

# O ATIVISMO JUDICIAL NA DEFORMALIZAÇÃO DO PROCESSO

Caique Thomaz LEITE DA SILVA<sup>1</sup>

**RESUMO:** O trabalho divide-se em três partes. Na primeira, discorremos sobre o pós-positivismo, movimento intelectual extremamente favorável aos direitos fundamentais ao conferir-lhes força normativa. Posteriormente, ressaltamos a importância de uma reinterpretação do direito sob a perspectiva deste filtro constitucional. Ponto-finalizando, integramos os blocos anteriores, visualizando o processo como instrumento que compõe o regime jurídico de proteção aos direitos fundamentais, defendendo o apego à normatividade constitucional na definição da instrumentalidade processual, desvinculando o processo de formalidades e dilações indevidas, elevando-o a condição de sentinela do ser humano, núcleo axiológico da atividade jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neoconstitucionalismo; Direitos Fundamentais; Ativismo Judicial; Perfeccionismo; Cooperação Intersubjetiva.

## 1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

O ordenamento jurídico está centralizado na Constituição, não podendo o processo ser compreendido sem buscar fundamento de validade na Magna Carta. A constitucionalização do processo civil é atualização hermenêutica para a solução de velhos problemas. A concretização do direito não pode ficar vinculada a fórmulas rígidas e dissociadas da realidade, furtando-se do seu escopo primitivo de compreensão da condição humana nas relações sociais, políticas e econômicas. O imobilismo conceitual deve ser combatido pelo juiz ativista em busca daquilo que a constituição coloca como objetivos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Estagiário do Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Município de Presidente Prudente/SP. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Toledo, integrante dos Grupos de Estudo “Processo de Conhecimento”, sob a orientação do professor-doutor Gelson Amaro de Souza, e “Estado, Direito e Sociedade, sob a orientação do professor-mestre Sérgio Tibiriça Amaral. E-mail: caique.thomaz@hotmail.com

O neoconstitucionalismo apresenta como características a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional com o controle de políticas públicas, a superioridade e centralidade da constituição no ordenamento, aspectos que conduzem o ser humano ao núcleo axiológico de toda atividade jurídica. Esse movimento decorre: a) da redemocratização promovida pela Constituição Federal de 1988, que assegurou o amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário e promoveu a independência, imparcialidade e fortalecimento da instituição; b) da constitucionalização de matérias políticas que, ao mesmo tempo em que promove uma limitação do Legislativo e Executivo garantem a sustentação de uma pretensão jurídica exequível através do direito de ação; c) sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que permite que qualquer decisão política seja alçada ao STF.

O texto constitucional permite, com a normatização dos princípios, interpretações judiciais construtivas, legitimadoras das aspirações sociais, promovendo uma vinculação direta entre Poder Judiciário e soberania popular, tendência denominada de “judicialização da política” (aqui entendido como vínculo entre democracia e ativismo judicial), cuja legitimidade está condicionada e vinculada à concretização da Constituição. Por esse movimento, algumas questões políticas e sociais vêm sendo submetidas ao clivo do judiciário, que atua em substituição às instancias políticas tradicionais, quais sejam, Legislativo e Executivo.

A democracia representativa está em crise. Não há compatibilidade entre vontade de representantes e representados, existe um distanciamento cada vez maior da participação popular no processo político que por sua vez não é igualitário, com grupos de pressão controlando as prioridades legiferantes. A lei no Estado contemporâneo é resultado de ajustes obscuros que comprometem a “soberania” do parlamento, por isso o positivismo jurídico clássico não satisfaz as exigências do regime democrático.

“Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral”. (BARROSO, 2008, p. 9) Mas a expansão do judiciário é justificável

à luz da insatisfação popular em relação a outros ramos do poder? Depende dele o balanceamento do sistema?

Como lembrou Luís Roberto Barroso (2005, p. 359), “o direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era. (...) Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar”.

Em seu aspecto substancial, presente estará a democracia sempre que se efetiva direitos fundamentais. A legitimidade democrática da atuação jurisdicional está no respeito à democracia substancial e não formal: são imbuídos constitucionalmente do escopo de concretizar direitos fundamentais<sup>2</sup>

Na normatividade dos direitos fundamentais encontra-se condicionada competência para a investigação jurisdicional do direito. Ela delimita a atuação legislativa, a conduta das partes e órgãos jurisdicionais no processo, bem como a própria decisão. Resguarda a supremacia dos direitos fundamentais. Num regime democrático, a lei deve ser aplicada com equidade, e não substituída por ela, mas os direitos fundamentais e os princípios são concretizados pela atividade jurisdicional. O seu conteúdo é determinado diante de casos específicos com poucos limites além da coerência do sistema.

