



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

JOSE AMILTON TORQUATO

NEOPROCESSUALISMO, GARANTISMO PROCESSUAL E ATIVISMO JUDICIAL:

A atuação ex officio do juiz nos processos em que grupos ou pessoas em desvantagem sejam partes.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – Uni-CEUB como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Professor Dr. Jefferson Carús Guedes

Brasília
2016

JOSE AMILTON TORQUATO

NEOPROCESSUALISMO, GARANTISMO PROCESSUAL E ATIVISMO JUDICIAL:

A atuação *ex officio* do juiz nos processos em que grupos ou pessoas em desvantagem sejam partes.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – Uni-CEUB como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Professor Dr. Jefferson Carús Guedes

Brasília, 23 de agosto de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Jefferson Carús Guedes – Orientador

Professor Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona - Examinador

Professora Dra. Letícia Erig Osório de Azambuja - Examinadora

Este trabalho é dedicado à minha família, especialmente à minha mãe, que sempre acreditou no estudo como forma de se alcançar a liberdade. À minha esposa e companheira Raquel Pinheiro Freitas pelos incentivos nas horas mais difíceis. Aos Professores Jefferson Carús Guedes pelas importantes orientações, Paulo Carmona por estar sempre disposto a ajudar e Letícia Erig Osório de Azambuja pela ajuda, principalmente, nas traduções. A todos os amigos que, de alguma maneira, contribuíram para a concretização desse objetivo pessoal.

RESUMO

O movimento doutrinário chamado neoconstitucionalismo foi o responsável por profundas mudanças por que passou o estudo do direito no Brasil, nos últimos anos. Essas mudanças tornaram-se mais evidentes após a Segunda Guerra Mundial, quando o direito constitucional passou a exercer profunda influência nos outros ramos do direito. A isso, a doutrina resolveu chamar de constitucionalização do direito. As Constituições da maioria dos países da Europa e América Latina, com o fim da Guerra, começaram a se preocupar em trazer em seu texto, alguns direitos fundamentais destinados às pessoas. Isso foi o responsável por essa maior aproximação do direito infraconstitucional com o direito constitucional. Nessa fase, os princípios começaram a ganhar maior importância na aplicação do direito, de maneira que o apego excessivo ao positivismo jurídico passou a ceder espaço a uma nova forma de interpretar o direito. Com essas mudanças de paradigmas, a pessoa humana passa a ser vista como o principal elemento dos ordenamentos jurídicos, de modo que o direito, antes voltado para a esfera patrimonial, começa a se preocupar com o ser humano, fazendo com que a pessoa assuma a posição de protagonista dos ordenamentos jurídicos modernos. Diante dessa mudança na forma de ver o direito, começou uma discussão no meio doutrinário a respeito da possibilidade de o juiz atuar *ex officio* na condução do processo, principalmente quando ao poder de instrução do processo. Surgiram então duas correntes na doutrina em sentidos antagônicos, embora, esse antagonismo seja mais de aparência, porque a finalidade dos dois movimentos, ativismo judicial e garantismo processual seja a mesma: garantir uma boa prestação jurisdicional. O ativismo judicial defende amplos poderes ao juiz na condução do processo. A corrente garantista defende uma postura mais cautelosa do juiz, de modo que quando ele atua no processo, sem provocação das partes, acaba por malferir o princípio da imparcialidade.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ativismo Judicial. Garantismo Processual Civil. Judicialização da Política. Protagonismo do Judiciário

ABSTRACT

The doctrinaire movement called New Constitutionalism was the responsible for the deep changes experienced by the Law study in Brazil in the last years. These changes became more evident after the Second World War, when the Constitutional Law started to highly influence the other disciplines of Law. Doctrine, then, decided to call it the Constitutionalization of the Law. The Constitutions of most countries in Europe and in Latin America, by the end of the War, began to worry about bringing in its texts some of the fundamental human rights. This event was also the responsible for the approach of the infra-constitutional law to the constitutional law. At this stage, principles began to gain greater importance in the application of the Law, so that the excessive attachment to legal positivism began to give space to a new way of understanding Law. With these paradigm changes, human beings started being seen as the main element of the whole legal systems, so that the Law, before turned mostly to the patrimonial sphere, began worrying about the human being and making person assume a main role in modern legal systems in general. Face to this change, discussion about the possibility of the Judge acts ex officio while driving the process arose, especially about its instruction power. Then, appeared two opposite streams in doctrine, the Judicial Activism and the Judicial Guaranteeism, although there is only a surface antagonism, because its purposes are, in the end, the same: to ensure an proper legal adjudication. The Judicial Activism advocates broad powers to the Judge when driving the process. The Guaranteeism advocates for a more careful approach for the Judge, so that when he acts in the process, without any provocation of the interested subjects, ultimately, breaks the principle of impartiality.

