mas sobretudo em virtude da enorme difusão das redes sociais virtuais não só no Brasil, mas em todo o planeta, e da sua crescente utilização como artifício para a consecução de atividades ilegais. Trata-se de questão global, de repercussão internacional, que tem ocupado juristas de todo o mundo. Não bastasse isso, numa rápida pesquisa junto ao distribuidor, constata-se ser a GOOGLE recorrente em cerca de 200 processos em trâmite neste Tribunal, grande parte deles tendo por objeto a mesma questão de direito versada nos presentes autos. Finalmente, destaco o notório poder econômico da GOOGLE, cuja marca foi avaliada com a mais valiosa do mundo em 2011, com valor estimado em mais de 40 bilhões de Dólares (<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2011/03/google-e-marca-mais-valiosa-do-mundo-em-2011-diz-brand-finance.html>), circunstância que lhe permite, potencialmente, firmar acordos em todos os processos que julgar conveniente, viabilizando pedidos de desistência, mesmo naqueles em que figure como recorrida. Forte nessas razões, INDEFIRO o pedido de desistência, manifestando-me no sentido de que prossiga com o julgamento do recurso especial, de modo que, vindo o seu mérito a ser efetivamente apreciado pelo colegiado, seja fixada tese de direito tendente à consolidação da jurisprudência do STJ” (STJ, 3ª T., (QO)REsp 1.308.830-RS, rel. Min. Nancy Andrighi).

de homologação.²⁴

Percebe-se que o STJ julgou de forma contrária ao que estabelece o CPC 501. Ou seja, desaplicou o referido dispositivo legal no caso concreto.

Sobre a possibilidade de o recorrente poder desistir de seu recurso especial ou extraordinário, já anotamos que essa desistência é viável mesmo que tenha sido aplicado o rito do recurso repetitivo nos termos do CPC 543-B e 543-C. Isto porque o caso que será julgado pelo STF e/ou STJ como recurso repetitivo tem, como matéria de fundo, lide individual que encerra discussão sobre direito subjetivo. Eventual má-fé do recorrente, com a quebra do dever de lealdade processual e o agir com má-fé objetiva ou subjetiva, desde que reconhecida pelo tribunal, pode ensejar a pena de *improbis litigator* prevista no CPC 17 e 18. O que não pode ocorrer é, sob alegação de que o recorrente teria desistido do REsp por má-fé, ignorar-se o ato unilateral não receptício da desistência e, a despeito de inexistir pressuposto de admissibilidade desse REsp pelo só fato da desistência conhecer-se do recurso!²⁵

A partir da leitura da notícia veiculada pelo sítio eletrônico do próprio Superior Tribunal de Justiça, é possível depreender que o *motivo* jurídico para não se aplicar o CPC 501 consistiria no interesse público que envolvia a matéria a ser julgada.

Em outros termos, o STJ julgou em desacordo com a legalidade vigente sob pretexto de sua motivação estar pautada no interesse público. Ocorre que o interesse público não configura elemento jurídico que permite que o Judiciário se afaste da legalidade vigente.

24 Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 14ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, comentários. 1 e 2 CPC 501, pp. 1025/1026. No mesmo sentido, José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, n. 182, pp. 332-337.

25 Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 12ª ed., cit., coment. 4 CPC 543-C, pp. 1123/1124.

Essa decisão ilustra a defasada concepção que se utiliza de interesse público.

A fórmula que postula a sempre primazia do interesse público sobre o particular é simplificação errônea e frequente do problema que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais.²⁶

O erro consiste em ignorar-se que os direitos fundamentais são constitutivos, tanto para o indivíduo como para a comunidade. Ou seja, são constituídos não apenas em favor do

indivíduo, porquanto cumprem uma função social e constituem o fundamento funcional da democracia.

Disso se conclui que a garantia e o exercício dos direitos fundamentais estão caracterizados por um entrecruzamento de interesses públicos e interesses individuais.²⁷

Não se pode simplesmente suprimir direitos dos particulares sob a mera alegação de que haveria interesse público e que estes se sobreporiam ao privado.

Nem se trata de afirmar que o direito à desistência recursal possui natureza de direito fundamental. O que se pretende demonstrar é o equívoco de se suprimirem direitos, faculdades e a própria lei com base, tão somente, em suposto interesse público.