O direito, então, pode tanto atuar estritamente por meio da norma material como por meio de um debate judicial que não ignora a norma material, mas não pressupõe que ela seja perfeita e acabada antes e fora do processo. O

---

<sup>2</sup> “A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária” (STJ. HC n° 9892 – RJ – 6ª Turma – Relator Ministro Fontes de Alencar – 16/12/1999 – publicação DJU 26/03/2001, p. 473). Segundo Juarez Freitas (2000, p. 71): “urge que a exegese promova e concretize o princípio jurídico da dignidade da pessoa, sendo como é um dos pilares supremos do nosso ordenamento, apto a funcionar como vetor-mor da compreensão superior de todos os ramos do Direito. Mais do que *in dubio pro libertate*, princípio valioso nas relações do cidadão perante o Poder Público, faz-se irretorquível o mandamento humanizante segundo o qual em favor da dignidade, não deve haver dúvida”. Em síntese conclusiva, assim se expressa Eduardo J. Couture (1978, p. 80): a “sentencia no es, pues, la ley del caso concreto, sino la justicia del caso concreto, dictada de acuerdo com las previsiones de la ley. El juez tiene el deber de ser fiel al programa legislativo y el ordenamento jurídico presente no tolera, por razones de política muy claras, que el juez se emancipe de las soluciones de la ley e se lance con su programa legislativo propio. El juez de la Constitución no es sino un juez que hace efectiva la ley en la justa medida en que al sistema de la Constitución corresponde. Pero ese processo no es la aplicación matemática de un precepto, sino el desenvolvimiento de un pensamiento normativo del legislador, mediante la valoración específica de sus circunstancias”.

procedimento contraditório define melhor a norma como direito subjetivo, universalizável, mas sem afastar-se do litígio. Há uma formação dialética do direito. Assim, o direito subjetivo pode ou não restringir-se a um raciocínio subsuntivista, uma vez que a sentença também cria ou concorre para sua criação. A realização dos direitos fundamentais não pode ficar restrita a uma pré-compreensão do direito. O direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento um novo direito. O judiciário, portanto, também é espaço de discussões políticas e o direito, nos países civilizados, é feito pelo legislador e outros aparelhos legiferantes, como o juiz, desde que se respeite a origem democrática da lei.

A expansão do direito constitucional sobre assuntos tipicamente privados resultou na incorporação de valores e opções políticas ao texto em nível igualmente proporcional à expansão de conflitos entre normas constitucionais, pois a incidência normativa é sempre precedida de um controle abstrato de constitucionalidade. Como os direitos fundamentais têm aplicação imediata e não podem ser abolidos, constituem um grupo mínimo de decisões a ser observadas pelos órgãos jurisdicionais “(...) sem a soberba de pretensos reis filósofos, mas com a missão de transformar o discurso da juridicidade, superioridade e centralidade das normas constitucionais em geral, e dos direitos fundamentais em particular, em técnica aplicável no cotidiano da interpretação e aplicação do direito.” (BARCELLOS, 2005, p. 28)

O objeto do direito não são as normas, são as pessoas, da mesma forma, o objetivo do procedimento não é a reconstrução autoritária do sentido normativo, mas a justa solução dos problemas dos litigantes, daí a necessidade de exame de situações concretas em que os interesses das pessoas se manifestam, sem solução pré-determinada. As soluções melhores só aparecem quando se confronta opiniões divergentes, partindo de uma premissa em direção ao consenso e entendimento mútuo. Para isso, contudo, não se pode já partir de ideias pré-concebidas.

O processo se manifesta com a aplicação do direito, com busca da justiça e não somente subserviência à lei, espécie de norma jurídica que vincula soluções previamente estabelecida pelo legislador para casos tipo. “Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas

respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência”. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 134) “Às vezes, mostra-se necessária até a correção da lei pelo órgão jurisdicional, com vistas à salvaguarda do predomínio do valor do direito fundamental na espécie em julgamento. Já não se cuida, então, de mera interpretação “conforme à Constituição”, mas de correção da própria lei, orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos dela deduzidos, mediante a interpretação mais favorável aos direitos fundamentais”. (OLIVEIRA, 2008, p. 231)

Como os direitos fundamentais são normalmente inseridos no ordenamento jurídico por normas-princípios, aumenta-se a preocupação com o processo, que possibilita a densificação do conteúdo dessa espécie de norma jurídica, subjetivamente inquestionável no procedimento contraditório, pois se consideram os aspectos e implicações possíveis em face de situações concretas, e objetivamente universalizável, em face do precedente criado e da coisa julgada.