Keywords: New Processualism. Judicial Activism. Civil Procedure Guaranteeism. Judicialization of Politics. Judicial Main Role.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
-----------------	---

CAPÍTULO I

A CORRELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO MODERNO, NEOCONSTITUCIONALISMO, PROCESSUALISMO MODERNO, NEOPROCESSUALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E OS ESCOPOS DO PROCESSO CIVIL MODERNO

1. Constitucionalismo moderno	17
1.2. Neoconstitucionalismo	20
1.3. Processualismo moderno.....	27
1.4. Neoprocessualismo.....	30
1.5. Neoconstitucionalismo e o processo civil moderno.....	37
2. Escopos do Processo Contemporâneo e a relação com o Neoconstitucionalismo	39
2.1 A questão sobre a existência dos escopos do processo.....	39
2.2. Os escopos do processo, uma necessária explicação.....	42
2.3. Análise do escopo social da jurisdição.....	43
2.3.1. A busca da pacificação social com justiça	44
2.3.2. A educação como uma das metas do escopo social da jurisdição	45
2.3.3. O escopo social sem perder de vista a técnica processual	46
2.4. Os escopos políticos do processo.....	47
2.5. O escopo jurídico do processo.....	48
2.5.1. A relação entre processo e direito	50

CAPÍTULO - II

NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO E ALTERAÇÃO DO PAPEL DAS PARTES E DOS PODERES DO JUIZ

1. A evolução do direito processual até o estágio atual	53
2. O neoconstitucionalismo e sua influência na esfera processual	54
3. Constitucionalização do processo e do direito em geral	56
4. O neoprocessualismo e a criação do direito pelo Judiciário.....	62
5. O direito processual sob a ótica do direito constitucional.....	65

6. O acesso à Justiça como direito fundamental e o neoprocessualismo	68
7. Os poderes do juiz e o neoprocessualismo.....	72
7.1. A imparcialidade do juiz e o poder de produzir provas <i>ex officio</i>	74
7.2. Limites da produção de prova <i>ex officio</i> pelo juiz.....	77
8. O excesso de formalismo e o neoprocessualismo	80
9. A função política desempenhada pelo Poder Judiciário no neoprocessualismo ...	85

CAPÍTULO – III

O GARANTISMO PROCESSUAL CIVIL

1. Breves palavras sobre o garantismo	91
2. A igualdade formal, a igualdade material e o garantismo processual	95
3. O garantismo processual e a mitigação da teoria da separação dos Poderes.....	99
4. Ativismo judicial e garantismo processual: uma convivência possível?	101
4.1. Seria a cooperação o ponto de equilíbrio entre ativismo e garantismo?.....	106
5. O garantismo processual e a impossibilidade de iniciativa do juiz em matérias processuais restritas às partes.....	108
6. O garantismo processual e as demandas em que se busca a implementação de políticas públicas	111
7. O garantismo processual e controle do mérito do ato administrativo	115
8. O princípio dispositivo e o garantismo processual	120
9. Críticas ao garantismo processual	124

CAPÍTULO - IV

O ATIVISMO JUDICIAL

1. O ativismo judicial e a separação dos poderes	127
2. Ativismo judicial e a judicialização da política	132
3. O protagonismo assumido pelo Judiciário em razão do ativismo.....	140
3.1. Dimensões atribuídas ao ativismo judicial	143
4. O princípio dispositivo e o ativismo judicial: uma conciliação possível.....	144
5. Os poderes e os limites da atuação <i>ex officio</i> do juiz na condução do processo	147
6. O ativismo judicial nas demandas em que se busca a efetivação de políticas públicas	152
7. O ativismo judicial e as questões judiciais que versam sobre o direito à saúde no Brasil	156

8. O ativismo judicial e a possibilidade de concessão dos benefícios da justiça gratuita <i>ex officio</i> pelo magistrado.....	163
8.1. A gratuidade de justiça e o patrocínio em juízo por advogado particular	167
9. O ativismo judicial e o controle do mérito dos atos administrativos.....	169
10. Críticas ao ativismo judicial	174
CONCLUSÃO	179
REFERÊNCIAS	185

Introdução

A Constituição é o alicerce de todo o sistema jurídico e político de um país. No caso do Brasil, a ordem constitucional, inaugurada em 1988, demonstrou grande preocupação no sentido de evitar privilégios entre as pessoas, assegurando, no rol dos direitos e das garantias fundamentais, a igualdade de todos perante a lei. Também consta como direito fundamental, que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

Esta dissertação tem como objetivo apresentar a controvérsia existente no meio judiciário, a respeito dos temas ativismo judicial e garantismo processual. Sendo o ativismo uma corrente doutrinária que permite ao magistrado agir de ofício em certas situações, mormente quando determinadas categorias de pessoas fazem parte da relação processual e a corrente garantista, por outro, mostra-se refratária à possibilidade de o juiz agir sem prévia provocação das partes.