Na realidade, no Estado Constitucional há o poder-dever de motivar-se ato que afirma existir interesse público, razão pela qual é defeso ao Poder Judiciário aplicar a lei quando entender seja conveniente.

Nas ocasiões em que o Poder Público age dessa forma, *decretação do “interesse público” é ato arbitrário do Estado que, como Midas, coloca o selo de “público” em tudo o que toca.*²⁸

Assim, o que de fato merece exame sobre as mencionadas decisões do STJ é indagar-se em que circunstâncias essa medida se coaduna com o Estado Democrático de Direito, ao afastar a legalidade vigente em função do interesse público. Seria possível, desse modo, aumentar/diminuir prazo prescricional em razão do interesse público? Ou, ainda, modificar-se regime de nulidade em virtude de interesse público?

26 Cf. Peter HÄBERLE. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003, n. 1, p. 25; Nelson NERY JUNIOR. *Público vs. privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais*, cit., n. 3, p. 250. Georges ABBOUD. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais*, RT 907, n. 5, p. 95. Ver também: Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição federal comentada*, 3ª ed., cit., 3 CF 5º, p. 217. Sobre esse ponto, merece destaque a assertiva de Alexandre Gustavo Melo Franco BAHIA: “Na apreciação dos Recursos Extraordinários – como de resto em toda prestação jurisdicional – há uma tensão entre o ‘interesse público’ e os ‘interesses das partes’, se compreendermos que a decisão deve ser consistente com o Direito vigente e racionalmente aceitável (...) Desde o paradigma do Estado Democrático de Direito, público e privado são co-originais, não sendo possível estabelecer uma relação de prioridade entre eles. A ênfase que se dá na prevalência do interesse público está diretamente relacionada à confusão (mencionada acima) entre os estritos requisitos de admissibilidade e o caráter mesmo de ‘recurso’ que tanto o Recurso Extraordinário quanto o Recurso Especial possuem, isto é, de prolongarem o processo em curso, sobrestando o trânsito em julgado. Em razão dessa compreensão acerca do papel dos Recursos Extraordinários é que os Tribunais Superiores mantêm controles tão rígidos sobre a admissibilidade, criando tantos óbices a partir de interpretações restritivas do Ordenamento, até chegar-se à arguição de relevância (e à transcendência) (...) As considerações até aqui empreendidas não transformam os Tribunais Superiores em ‘terceiro/quarto graus’ de jurisdição, já que não basta a sucumbência para que o recurso seja admitido; o recorrente terá de mostrar a ocorrência de alguma das hipóteses citadas. Os Recursos Extraordinários possuem – também – a função de uniformizar a jurisprudência em torno da questão constitucional e da questão federal (apenas que, repita-se, essa perspectiva só é válida de um ponto de vista institucional. Dizer que não basta a sucumbência não fundamenta a anômala posição em que são colocados. As ‘questões constitucional e federal’ são somente requisitos especiais de procedibilidade dos recursos extraordinários” (Alexandre Gustavo Melo Franco BAHIA. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*, Curitiba: Juruá, 2009, n. 3.8, pp. 196-197).

27 Georges ABBOUD. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado*. A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais, cit., n. 5, p. 97.

28 Georges ABBOUD. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado*. A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais, cit., n. 6.2.3, p. 109.

Evidente que as respostas dos questionamentos lançados no parágrafo acima devem ser negativas. A legalidade não está à disposição dos Tribunais. Não existe opção constitucionalmente válida que permita ao Judiciário, *sponte sua*, optar em aplicar ou não a lei, ao argumento de que assim o faz para preservar o interesse público.

Sendo assim, para possuir fundamentação consistente o STJ deveria realizar, pelo menos, o controle de constitucionalidade do CPC 501. Vale dizer, não é lícito ao STJ admitir que seja constitucional e vigente o CPC 501 e negar sua aplicação ao caso concreto. Ao STJ e a todo o Judiciário brasileiro, não é lícito recusar-se a aplicar a lei.²⁹

Com maior razão, seria defeso ao STJ decidir da forma como fez, indeferindo a desistência recursal por considerá-la violadora de interesse público ou abusiva. No mínimo, se o STJ considerasse a decisão abusiva deveria fazê-lo com fundamento na legislação vigente, conferindo, por consequência, a sanção imposta pela própria lei.³⁰