Segundo Konrad Hesse (1998, p. 288), “os direitos fundamentais requerem, em maior ou menor proporção, regulação da organização e do procedimento, e ao mesmo tempo influem sobre o direito de organização e procedimento, o que contribui para sua própria realização e asseguramento”. Nesse sentido, os direitos fundamentais essenciais à dignidade humana são direitos materiais e dependem do processo para sua efetiva realização.

Mas conforme adverte Hermes Zanetti Jr. (2008, p. 418) “assumir a instrumentalidade do processo não o torna servil ao direito material, há aí erro de monta, o instrumento, como ente individualizado é separado do direito que instrumentaliza, poderá produzir resultado melhor do que o objeto sobre o qual trabalha. (...) a vinculação entre direito material e processo se dá por um “nexo de finalidade”. Não há “integração ontológica” entre processo e “direito material”.

A constitucionalização do processo civil destrói o processo individualista, tecnicista, conservador e elitizado, vinculando-o ao compromisso de amplo acesso aos meios jurisdicionais, a tutela de valores supraindividuais, preocupados com as finalidades sociais, jurídicas e políticas de sua atividade, em condicionamento vertical e normativo, próximo à realidade das ruas, às

transformações sociais, ressaltando sua instrumentalidade, mas com respeito a função de aperfeiçoamento do direito material.

## 2. O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é uma forma de atuação jurisdicional que promove o preenchimento de cláusulas vagas e princípios abstratos. Reivindica competência constitucional para concretizar princípios e emitir juízo de valor sobre os atos dos demais poderes que interpretam esses princípios, declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da interpretação. Segundo essa corrente, a Constituição é vinculante, mas a atuação jurisdicional deve sempre buscar a melhor interpretação das normas abstratas. É o que se denomina de “Perfeccionismo<sup>3</sup>”.

O ativismo, então, permite interpretação legal que prestigia a vontade democrática. Noutras palavras, consiste na utilização de conceitos jurídicos vagos e indeterminados para conduzir pretensões sociais normalmente retraídas pelos poderes Executivo e Legislativo, ou quando estes, ignorando o conceito democrático, não respeitam os direitos fundamentais. Permite uma fundamentação jurídica racional que materializa valores e fins constitucionais muitas vezes em espaço de atuação atípico do Poder Judiciário, como a implementação de políticas públicas. Com fundamento na Constituição e tendo por escopo o ser humano, o

---

<sup>3</sup> Essa expressão é utilizada por Cass Sunstein ao explicar a posição de Ronald Dworkin: “Os “perfeccionistas” concordam com a afirmação de que a constituição é vinculante; ela é, afinal de contas, exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar. Mas eles acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível”. (2005, p. 32).

Para Dworkin “os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios da legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente”. (2002, p. 215)

Em seguida, alude Dworkin que “nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser atendidas como um apelo a conceitos morais (...). Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta”. (2002, p. 231)

Noutra obra, assevera que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juizes para decidir questões sobre direitos”. (2000, p. 27)

ativismo contorna o processo político majoritário na medida em que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do direito”. (BARROSO, 2008, p. 7)

Existe uma expansão do Judiciário na medida em que “está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento”, mas moderada, porque o ativismo é método de interpretação dos instrumentos normativos válidos, afastando-se os riscos em relação à legitimidade, politização indevida da justiça e limitada capacidade institucional do judiciário. A neutralidade jurisdicional absoluta manteria incontestemente a independência das instituições jurisdicionais, mas independência submissa a Legislativo e Executivo.

O fundamento normativo dessa interpretação ativista reside na reserva constitucional de poder político em agente público estranho ao sufrágio, de atuação técnica, imparcial e absolutamente normativa ainda que integre com sua subjetividade determinado instrumento normativo, ainda que construa o conteúdo normativo com a análise conjunta de fato social, valor e norma, porque, ao contrário dos demais poderes, a legitimidade para atuação jurisdicional decorre da lei, daí a necessidade de motivação das decisões.

A justificativa filosófica reside na instrumentalidade da separação de poderes: para nós, a repartição de competências dentro do Estado tem mais que função estrutural e organizacional. Serve a limitações ao Estado. O sistema aristotélico de freios e contrapesos existe para promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade de quem tem a maioria dos votos<sup>4</sup>. O crescimento do judiciário é necessário para o balanceamento do sistema.