O motivo que nos despertou a pesquisar o tema ativismo judicial e garantismo processual foi, principalmente, o fato de observarmos, no dia a dia forense, a grande quantidade de processos que são julgados, em muitos casos, sem exame do mérito da questão controvertida, ou julgado improcedente o pedido por insuficiência de prova, por não agir o juiz *ex officio* na produção de alguma prova ou até mesmo assumir uma postura proativa, de forma a evitar a extinção do processo sem uma resposta sobre o mérito da demanda.

A dissertação tem como base a pesquisa doutrinária a respeito do tema. Porém, não se limitará o trabalho a essas questões, pois algumas questões jurisprudenciais sobre o ativismo judicial serão analisadas.

Busca-se, com este trabalho, afastar a ideia defendida por parte da doutrina no sentido de que quando o juiz age *ex officio*, na condução do processo, desde que a situação concreta justifique essa postura, fere-se o princípio da imparcialidade da jurisdição.

Na primeira parte do trabalho, a pesquisa se volta para as mudanças por que passou o estudo do direito nas últimas décadas. Fundamentalmente com as mudanças de paradigma do direito infraconstitucional que passou a ser interpretado

em consonância com o direito constitucional. Nesse momento histórico, começou a surgir a chamada constitucionalização do direito, que a doutrina constitucionalista denomina de neoconstitucionalismo. Aqui, será feita a correlação do direito processual com os traços delineados pelo novo direito constitucional.

No segundo capítulo, busca-se mostrar a alteração do papel desempenhado pelo juiz e pelas na condução do processo no período do neoprocessualismo. Aqui, se começa a admitir uma mudança no comportamento do juiz, que antes era como uma figura indiferente ao processo. Nessa quadra da história, o papel do juiz começa a se voltar para a resolução do problema das partes de forma justa. O ideal de justiça passa a fazer parte da preocupação do julgador.

No terceiro capítulo deste trabalho, será feita uma análise sobre o garantismo processual civil, que em linhas gerais, tem uma visão diametralmente oposta ao que pensam os defensores do ativismo judicial.

Com uma ideia doutrinária em sentido oposto ao ativismo judicial, a corrente doutrinária denominada, garantismo processual, defende que o juiz não pode e nem deve assumir uma postura ativa na condução do processo. O juiz, para os garantistas, deve se limitar a julgar a causa nos termos em que foi proposta, não deve se preocupar com produção de provas *ex officio*, pois isso implicaria a quebra do postulado da imparcialidade do juiz.

A corrente garantista tem como principais defensores Montero Aroca (na Espanha), Alvarado Velloso (na Argentina) e no Brasil, o principal expoente é Glauco Gumerato Ramos. Para o professor argentino Adolfo Alvarado Velloso¹, *in* El garantismo procesal, o garantismo seria uma posição doutrinária firme na manutenção irrestrita da vigência constitucional e, por conseguinte, da ordem legal vigente no Estado, de maneira que essa ordem se adapte à plenitude das normas programáticas contidas no texto constitucional, de forma que não admitem a ideia de um juiz comprometido com pessoas ou grupos e sim, com a Constituição. Continua afirmando que o processo judicial é a maior garantia que a Constituição outorga para a defesa dos direitos individuais desconhecidos pelas pessoas, começando pela liberdade e pela própria autoridade com a qual o indivíduo pode igualar-se juridicamente somente através do processo.

¹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal, cap. 5, p. 56.

O que defendemos neste trabalho é que o garantismo, tal como proposto por seus defensores, não pode ser aplicado indiscriminadamente no direito brasileiro, isso porque, na realidade brasileira, em muitos casos as partes não se apresentam perante o juízo em condições de igualdade de defesa, ainda que formalmente estejam em igualdade. Em muitos casos, uma das partes sequer tem condições de custear as despesas do processo, estando em juízo sob o pálio da gratuidade judiciária. Quer dizer, a depender do caso concreto, a nosso sentir, o juiz tem que assumir uma postura ativa na condução da relação processual, para poder oferecer uma prestação jurisdicional justa, de forma que não permita à parte que não tenha um bom direito possa sair-se vencedora na demanda, apenas por estar assistida em juízo por um advogado mais experiente, ou ainda por ser mais preparado tecnicamente.