Analisando essa decisão do STJ, Lenio Streck ressalta que, nas palavras do STJ, restou claro que o recurso especial não pertence mais às partes, mas apenas, ou quase tão somente, ao interesse público, que seria, na verdade, uma “anemia significativa”, nela cabendo qualquer coisa que interesse ao Judiciário e ao Poder Público para fins pragmáticos. Urge ressaltar que o Estado, no caso o STJ, não pode agir como Midas e colocar o selo de “público” aos casos que lhe aprouver em detrimento dos direitos fundamentais e garantias processuais dos particulares. Ademais, a desistência do recurso, nos termos do CPC 501, constitui ato unilateral que, na dicção do CPC, independe da anuência da parte para que valha e produza efeitos. Nas palavras

do autor, se a parte desistir, não há recurso.³¹

Além disso, se fosse realmente o caso de se aplicar o CPC 543-C, bastava tão somente ao STJ pinçar outro recurso dentre os múltiplos existentes e solucionar a questão jurídica subjacente. Do mesmo modo, o STJ teria diversas outras oportunidades para manifestar-se sobre a mesma questão posta no recurso do qual se desistira.

As citadas decisões judiciais permitem demonstrar como, em diversos aspectos, existe *deficit* qualitativo na fundamentação dos pronunciamentos judiciais, porque, de certa forma, os juízes, em diversas hipóteses, admitem o afastamento da legalidade com fundamento em convicções pessoais.

Essas modalidades de decisões são absolutamente discricionárias, na medida em que com fundamento em convencimento pessoal, sob o pretexto de interesse público, admitem que seja afastada a legalidade vigente. Como não existe discricionariedade judicial, a expressão aqui quer significar que decisão discricionária é decisão inconstitucional e/ou ilegal.

Em um Estado Constitucional, não se pode perder de vista que a legislação vincula a atuação dos juízes e, por consequência, a eles só é permitido desaplicar a legislação quando reconhecem, mediante o controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade da referida lei.³²

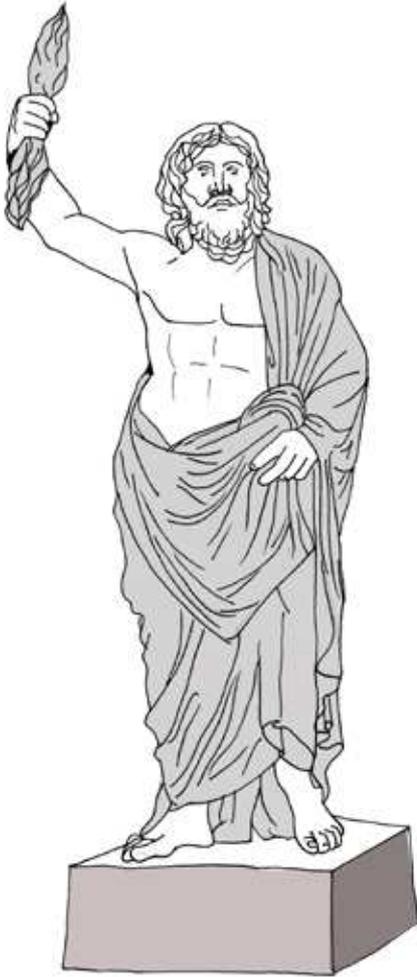
Na realidade, esse tipo de decisão suspende a legalidade vigente a fim de fazer prevalecer o ponto de vista do julgador. Por meio delas é criada situação de estado de exceção em que a necessidade do julgador o faz

29 Georges ABOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 9.3.1, p. 457.

30 Georges ABOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., 2011, n. 9.3.1, p. 457.

31 Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso*, cit., n. 13.6, pp. 603/604. No sentido em que é criticada a utilização do interesse público, ver: Georges ABOUD. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado - A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais*, cit., especialmente, n. 6.2.3, p. 109.

32 Georges ABOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 9.3.1, p. 458.



abrir mão da legislação vigente. Nessa perspectiva, a lei formalmente continua vigente e válida; todavia, sua aplicação é excepcionada [negada] em relação ao caso concreto, em razão de interesse público.³³

As decisões ora analisadas, que devem ser consideradas apenas paradigmas, demonstram que existe verdadeiro *deficit* qualitativo na fundamentação das decisões judiciais, que não pode ser corrigido pelo simples re-
crudescimento do efeito vinculante.