---

<sup>4</sup> Já tivemos a oportunidade de transcrever que, “a hetero-fiscalização entre (poderes) tinha caráter secundário, pois Executivo e Judiciário deviam cumprimento às decisões legislativas, sem participação ativa no processo de interpretação, atribuindo sentido ao texto ou participando da criação da lei, produto da racionalidade jurídica liberal. Havia obediência ao princípio da tipicidade estrita, em clássica estratégia de manutenção de poder”.

“A separação de poderes instituída para limitação do Estado teve seu âmbito de proteção normativo ampliado com o desenvolvimento do Estado prestacional ou positivo, pois, com base nessa finalidade, vem absorvendo uma forte tendência de instrumentalidade de sua aplicação: destina-se a assegurar o respeito, a aplicabilidade e o desenvolvimento em grau máximo de potencialidade dos direitos fundamentais, apresentando maior flexibilidade quanto às distinções funcionais sempre que necessário como instrumento de promoção aos direitos fundamentais”.

“Concluindo, temos que a nova dogmática interpretativa constitucional impõe uma releitura à separação de poderes, de modo que não mais se apresente como mera divisão de atividades burocráticas estatais, mas como instrumento de proteção aos direitos fundamentais, pois permite a atuação supletiva de um poder ao outro, se necessária à concretização dos direitos fundamentais”. (SILVA, 2009)

O Minimalismo, a moderação, a auto-contensão judicial que restringe a atividade jurisdicional à análise do procedimento formal, que prima sempre pela manutenção das decisões dos demais Poderes afronta a instrumentalidade da separação de poderes. O benefício da dúvida não deve ser conferido ao Executivo e Legislativo, deve ser conferido aos direitos fundamentais<sup>5</sup>.

A experiência do minimalismo judicial nos mostra que se “os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais de mera legalidade formal, os magistrados passam a aplicadores automáticos de regras que sancionam privilégios, discriminações e violências de várias espécies”. (DALLARI, 2002, p. 50)

É necessário um avanço da justiça no plano constituição-processo. De uma leitura moral e constitucionalizada do Código de Processo Civil exsurge a necessidade de bem delimitar a função natural do processo: o processo é um instrumento, um espaço onde aquele que teve seus direitos subjetivos violados provoca a atividade jurisdicional monopolizada pelo Estado para análise de sua pretensão, não é, portanto, estrela da relação jurídica processual, que se desenvolve entre autor, Estado-juiz e réu.

Deveras, o processo permite que o Estado materialize as leis que edita. Daí que a prolação da decisão que interpreta disposição legal deve ater-se não somente à micro-justiça do caso concreto, mas a macro-justiça, ciente do efeito que o pronunciamento casual promoverá às pretensões semelhantes, no macrocosmo do processo social. A atividade jurisdicional sempre deve ser norteada por reflexões sobre a justiça e aplicação judiciária. A postura judicial ativista condiciona a busca da solução do conflito à potencialidade de danos definitivos e numerosos. Eis um limite da interpretação ativista: o Imperativo Categórico Moral de Kant: age de tal forma que o preceito moral de sua conduta seja universalizável, seja

---

“Observados os valores e os fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política deve ser os que têm votos” (BARROSO, 2008, p. 12)

<sup>5</sup>“Os defensores da contenção judicial exaltam o risco das tensões e impasses capazes de quebrar o equilíbrio entre os Poderes. Mas, para alguns, o que transparece às vezes, por traz da contenção, é mais preocupação de índole política do que jurídica; ou quando se pretende facilitar o estabelecimento de precedentes contra a avalanche de certas ações que, se bem-sucedidas, podem acarretar ao Erário sobrecarga tamanha que este talvez não esteja em condições de suportar. Essas decisões quase sempre são proferidas com proveito para o chamado bem comum ou interesse público”. (RTJ, 55:208)

adotado por todas as outras pessoas sem prejuízo ao coletivo. Existe um poder cautelar geral inerente à função jurisdicional, de modo que nenhum juiz deve pronunciar-se ou ser compelido a fazê-lo ciente de que este não contribui para a construção do direito, que afronta a consciência coletiva da boa prestação jurisdicional.