Não nos parece que a justiça esteja sendo feita quando uma parte que, mesmo tendo razão no plano do direito material, venha perder esse direito em razão de pequenos detalhes processuais, quando o juiz poderia agir visando a uma justa e adequada prestação jurisdicional. Enfim, uma prova produzida por um juiz, mesmo sem requerimento das partes, longe está de quebrar sua imparcialidade.

No último capítulo, a pesquisa se volta para a análise do chamado ativismo judicial que, embora muitos o vejam como uma oposição ao movimento doutrinário chamado garantismo processual, na realidade, trata-se de caminhos diferentes na busca de se atingir o mesmo ponto.

O processo civil, para chegar ao estágio atual, passou por evolução conceitual de significativa importância. Primeiro, o processo era visto como mero ramo do direito civil, portanto, uma derivação do direito privado, desprovido de qualquer autonomia. Nessa época, vivia-se a fase do sincretismo processual.

Nesse período, não se tinha uma ciência processual como atualmente se concebe. O processo era tido apenas como uma sucessão de atos e por isso era confundido com o que conhecemos hoje como mero procedimento.

Enfim, nessa fase embrionária da ciência processual, não havia conceituação própria nem princípios exclusivos do processo.

Inegavelmente, deve-se a Oskar von Bülow,² no século XIX, a demonstração da existência de uma relação jurídica entre os sujeitos integrantes do processo de forma desvinculada da relação do direito material discutida. A organização dessa relação jurídica independente da relação do direito material foi o primeiro passo para a autonomia do direito processual como ciência.

Com o passar dos anos, as necessidades por demandas judiciais mais efetivas tornou-se uma realidade, de forma que o processo teve que evoluir, ganhando ares de ciência autônoma, saindo da dependência conceitual de simples ramificação do direito civil. Essa fase autônoma do processo é chamada também de fase do processualismo ou simplesmente, processualismo por parte significativa da doutrina brasileira.

Depois dessa fase de obtenção da autonomia do processo, chegou-se a uma nova fase que foi denominada pela doutrina de instrumentalismo ou fase instrumental do processo. Nessa fase, o processo não perdeu sua autonomia, porém passou a ser visto apenas como um instrumento de realização do direito material. Aqui, o processo perde um pouco do seu caráter mais técnico, de forma que não poderia ser visto como um fim em si mesmo, mas uma ponte para se alcançar um fim, sendo o caminho de acesso à justiça.

No atual estágio no Brasil, o processo vive uma nova fase que é denominada pela maioria da doutrina como neoprocessualismo, mas para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a denominação mais adequada para essa fase, é formalismo-valorativo ou formalismo ético. Percebe-se, desse modo, o caráter polissêmico do termo.³ Por outro lado, não podemos entender o fenômeno do neoprocessualismo sem entendermos o que se denomina neoconstitucionalismo, que pode ser entendido como uma maneira inovadora de se interpretar e aplicar o direito, dando-se maior carga valorativa aos direitos fundamentais constantes nas Constituições modernas dos Estados Democráticos de Direito. Neoprocessualismo, sob essa ótica de análise, é o novo processo interpretado à luz das normas constitucionais. O Código de Processo Civil de 2015, principalmente nos primeiros artigos, traz um exemplo da convergência do direito processual à Constituição. Isso fica bem evidenciado nos

² BÜLOW, Oskar Von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Tradução para o espanhol de Miguel Angel Rosas Lichtschein. EJEA. Buenos Aires, 1964. A obra do autor alemão foi publicada originariamente em 1868, na Alemanha.

³ DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil, 17ª ed. Salvador, 2015, p. 45.

artigos 1º a 12 do CPC/2015. O processo ganha uma roupagem de elemento efetivador dos mais amplos anseios da sociedade, perdendo a concepção de simples instrumento de aplicação das normas do direito material.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que o formalismo processual deve ser compreendido sob a ótica de um movimento cultural que tem como meta concretizar valores traçados pela Constituição na esfera processual.⁴

Com essa ideia de um novo processo, passou-se a exigir que os juízes não mais fossem simples “aplicadores” da lei, tendo que assumir uma postura mais ativa na condução do processo, fundamentalmente na produção de provas sem requerimento das partes.