Desse modo, o STJ, cujo mister constitucional mais nobre é, pelo recurso especial, preservar o respeito e a autoridade da lei federal no País e uniformizar o seu entendimento, negou vigência (já em duas oportunidades) ao CPC 501, por considerá-lo em desacordo com o interesse público e defasado em relação à nossa realidade social.

O STJ, a quem cabe garantir o respeito à lei federal e à uniformização do entendimento da lei federal no Brasil, com as decisões ora analisadas negou vigência ao CPC 501. Não existe em nosso ordenamento vigente previsão constitucional ou legal que autorize o STJ a

julgar a tese jurídica subjacente quando aquele que recorreu por meio de recurso especial desiste do recurso.

No Estado Constitucional, ao Judiciário somente é lícito afastar a aplicação da lei em relação ao caso concreto quando reconhece, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade dessa lei, tarefa que faz mediante o controle difuso de constitucionalidade. A possibilidade de declarar inconstitucional a lei federal em abstrato é atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal (CF 102 I a).

As mencionadas decisões do STJ são sintomas da insegurança jurídica que infelizmente tem ocorrido em nosso País. Atualmente, tem recrudescido, em sede doutrinária e legislativa, a tendência em incrementar-se o efeito vinculante dos pronunciamentos dos Tribunais Superiores.

Todavia, é importante ressaltar que esse *fetichismo* pelo efeito vinculante não pode desvirtuar a força normativa da legislação vigente.

Por conseguinte, não é porque em nosso sistema existem súmulas vinculantes e decisões judiciais dotadas de efeito vinculante que a lei não possui efeito vinculante.

Em outros termos, a lei vincula o Poder Judiciário, motivo por que deve interpretá-la e aplicá-la no caso concreto. Ao juiz não é dado aplicá-la quando a considerar adequada ou quando estiver em consonância com suas convicções pessoais.

Com efeito, a insegurança jurídica em nosso sistema, trazida pela jurisprudência lotérica, não se deve à inexistência de efeito vinculante em todas as decisões do STF e do STJ. Pensar assim sugere que a lei não seria também dotada de efeito vinculante. De modo que o Judiciário poderia descumprir a lei, mas não a súmula vinculante, por exemplo. Aos juízes e tribunais, é defeso ignorar tanto a lei quanto a súmula vinculante, somente podendo fazê-lo se declarar incidentalmente inconstitucional o texto normativo da lei ou

³³ Sobre o tema, ver: Giorgio AGAMBEN. *Estado de exceção*, São Paulo: Boitempo, 2004, *passim*. Georges ABOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 4.4.2, p. 319 *et seq.* Ver também: Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal comentada*, 3ª ed., cit., coment. 51 CF 5º, p. 226.

da súmula vinculante.

Existe o mau vezo de nosso Judiciário, em seu imaginário e na crença incorreta de setores da doutrina, que ainda considera a lei como algo que está à disposição do juiz, como se lhe fosse lícito deixar de aplicá-la.

Esse equívoco é oriundo do *deficit* qualitativo das decisões, mais precisamente, da falta de motivação adequada, procedimento que infringe a CF 93 IX e não em função da falta de efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores.³⁴

É verdadeiro equívoco apontar a falta de efeito vinculante das decisões das Cortes Superiores como causa da insegurança jurídica ignorando-se, assim, a verdadeira discricionariedade [arbitrariedade] judicial que impera em nosso sistema, que ocasiona reflexos no ativismo judicial e na nulidade de diversas decisões em virtude de omissão e falta/deficiência de fundamentação.

Faz-se necessário ressaltar que os pronunciamentos que possuem efeito vinculante também necessitam interpretação para serem utilizados, de modo que tal como a própria legislação, nada garante que as decisões dotadas do referido efeito não serão afastadas em diversos casos, com fundamento em convicções pessoais do magistrado.³⁵

A função jurisdicional, principalmente a constitucional, ganha força e legitimidade, não com aumento inconsequente de suas decisões dotadas de efeito vinculante, como tem acontecido no Brasil, mas, sim, por meio de fundamentação constitucional rigorosa de suas decisões. Essa é a verdadeira fonte de legitimidade das decisões do Judiciário, que não podem mais se basear em meras

convicções pessoais de seus julgadores, mas em critérios racionais imputáveis e contidos no próprio texto constitucional.³⁶