“Tempos houve em que o processo, em vez de realizar, criava o direito. Ainda hoje ele cria. É de esperar-se que, dentro das futuras planificações econômicas, a sua criação, dentro delas, seja enorme. O que lhe é essencial é *aplicar* o direito. Não há só aplicação do direito preexistente. Aplica-se, também, o direito que se revela no momento, coincidindo então incidência e aplicação judicial (...)”. (MIRANDA, 1996, p. 28). O ativismo judicial procura, dentro do ordenamento jurídico vigente, encontrar a *mens legis* da norma a partir da interpretação com veiculação de valor e norma. Reformulando o preceito. É a interpretação do silêncio eloquente veiculado pela força normativa da Constituição, considerando seus valores fundamentais para o aperfeiçoamento da entrega jurisdicional.

### **3. A OBRIGAÇÃO ESTATAL**

Existe um dever constitucional de colaboração com as partes fundado na obrigação jurisdicional de proteção eficaz de direitos fundamentais, daí exsurge a necessária cooperação dos órgãos jurisdicionais com as partes tanto na materialização como na efetivação da tutela, o que repele uma atitude passiva em relação à matéria. A necessidade de atuação pró-ativa decorre também da vinculação constitucional com a prolação da única decisão justa.

Esse dever não afronta o princípio dispositivo. O juiz árbitro, encarregado de desempatar interesses privados, não se coaduna com o Estado de Bem-Estar Social, que defende uma concepção publicística do processo. Segundo Eduardo Cambi (2008, p. 158): “os fins públicos buscados pelo processo, como

instrumento democrático do poder jurisdicional, transcendem os interesses individuais das partes na solução do litígio”. Daí que a “sorte” do processo não pode ser entregue exclusivamente à vontade das partes. Isso não é justiça, é demagogia. O paradigma do Estado Liberal Clássico, patrimonialista, individual, foi substituído, no Estado Democrático de Direito, pelo ser humano coletivo.

Uma visão publicista do processo civil confere ao Estado-Juiz atuação pró-ativa, vinculando-o, exigindo comprometimento com o resultado do processo: a má apreciação da controvérsia não se imputa apenas a deficiência técnica das partes, mas à atuação jurisdicional omissa. Exemplificando: estuda-se na teoria das provas que o objetivo destas é o estabelecimento da verdade, logo, não se pode afirmar que o fim do processo é a pacificação de conflitos. O fim do processo é a produção de decisões verdadeiras, devendo a atuação jurisdicional vincular-se a esse objetivo. “O escopo jurídico do processo civil não é a composição da lide, ou seja, a criação ou complementação da regra a prevalecer no caso concreto – mas a atuação da vontade concreta do direito”. Dependendo este “direito” de uma “revelação inteligente” por parte do julgador, considerando fato social, valor e norma. (DINAMARCO, 2000, p. 135).

Segundo Carlos Alberto de Oliveira (2008, p. 229): “não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações e formalismos excessivos. (...) o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a prolação de decisões justas”.

Imparcialidade “não significa passividade, e o ativismo judicial é absolutamente essencial para que o processo seja capaz de produzir decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos e, por conseguinte, revelem-se aptas a atuar, concretamente, a vontade concreta do direito”. (CÂMARA, p. 43) “A interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos do texto.” (ÁVILA, 2003, p. 23) “O sentido jurídico, sendo externo às normas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente; sem o trabalho de

mediação e de concretização, que se impõe ao intérprete-aplicador, este não realiza o ideal de justiça.” (BRANCO, COELHO e MENDES, 2007, p. 86)

Para Arruda Alvim (2008, p. 72) “o juiz não deve ser um espectador do litígio, senão que deve ser um juiz ativo, o que se traduz na possibilidade de determinar provas, para que se tenha condições de conhecer a verdade, da mesma forma que é ao juiz que cabe conduzir o processo”. “Distinguida a relação processual, ou o processo, de seu conteúdo, aquela fica, fundamentalmente, sob a fiscalização do juiz, quer no que diz respeito ao respectivo andamento, quer, ainda e principalmente, no que atine com os requisitos gerais de sua formação, resguardando espaço para as partes no que diz respeito ao objeto do litígio propriamente dito.” (2008, p. 73)

Na relação jurídica processual o ativismo exige um juiz interessado no resultado do processo. O juiz inerte e desinteressado não se subsume ao processo democrático e sua postura pacifista afronta a instrumentalidade da ciência processual, porque sem a eliminação das diferenças econômicas e técnicas entre requerente e requerido, a efetividade do processo, na sua acepção mais sócio-filosófica é comprometida porque o instrumento não se torna palco de acesso à ordem jurídica justa. Em suma, a atuação do juiz ativista não é supletória, é conjunta: se todos almejam a satisfação dos desígnios da justiça é da concatenação desses desígnios comuns que a relação jurídica conduzirá à melhor solução, mais do que pacificação social, concreção da justiça. O vasto conhecimento da realidade, bem como as intuições bilaterais, geradas pelas manifestações processuais das partes, ensejam condições para que o ativismo judicial possa reformar para o bem, mesmo que a curto prazo não atinja o ideal.