A partir da Constituição Brasileira de 1988, o estudo do Direito Processual passou a ter como meta os nortes traçados pela Constituição, que alçou à condição de direito fundamental o devido processo legal, assegurando a todos os litigantes no processo judicial ou administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV).

O legislador constituinte não se limitou apenas a tutelar o processo com o contraditório e com a ampla defesa. Foi agraciado o processo com um elevado número de garantias e princípios previstos no texto constitucional, que aqui podemos destacar o princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV da CF/88), o do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88) e a exigência de fundamentação adequada a todos os atos judiciais (art. 93, IX da CF/88), dentre outros.

Desta forma, percebe-se uma preocupação do legislador constituinte de 1988 com as garantias e direitos fundamentais, disponibilizando uma série de instrumentos processuais para se poder efetivar tais direitos.

Para se conseguir efetivar muitos dos direitos garantidos na Constituição, não basta uma previsão no texto normativo, necessário que o juiz assumira uma postura

⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 6/7. “A totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”, investindo-se, assim, na ‘tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento’, com o que ‘contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”.

mais ativa, deixando de ocupar uma posição de mero expectador inerte de um confronto entre as partes.

Portanto, diante desse cenário, em que muitos direitos estão garantidos no texto da Constituição e da lei, para que não se tornem uma previsão sem nenhuma efetividade, exige-se uma postura proativa do juiz e a isso se denomina de ativismo judicial.

Não pode, no entanto, admitir-se e exigir-se que em todas as causas o juiz assumira essa postura, principalmente no tocante à produção de provas, necessário se faz que as condições das partes justifiquem essa postura. Sendo injustificada essa condição ativa quando as partes estiverem em juízo em plenas condições de igualdade.

Importante lembrar que quando nos referimos ao ativismo judicial, não se está criando algo novo. O Código de Processo Civil tem dispositivos que autorizam o juiz a agir *ex officio*, como no artigo 370, CPC/2015, que praticamente repete a redação do artigo 130, CPC/1973, em que permite ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a produção das provas necessárias à instrução do processo. Isso, a rigor, não é novidade no nosso sistema processual, pois no CPC/1939, nos Códigos de Processo Civil dos Estados e até no Regulamento 737/1850 já se encontrava essa possibilidade.

A postura de um juiz ativo não fere o princípio da imparcialidade da jurisdição, nem o princípio da demanda, também não contraria o princípio dispositivo, que estabelece os limites de atuação do julgador àquilo que foi delimitado pelas partes. Justificamos esse ponto de vista com o argumento de que, ao mandar produzir uma prova, sem requerimento da parte, o juiz não sabe a qual das partes essa prova irá beneficiar, o que se pode afirmar, de antemão, é que essa prova poderá desempenhar importante contribuição na prestação de uma jurisdição justa e adequada.

Da mesma forma, não se justifica o argumento de que a imparcialidade do julgador resta referida, ao produzir prova *ex officio*, porque a prova que uma parte produz, ao integrar ao processo, ela não pertence a quem a produziu, já que ela integra ao processo e pode, perfeitamente, ser favorável à parte contrária, sem que o requerente possa se insurgir contra isso.

Ora, qualquer estudo sobre o direito não pode perder de vista a ideia de que o direito é um fenômeno cultural também, de forma que não pode ser visto como uma simples subsunção de um fato da vida a uma norma legislativa que nem está em sintonia com as necessidades que a vida impõe. É importante notar que o processo, deixa de ser visto como mera técnica de aplicação do direito material. Assume a função de um importante instrumento de caráter ético, mas sem perder de vista a sua roupagem técnica.⁵

A ciência processual contemporânea traz consigo a inseparável influência da axiologia do homem, pois o processo é um fenômeno cultural, produto exclusivo da vontade humana, o reflete, invariavelmente, os valores dominantes em determinada sociedade e em determinado tempo. No entanto, não se pode assegurar que sempre assim foi visto o processo. Isso porque a sua estruturação técnica, conquanto nunca tenha elidido o caráter cultural do seu próprio formalismo, mereceu, ao longo de vários séculos, ênfase desmesurada a ponto de dificultar a sua adequada percepção.⁶

Em outras palavras, o direito não deve se limitar aos estreitos parâmetros de uma lei. Necessário que o juiz possa ser ativo de acordo com a situação a ele apresentada no caso concreto, observando os limites da lei.