Se em um Estado Democrático de Direito não conseguimos ao menos concretizar a obrigatoriedade do Judiciário submeter-se à legislação vigente, nada assegura que o recrudescimento de decisões dotadas de efeito vinculante contribuirá para avanço qualitativo da democracia, com incremento na fundamentação das decisões e redução da discricionariedade judicial. Por isso, vale dizer que, hodiernamente, configura grande avanço para concretização da democracia a consolidação da tese de que o Judiciário está vinculado à legislação vigente (Constituição + lei), somente podendo desvincular-se dela quando, ao realizar o controle difuso de constitucionalidade, reconhece a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo e, *ipso facto*, deixa de aplicá-lo.³⁷

³⁶ Georges ABOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 9.3.1, p. 458.

³⁷ Georges ABOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 9.3.1, pp. 458-459. Nesse sentido, Lenio Luiz STRECK ressalta que: "Eis o ovo da serpente. Obedecer à risca o texto da lei democraticamente construída (já superada – a toda evidência – a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a exegese à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-origenária. Falamos hoje, pois, de uma outro ou de uma nova legalidade. Como exemplo, cito a literalidade (*sic*) do art. 212 do CPP (na nova redação trazida pela Lei nº 11.690/08, que inverte a ordem das perguntas às testemunhas). Ora, aplicar o dispositivo em tela é não só obedecer (também) literalmente (*sic*) à Constituição (o que não nos parece ruim, pois não?), como institucionalizar o sistema acusatório, tão reclamado pelos processualistas penais. A legalidade reclamada, neste caso, é uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito/ uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional. Simples, pois! Por tudo isso, cumprir a letra da lei significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência, tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que estão desolados (no caso, as posturas axiologistas, realistas, etc.), são positivistas. Para ser mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. Do mesmo modo que são positivistas, hoje, os juristas que apostam na discricionariedade judicial...! Ou em ativismos judiciais irresponsáveis (o que dá no mesmo). Seja isso para o bem

³⁴ Para uma análise empírica que demonstra o aumento de processos a despeito de recrudescimento do efeito vinculante, ver: Georges ABOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 9, p. 445 *et seq.*

³⁵ Eros Roberto GRAU. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 1996, n. 16, p. 37.

4. STF e STJ são tribunais que, dentro do organograma do Estado brasileiro, pertencem ao Poder Judiciário. Tribunais que não se limitam a fixar teses jurídicas. Decidem lides e tutelam direitos subjetivos. A objetivação da atividade jurisdicional desses dois tribunais, no julgamento dos recursos excepcionais, não possui respaldo no texto constitucional.

Além da discricionariedade ínsita às decisões ora comentadas, outro ponto que está subjacente à polêmica merece análise, consistente na função a ser exercida pelo STJ e pelo STF.

Diferentemente do que se tem apregoadado, o STF e o STJ não são tribunais destinados a, tão somente, fixar teses jurídicas. As referidas Cortes Superiores têm a tarefa constitucional de decidir lides, isto é, resolver situações litigiosas de direitos subjetivos, seja no julgamento de recurso extraordinário pelo STF (CF 102 III),³⁸ seja no julgamento de recurso especial pelo STJ (CF 105 III).³⁹

O texto constitucional instituído pelo Poder Constituinte Originário estabeleceu expressamente a possibilidade de o STF e STJ decidir efetivamente lides jurídicas. Nosso sistema constitucional, não autoriza o

entendimento de que referidos tribunais poderão tão somente julgar teses jurídicas como se, ao julgar lides intersubjetivas, estariam exercendo algo necessariamente secundário e acidental.

O STF e o STJ são órgãos que integram, no organograma do Estado, o Poder Judiciário e ambos exercem atividade jurisdicional plena resolvendo lides e protegendo direitos subjetivos dos particulares. Sendo assim, não se pode simplesmente afirmar que a natureza do processo desenvolvido nesses tribunais tenha natureza objetiva. O processo somente é objetivo quando inexistente proteção/discussão direta e imediata de direitos subjetivos e quando não há réu no polo passivo da demanda. O processo objetivo existe no STF, nos casos relacionados ao controle concentrado de constitucionalidade, que são da competência exclusiva do STF.

É de se salientar-se que a implementação da chamada objetivação das atividades do STF e do STJ, da forma como pretendido por setores dos tribunais superiores e da doutrina, pode causar graves prejuízos simbólicos, na medida em que se transmite a mensagem de que os Tribunais Superiores teriam a tão só função constitucional de fixar teses jurídicas e não de assegurar a proteção dos direitos fundamentais do particular.