Enfocando o ativismo do Direito Processual, dispõe Carreira Alvim (2008, p. 3): “O ativismo judicial, de um lado, põe em realce a instrumentalidade do processo, possibilitando ao juiz chegar à verdade real em vez de contentar-se com verdade apenas formal, e, de outro, exorciza alguns mitos processuais como a neutralidade do juiz e o *quod non est in actis non est in mundo*. O ativismo judicial traduz também a posição do juiz no processo, tendente a suprir a desigualdade processual das partes, decorrente de omissões processuais de seus patronos, com o objetivo de concretizar o princípio da igualdade material das armas”.

Assim, o ativismo processual exige um juiz ativo e participativo, que esclareça alegações ambíguas e incompletas, que atue para que todos os fatos relevantes à causa sejam trazidos à lume, que possibilite às partes manifestarem-se sobre eles, que discuta com elas a solução do pleito, que pergunte, que esclareça, que esteja eticamente vinculado ao litígio, advertindo o autor da insuficiência da motivação do pedido, o réu da insuficiência da resposta, em fim, permitindo que as partes se expressem integralmente sobre o necessário à solução da lide. O juiz tem o dever de esclarecimento, sua decisão deve basear-se na verdade apurada, não na falta de informação. Baseados no mesmo objetivo dentro da relação jurídica, existe um dever, recíproco de informação entre os sujeitos processuais, de atuação jurisdicional supletória e condescendente com o hipossuficiente, para assegurar a paridade de armas e justiça social da decisão<sup>6</sup>.

#### **4. DEVER DO JUIZ**

O juiz tem o dever de prevenir que o êxito da justiça da decisão não esteja comprometido pelo uso inadequado do processo por qualquer das partes ou pela deficiência de suas alegações ou pedidos. A cooperação processual impõe a colmatação de lacunas na exposição de fatos ou pedidos. A cooperação intersubjetiva dos sujeitos do processo facilita a seleção de elementos relevantes à reconstrução do caso, reduzindo o risco da injustiça da decisão, enquanto o silêncio do juiz constrange as partes à alegações inúteis e dificulta a busca da verdade real. Essa cooperação contribui para a democratização do processo e confronta uma atitude autoritária, burocrática e tecnicista da justiça, que repercutem negativamente no nosso ordenamento.

A necessidade de equilibrar os que confrontam na ordem jurídica sem uma readequação normativa que se desenvolve em velocidade compatível com as

---

<sup>6</sup>Segundo Denti Vittorio (1971, p. 64): “não há dúvida de que o poder de esclarecimento, no seu uso direto visando a obter a melhor defesa das razões do litigante débil, ingressa no quadro do emprego da técnica do processo por finalidade social”.

mutações sociais, espaciais e temporais, exigem do órgão jurisdicional, vinculado ao mesmo paradigma axiológico, uma atuação positiva a promover e equilibrar as partes, para que cada uma delas esteja em igualdade de condições para opor suas razões normativas delimitando o julgador à prolação da melhor decisão. O sistema jurídico é aberto à realidade não cogitada pelo legislador, normalmente conduzidas por princípios.

O juiz ativista deve, atento à instrumentalidade do processo, atuar na construção de técnicas processuais efetivas e adequadas à realização do direito material, com o garantismo resguardando os direitos e garantias daqueles que, *prima facie*, não tem o direito material que alegam, permitindo que, acima de outros objetivos, influenciem igualmente à formação de sua convicção. Adverte Aury Lopes Jr. (2005): “que o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela de direitos fundamentais”. O garantismo processual deve assegurar que o procedimento tenha um caráter dialético, o que não exime o julgador de apresentar comportamento ativo na busca da verdade real. Tem o poder-dever de esclarecer fatos. A aceleração do procedimento com a flexibilização das formas procedimentais coaduna-se com o devido processo se o exercício dos direitos fundamentais relativos às postulações das partes, com as cláusulas que lhes são inerentes, estiverem em simetria para influenciar a convicção do julgador sob a égide da efetiva proteção judicial, tudo isso considerando a instrumentalidade do processo. Noutras palavras, o desapego jurisdicional à forma de desenvolvimento do processo depende de compatibilização com os demais princípios constitucionais.