Não há dúvidas de que a doutrina mais tradicional se posiciona de forma refratária à ideia proativa do juiz, normalmente amparada no argumento de que a lei reflete a vontade do povo e como todo poder emana do povo, não poderia o juiz, sem estar investido na condição de representante do povo, assumir uma postura de criador do direito. Para os seguidores desse pensamento, o juiz desempenha uma função eminentemente técnica devendo se limitar a aplicar a lei de forma que não possa inovar na função judicante.

Impossível nos afastar da ideia de que vivemos em um Estado democrático de direito em que o acesso à justiça é postulado constitucional previsto na Constituição como um direito fundamental. Não se trata de mero acesso ao Judiciário, quer dizer, quando se busca o Judiciário, busca-se a justiça em sentido material e não simplesmente um acesso formal ao Poder que tem como premissa

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60/62.

⁶ COSTA, Eduardo Cunha da. Considerações acerca dos fundamentos axiológicos do processo. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 66, maio 2010 – ago. 2010, p. 80-100.

maior aplicar o direito ao caso concreto e não propriamente aplicar a lei (artigos 1º ao 8º, CPC/2015).

O juiz, para fazer justiça, não pode ficar preso ao texto da lei. Há de fazer uma interpretação da norma de acordo com os mandamentos previstos no texto constitucional, dentre eles, está o acesso à justiça. Repetimos, não apenas o acesso ao Judiciário.

A função judicante é desempenhada por seres humanos que examinam os fatos sociais levados até a eles com toda a carga de conhecimento que a vida lhes impõe. Ao julgar, o juiz aplica os conhecimentos que a experiência de vida lhe trouxe.

Parece desnecessária a afirmação de que quando defendemos uma postura ativa do juiz não estamos defendendo que o julgador tome o lugar do legislador formulando normas gerais e abstratas. A criação que o juiz deve desempenhar é aquela decorrente, necessariamente, do exercício da função judicante, individualizando a norma de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Diante dessa situação, a capacidade criadora do juiz é legítima e completamente justificada porque busca a justiça no seu aspecto material.

Outra razão justificadora de uma postura ativa do julgador é que a lei, por mais atual que seja, não dispõe de condições de abarcar todos os fatos da vida. Ou seja, a realidade da vida está sempre à frente da realidade legislativa. Como os casos levados ao Judiciário não podem ficar sem solução, abre-se espaço para uma postura criativa do juiz.

CAPÍTULO – I

A CORRELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO MODERNO, NEOCONSTITUCIONALISMO, PROCESSUALISMO MODERNO, NEOPROCESSUALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E OS ESCOPOS DO PROCESSO CIVIL MODERNO

1. Constitucionalismo moderno

Antes de iniciarmos o assunto aqui indicado, julgamos necessário apresentar, em poucas palavras, a noção tradicional da teoria jurídica que apresenta o direito como um fenômeno cultural e com o objetivo de resolver os conflitos que surgem no seio da sociedade e também uma pequena noção sobre a teoria crítica do direito, como sendo o direito um fenômeno ideológico assemelhado à política. Melhor conceituação sobre as teorias aqui indicadas encontra-se em Luís Roberto Barroso.⁷

Embora este trabalho não verse, essencialmente, sobre constitucionalismo, mostra-se indispensável para compreendermos melhor o neoprocessualismo, uma rápida explicação sobre o constitucionalismo e também sobre o neoconstitucionalismo.

Na Antiguidade já se percebeu a necessidade de que houvesse uma lei, dentre as leis, que assumisse a função de organizar o poder. A esse lei resolveu-se chamar de Constituição. No entanto, esse aspecto diferenciador somente ganha corpo a partir do século XVIII na Europa e a finalidade maior era afirmar a existência de leis superiores. A partir de então, o vocábulo “Constituição passou a ser

⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Parte II, capítulo 1, itens 1 e 2, págs. 251-253. “O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultura, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. Onde quer que haja um agrupamento humano, normas de organização e conduta tendem a desenvolver-se, ainda que de forma tácita e precária. (...). A teoria crítica enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a denominação disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. Contra isso, a teoria crítica preconiza a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação.

empregado para designar o corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado.”⁸

A consolidação da expressão constitucionalismo ocorreu, fundamentalmente, após os movimentos revolucionários registrados entre os séculos XVII e XVIII em que se deu origem a três modelos de constitucionalismo: o inglês, o norte-americano e o francês, sendo que esses dois últimos são denominados de constitucionalismo moderno. No entanto, importante destacar que as noções embrionárias do constitucionalismo são de época bem anterior, sendo que o termo constituição faz parte da obra de Aristóteles.⁹