Por óbvio que não ignoramos a necessidade de o STF e o STJ uniformizarem entendimento sobre questões jurídicas de natureza constitucional e federal, respectivamente. O que não pode haver, *venia concessa*, é a minimalização da tarefa constitucional desses tribunais à *objetivação* dos processos que se encontram a seu cargo, notadamente porque a Constituição Federal lhes imputou a obrigatoriedade de decidir lides, consoante expressa competência recursal estatuída, por exemplo, na CF 102 III e 105 III.

Tanto isso é correto que há dois juízos nos recursos excepcionais: a) de cassação; b) de revisão. Quando reconhecem que a decisão recorrida ofendeu a Constituição (CF 102 III

ou para o mal". (Lenio Luiz STRECK. *O que é isto? decidido conforme minha consciência*, cit., n. 5.1, pp. 81-82). V. Georges ABOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 9.3.1, p. 458.

38 CF 102: "III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal".

39 CF 105: "III: – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

a) ou negou vigência à lei federal (CF 105 III a), *cassam-na* para, em seguida, proferirem juízo de *revisão*, que nada mais é do que a “*aplicação do direito à espécie*” (STF Súmula 456;⁴⁰ RISTJ 257⁴¹), isto é, a resolução da lide, do caso concreto, do direito subjetivo.

Raciocínio contrário somente seria possível com mudança do texto da Constituição, por emenda, retirando do STF e do STJ a competência para julgamento de recursos excepcionais. No lugar desses recursos poderia ser criado outro mecanismo como, por exemplo, comissões de juristas que ficariam responsabilizadas em analisar quais são os assuntos atualmente mais polêmicos de cada área do direito e submeter uma consulta teórica, objetiva e abstrata ao STF e STJ.

A proposta mencionada no parágrafo anterior seria mais prática e consentânea com o modelo em que o STF e o STJ somente exerceriam atividade jurisdicional de caráter objetivo.

O único problema dessa mencionada proposta, como já dissemos acima, é que ela é inconstitucional e sua inconstitucionalidade advém do fato de existir previsão expressa na CF 102 e 105 para julgamento de lides (conflito entre direitos subjetivos). Tanto assim é que nossos Tribunais Superiores no julgamento dos recursos excepcionais (recurso extraordi-

nário, recurso especial e recurso de revista), diferentemente de ordenamentos europeus, por exemplo, não se limitam a efetuar o juízo de cassação, como também realizam o rejuízo da lide – juízo de revisão.

Nosso sistema de recursos excepcionais (RE, REsp e RR) confere dupla competência recursal ao tribunal *ad quem* (STF, STJ e TST), que tem simultaneamente competência para proferir os juízos de cassação e de revisão.

Isso significa que o tribunal superior analisará, num primeiro momento, a regularidade da decisão judicial recorrida, proferindo *juízo de cassação*. Caso a decisão recorrida esteja incorreta, o tribunal superior dará provimento ao recurso e cassará a referida decisão, seja porque ofendeu texto constitucional ou porque negou vigência à lei federal. Apenas após ter dado provimento ao recurso excepcional (cassando a decisão recorrida) é que o tribunal superior analisará, num segundo momento, o direito posto em causa, proferindo o juízo de revisão (rejuízo da causa).⁴²

Destarte, é no mínimo inconstitucional a percepção de que os tribunais superiores (STF e STJ) exerceriam atividade meramente objetiva, porquanto fica esquecida a dimensão democrática e ínsita a esses tribunais, principalmente o STF, como último local para assegurar a proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Aliás, seria verdadeiramente inconcebível imaginar que o STF poderia concretizar a sua função contramajoritária, que é inerente à jurisdição constitucional.

Nesse ponto, convém notar que, além de sua importância como instrumentos de limitação do Poder Público, os direitos fundamentais exercem forte função contramajoritária. Sendo assim, ter direito fundamental assegurado a existência de posição juridicamen-

40 STF Súmula 456: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. Há impropriedade técnica no verbete, que deve ser lido assim: “O Supremo Tribunal Federal, *provendo* o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” [grifamos]. Provê, no juízo de cassação, porque reconhece que houve ofensa à CF, questão que é o próprio *mérito* do recurso extraordinário; provido, isto é, cassada a decisão recorrida, o STF rejuizará a lide individual, subjetiva, aplicando o direito à espécie.