## **5. FORMALIDADE PROCESSUAL**

Segundo Baracho (1999, p. 11): “não se pode buscar a simplicidade e eficácia processuais, com o sacrifício das garantias fundamentais do processo, com procura de sistema jurídico menos opressivo e menos gravoso economicamente. Os princípios constitucionais efetivam-se através de uma justiça menos onerosa, mas

sem se esquecer custo e qualidade. O juiz como órgão terminal de apreciação da Constituição, deve ser objetivo e claro em garantir os direitos fundamentais, como pressuposto de qualquer outro direito de interesse individual ou coletivo, nos termos dos procedimentos consagrados”. O que se exige é que o monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado “não se traduza, na prática, num jogo formal sistematicamente reconduzível à existência de formalidades e pressupostos processuais, cuja desatenção pelos particulares implica a perda automática das causas”. (CANOTILHO, 1999, p. 465)

A jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos consolidou-se do sentido de que deve haver “uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”, proibindo-se todo “entrave desproporcional ao direito de acesso ao tribunal<sup>7</sup>”. O Tribunal Constitucional Espanhol já asseverou que “as normas que contém os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo.<sup>8</sup>”

As regras procedimentais são instrumentos para assegurar a paridade de armas e oportunidades entre os litigantes, bem como para tutelá-los contra o arbítrio do Estado. São sempre abstratamente instituídas em benefício das partes. Devem ser removidas se as prejudica, pois a forma não pode frustrar os fins do processo. O que se exige, portanto, por disposição constitucional, é demasiada tolerância quanto à observância da forma dos atos processuais para não impedir a realização dos direitos subjetivos dos litigantes. O itinerário de um procedimento ideal chegará sempre a soluções justas e sem dilações indevidas. Se as peculiaridades das circunstâncias desviam-se desse destino impõe-se ao órgão jurisdicional uma correção de rota. Eis o papel do juiz ativista<sup>9</sup>. “Com o reconhecimento do caráter instrumental do processo, não se tolera mais que o direito à tutela jurisdicional seja comprometido a pretexto de se atender a pressupostos processuais desnecessários, não adequados e desproporcionais”. (JAYME, 2008, p. 247)

---

<sup>7</sup>Arestos *Levages Prestations Services vs. França*, de 23.10.1996, *Recueil*, 1996-V, §40, *Brualla Gómez de la Torre vs. Agne*, de 19.12.1997, § 33, *Garcia Manibardo vs. Espanha*, de 15.02.2000.

<sup>8</sup>Sentença 57, de 08.05.1984.

<sup>9</sup>De acordo com o artigo 175 do Código de Processo Civil italiano, o juiz instrutor “exerce todos os poderes destinados ao mais rápido e leal desenvolvimento do procedimento”.

“O ativismo condiz, pois, com a contextualidade do Direito Processual Civil, no pertinente à atividade jurídica e a ação judiciária: atuação de um Poder (política); função do **jus dicere** (finalidade); processo e organização (instrumentalidade)”. Tem “o juiz como figura principal”. (LEITE, 2008, p. 2) O juiz conducente do processo se confunde com a própria justiça enquanto valor, personifica o justo. É dele que se espera a ética da atividade jurisdicional. Ele deve minimizar as diferenças, priorizar os interesses mais valiosos, produzir decisões profundamente qualitativas. O novo modelo de processo exige um juiz engajado, comprometido com a direção a ser tomada pela atividade jurisdicional, evitando desvios, coibindo a má-fé, preocupado com o bom termo do processo em curto espaço de tempo, conduzindo, com a dignidade do cargo, o campo ético que deve impregnar todas as relações jurídicas.

Se existe uma promessa constitucional solene de construção de um Estado Democrático de Direito, os fenômenos processuais devem compatibilizar-se com o regime democrático e a interpretação democrática do processo deve ser provida de “sentido ativo de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizado pelo e no processo, isto é, pelo e no exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro”. (BUENO, 2008, p. 158) Essa nova hermenêutica, ou modo de pensamento do direito processual, deve ser absorvida pelos órgãos jurisdicionais e externadas por meio do ativismo judicial, pois o exercício processual conforme a Constituição Federal depende mais dos operadores do direito do que de instrumentos normativos. A reinterpretção do processo civil exige um estruturação racional daquele que o interpreta, especialmente que o aplica. Como pregava Platão: “não há justiça sem homens justos”. Portanto, vão às ruas Excelências, sintam o clamor popular, os anseios democráticos silentes e desacreditados pela crise institucional que se expande pelo país. Não sejam omissos, tutelem nosso Estado Democrático, sejam ativistas do direito, não se escondam na incompetência e má vontade legislativa<sup>10</sup>. Tomais a breve e singela lição de Reale: “a justiça reside no valor da pessoa humana!”. Trata-se de promover “uma alteração qualitativa e consciente na