O vocábulo constitucionalismo apresenta-se com uma feição polissêmica, ainda que essencialmente afeito ao campo jurídico, também ostenta uma face sociológica. Na sua faceta jurídica, refere-se a um sistema de normas, enraizado na Constituição e ocupa uma posição superior em relação àqueles que detêm o poder. No aspecto sociológico, significa um fenômeno que tem como meta mais importante limitar o poder, principalmente com o escopo de evitar que, aqueles que estão no poder, exerçam-no em prol de seus interesses.¹⁰

O constitucionalismo em sentido amplo traz a ideologia que demanda a criação de uma Constituição qualquer com o objetivo de limitar o poder e prevenir o despotismo. Por outro lado, o constitucionalismo em sentido restrito traz em si, a ideologia que requer a criação de uma Constituição específica também com objetivo de limitar o poder e de prevenir o despotismo. O constitucionalismo frágil ou débil é aquele que exige uma Constituição apenas com a finalidade de limitar o poder já existente, sem se preocupar com uma defesa específica dos direitos fundamentais, por outro lado, a ideia de constitucionalismo forte requer a existência de uma Constituição que tenha como objetivo garantir os direitos e as liberdades fundamentais diante do poder estatal.¹¹

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional – 38ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 37.

¹⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional, cap. 7, item 1, p.247.

¹¹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In Neoconstitucionalismo(s), Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, 2003, p. 77.

A doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho¹² indica a existência de vários constitucionalismos, como o inglês, o americano, o francês etc. Há, no entanto, certa preferência pela expressão “movimentos constitucionais”. Para esse autor, o termo constitucionalismo seria indicado para designar a teoria limitadora dos poderes exagerados dos governantes. Nessa senda, constitucionalismo, sob a ótica moderna, significa uma forma de contenção do poder. A rigor, é disso que se trata.

Nas palavras de Kildare Gonçalves Carvalho “o constitucionalismo consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder.”¹³

Na mesma linha do conceito acima indicado, é o ensinamento de Luís Roberto Barroso que o conceitua assim: “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia (Estado de direito, *rule of the Law*, *Rechtsstaat*) da lei. O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira.”¹⁴

O denominado constitucionalismo moderno, nos moldes que se encontra atualmente, adquiriu afirmação na doutrina, principalmente, com as Revoluções Burguesas ocorridas nos Estados Unidos, Inglaterra e França, porém suas raízes são encontradas já na Magna Carta de João Sem Terra de 1215.¹⁵ Tavares afirma “que o constitucionalismo moderno revela-se na ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo.”¹⁶

Falando sobre o constitucionalismo no Brasil, José Levi Mello do Amaral Júnior,¹⁷ ensina que foi a Constituição de 1824, ao criar o chamado Poder

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, p. 45-46.

¹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*, cap. 7, item 1, p.249.

¹⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Capítulo 1, item 1, p. 27.

¹⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Abril a junho de 2009. V. 71, n. 2, ano XXVII, p. 92. “O constitucionalismo moderno se afirma com as revoluções burguesas na Inglaterra em 1688; nos Estados Unidos, em 1776, e na França em 1789. Podemos, entretanto, encontrar o embrião desse constitucionalismo já na Magna Carta de 1215. Não que a Magna Carta seja a primeira constituição moderna, pois isto não é verdade, mas nela já estão presentes os elementos essenciais deste moderno constitucionalismo: limitação do poder do Estado e a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana”.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31.

¹⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *O constitucionalismo*, p. 13-15. O constitucionalismo no futuro próximo parece caracterizar-se, sobretudo, por uma tendência de expansão global. A

Moderador, em que a chefia de Estado era separada da chefia de Governo, que pôs em posição de vanguarda a ideia do constitucionalismo do Século XIX, ainda que, na prática, fundamentalmente no chamado primeiro Império, a chefia do Estado e a chefia do Governo eram desempenhadas por uma única pessoa, no caso o Imperador D. Pedro I. Porém, durante o segundo Império, sob o comando de D. Pedro II, tivemos uma monarquia mais próxima do típico modelo parlamentarista, ainda que com peculiaridades inerentes ao sistema brasileiro. Já na primeira Constituição republicana, abandonou-se, no Brasil, a ideia de separação entre a chefia de Governo e a chefia de Estado, voltando-se ao modelo de Estado pensado por Montesquieu desenhado no Século XVIII, e que hoje ainda se adota.

Como dito alhures, este trabalho não versa especificamente sobre constitucionalismo, sua apresentação conceitual aqui é apenas para amparar melhor o propósito desta dissertação, que cuida mais especificamente do neoprocessualismo. Assim, temos que essas breves linhas conceituais bastam.