41 RISTJ 257: “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. A observação feita na nota anterior aplica-se ao STJ, no procedimento do recurso especial: ao *prover* o recurso especial para *cassar* o acórdão que, *v.g.*, negou vigência à lei federal, o STJ *rejuizará* a lide individual aplicando o direito à espécie.

42 Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 12^a ed., cit., coment. 8 CPC 541, p. 1098.

te garantida contra as decisões políticas de eventuais maiorias políticas. Essa é a visão que melhor se harmoniza com o Estado Constitucional e a dimensão democrática que lhe é inerente.⁴³

Nesse contexto, Peter Häberle oferece conceito amplamente democrático sobre o que seria a Constituição. Para o insigne constitucionalista, a Constituição significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição não é apenas Constituição “do Estado”, ela possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade. A Constituição num Estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim, a sociedade.⁴⁴ Daí que contra ela não pode ser oposta nem mesmo a vontade da maioria, muito menos pretenso interesse público materializado no ponto de vista de algum dos julgadores em detrimento da legalidade vigente.

Conclusão.

A ideia de que a atuação do STF e do STJ estaria reduzida apenas a uma função objetiva não encontra respaldo no texto constitucional. Nem mesmo mediante emenda constitucional seria possível transformar o STF e o STJ em tribunais que julgam questões exclusivamente de natureza objetiva, uma vez que, mesmo com a alteração da CF 102 e 105, ainda assim não estaria autorizado tal entendimento. Isso ocorre porque somente seria possível afirmar que o STF e o STJ são tribunais de natureza jurisdicional exclusivamente objetiva se fossem suprimidos do texto constitucional todos os *writs* constitucionais previstos na CF 5º, tais como: mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*.

43 Jorge REIS NOVAIS. Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: Clèmerson Mèrlin CLÈVE, Ingo W. SARLET e Alexandre C. PAGLIARINI (orgs.). *Direitos humanos e democracia*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90. Sobre a importância dos direitos fundamentais, ver: Georges ABOUD. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais*, cit., *passim*.

44 Peter HÄBERLE. *El Estado constitucional*, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, § 2º, p. 84; § 54 p. 272.

Bibliografia.

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais*, RT 907.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, São Paulo: Boitempo, 2004.

BADURA, Peter. In: Josef ISENSEE e Paul KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. VII (Normativität und Schutz der Verfassung. Internationale Beziehungen), 3ª ed., Heidelberg: C.F.Müller Verlag, 1992.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*, Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*, v. V, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004

DAU-LIN, HSÜ. *Die Verfassungswandlung*, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1932.

_____. *Mutación de la Constitución*, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e de Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 1996, n. 16, pp. 31-38.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003.

_____. *El Estado constitucional*, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

JELLINEK, Georg. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin: Verlag O. Häring, 1906

MANILI, Pablo L. El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, in *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales, t. I, LINARES QUINTANA e Carlos S. FAYT (orgs). Buenos Aires: La Ley, 2008, n. II.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito*, In: Clèmerson Merlin CLÈVE, Ingo Wolfgang SARLET e Alexandre Coutinho PAGLIARINI (org.). *Direitos humanos e democracia*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Público vs. Privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais*, In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (orgs.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Anotações sobre mutação constitucional: alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e ‘Verfassungsstaat’*, In: George Salomão LEITE e Ingo Wolfgang SARLET. (orgs.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 79-109.

_____. *Julgamento arbitral por equidade e prescrição*, in *Revista de Direito Privado*, n. 45, 2011.

_____. e ANDRADE NERY Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. e _____. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 14ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. e _____. *Comentários ao código de processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos como triunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*, In: Clèmerson Merlin CLÈVE, Ingo W. SARLET e Alexandre C. PAGLIARINI (orgs.). *Direitos humanos e democracia*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas

da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, São Paulo: Saraiva, 2011

_____. *O que é isto? – decido conforme minha consciência*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea*, São Paulo: EPU, 1977, v. 1 e 2.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*, dissertação de mestrado em direito apresentada na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong rights: judicial review and social Welfare Rights in comparative Constitutional Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Prefácio da obra de Hsü DAU-LIN. Mutación de la constitución*, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e de Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.