---

<sup>10</sup> “O ativismo judicial tem sido bem aceito pela sociedade, principalmente nos casos de omissão do Congresso. Aliomar Baleeiro escreveu sobre o judiciário que supre lacunas, freia a inovação inoportuna do legislador afoito, pisa o acelerador do congresso omissor, lerdo ou tímido. Enfim, completa a Constituição, que é a sua competência mais nobre”. (LEITE, 2008, p. 32)

interpretação e aplicação da legislação processual civil que não pode se desviar daquele modelo.” (constitucional)(BUENO, 2008, p. 164)

## 6. CONCLUSÃO

Concluindo, temos que o julgador deve reelaborar e reinterpretar continuamente o Código de Processo Civil ajustando-o às circunstâncias históricas e exigências sociais, atuando como partícipe da modernização do Processo Civil Brasileiro. As formalidades burocratizantes obstam ou retardam a efetividade da prestação jurisdicional em contínua violação ao princípio constitucional de acesso à justiça. A interpretação formalista dos institutos processuais deve ser substituída por uma interpretação construtiva, permeável a valores extrajurídicos, como os políticos e sociológicos. Num processo constitucional democrático o imobilismo jurídico retarda o aperfeiçoamento das técnicas processuais praticadas. A hermenêutica jurídica tradicional, baseada numa interpretação puramente lógica e mecânica, não mais satisfaz as exigências de um regime na qual a interpretação parte dos direitos fundamentais. Segundo José Augusto Delgado (2008, p. 336), “o Poder Judiciário não pode ficar limitado a ser mero aplicador da literalidade da lei, devendo ser mais do que nunca uma sentinela de direitos fundamentais”, promovendo sua absoluta plenitude. “A eficiência do Poder Judiciário é, por essa razão, necessária para a modernização do Estado e tem uma importante função na promoção do desenvolvimento, na redução da pobreza e no fortalecimento da democracia”. (JAYME, 2008, p. 237) “Se impõe uma mudança fundamental de mentalidade, uma melhor compreensão da matéria. Não se pode continuar pensando dentro de categorias e esquemas jurídicos construídos há várias décadas, ante a realidade de um mundo que já não existe<sup>11</sup>”. O pós-positivismo e o neoprocessualismo não são tendências, não são teorias, são fatos desencadeados historicamente, exigindo do operador do direito apego à normatividade constitucional na definição da

---

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones e Costas. Sentencia de 04.07.2006.

instrumentalidade processual, formando um cultura jurisdicional democrática de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material*. In *Processo Civil – Novas Tendências – Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Neutralidade do juiz e ativismo judicial*. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br>, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Processo Constitucional*. Manaus: FGV, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas*. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=50](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=50), 2005

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em [www.oab.org.br/oabeditora/users/revista](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista), 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Teresina: Jus Navegandi, a. 9, n° 851, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O “modelo constitucional de direito processual civil”: um paradigma necessário do estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. In *Processo Civil – Novas Tendências – Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*. In *Processo Civil – Novas Tendências – Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. In: *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6 ed. Salvador: Podium, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COUTURE, J. Eduardo. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. In: *Estudios de derecho processual civil*. Tomo I. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, José Augusto. *Ativismo Judicial. O papel político do Poder Judiciário na sociedade contemporânea*. In *Processo Civil – Novas Tendências – Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20 ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Frabris, 1998.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro*. In *Processo Civil – Novas Tendências – Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JUNIOR, Aury Lopes. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Disponível em <http://www.aurylopes.com>.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br>, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 15, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. in DIDIER Jr., Fredie (org.). "Leituras complementares de processo civil". 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

SILVA, Caíque Tomaz Leite. *Separação de Poderes: do Liberalismo ao Pós-Positivismo*. Disponível em <http://www.periodicoedireito.com.br>, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa*. New York: Basic Books, 2005.

VITTORIO, Denti. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni de Comunità: 1971.

ZANETTI Jr., Hermes. *A teoria circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)*. in DIDIER Jr., Fredie (org.). Leituras complementares de processo civil. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.