1.2. Neoconstitucionalismo

Na fase inicial do constitucionalismo, a Constituição era encarada como mero instrumento indicador das diretrizes a serem trilhadas pelo Poder Legislativo, pois, trazia em seu corpo, somente os preceitos referentes à divisão dos Poderes e a distribuição de competências. Nessa época, a função maior desempenhada pela Constituição era indicar os rumos do Poder Legislativo na produção dos atos de natureza infraconstitucionais. Vivíamos a época do denominado Estado legalista em que as liberdades e os direitos fundamentais eram protegidos pela lei. A função do Poder Judiciário era, principalmente, aplicar a lei. No entanto, a partir do século XX essa preponderância do Poder Legislativo começou a ceder espaço para o Poder Judiciário e, tendo como fator de importante valia nessa mudança, a força normativa da Constituição.¹⁸

democracia tende a se internacionalizar por meio de estrutura institucionais supranacionais. Nelas, os direitos fundamentais buscam novo vigor de efetividade por meio de sua internacionalização, inclusive permitindo que cidadãos de um determinado Estado nacional busquem, em estruturas supranacionais, proteção jurídica, até mesmo contra seu próprio Estado.

¹⁸ PENA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte. Fórum, 2011, item 2.3, p. 39. "Somente no século XX é que houve uma diminuição dessa

Para a compreensão de qualquer assunto, fundamental conhecer o aspecto semântico do termo. No caso, quando nos referimos ao termo neoconstitucionalismo, não podemos perder de vista que se trata de um novo constitucionalismo, ou em palavras mais diretas, de um novo direito constitucional.

Quando pensamos e nos referimos ao constitucionalismo, vem-nos à mente a ideia de uma coisa nova, e é isso mesmo. Neoconstitucionalismo é uma forma nova de encarar o direito constitucional, arriscamos dizer que é uma fase de expansão ou democratização do direito constitucional tradicional, ou uma mudança de fase, uma evolução de um estágio anterior chamado de positivismo, por isso, o termo neopositivismo também é utilizado para indicar o novo fenômeno constitucional.

Com o neoconstitucionalismo, o mundo jurídico passa a ter uma atuação diferenciada daquela existente no período do positivismo. Na fase anterior, no positivismo jurídico, o juiz tinha uma função que se assemelhava muito a de um mero aplicador da lei, de forma que sua capacidade de criação era bastante restrita ou quase nenhuma.

No positivismo jurídico a análise do juiz conduz ao entendimento acerca da imposição das leis como verdade única e sua configuração como expressão máxima do direito. Fundadas na obediência à lei, barbáries foram cometidas, como no nazismo e no fascismo.¹⁹

Com o neoconstitucionalismo, a leitura tradicional do princípio da separação de poderes, que determinava limites rigorosos à forma de atuar do Poder Judiciário, abre espaço para outras formas de se interpretar as leis, valorizando uma forma mais favorável ao ativismo judicial na defesa dos valores estabelecidos nos diplomas constitucionais. De maneira que, a noção quase que absoluta, no sentido de que a lei refletia o espírito democrático, começa a permitir teorias mais modernas sobre o conceito de democracia, que acabam legitimando restrições aos atos oriundo do Legislativo na defesa de direitos fundamentais e da proteção das minorias, que admitem sua fiscalização por integrantes do Estado que não foram eleitos, no caso,

preponderância do Legislativo, com a força normativa da Constituição proclamada pela Cortes Constitucionais Europeias. Passou-se a admitir, assim, o controle da constitucionalidade das leis, e os princípios constitucionais consagradores dos direitos individuais ou liberdades públicas. A partir desse momento, começou a surgir a necessidade do Estado para a efetivação das garantias fundamentais previstas constitucionalmente e que, portanto, envolviam as políticas públicas”.

¹⁹ LOURENÇO, Haroldo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC. Item 3.

os juízes. Enfim, aquela ideia de que a fonte principal do direito era os códigos e as leis formais cede lugar para a Constituição que assume o centro do ordenamento exercendo influência sobre toda a ordem jurídica, e admitindo o papel criativo da jurisprudência.²⁰

No período do positivismo, embora existentes as constituições, essas eram vistas, normalmente, como uma mera carta de intenções em que sua eficácia sempre, ou quase sempre, dependia de regras concretizadoras. Com o neoconstitucionalismo, graças, em muito, à teoria da força normativa da Constituição, o Poder Judiciário também teve que mudar sua postura, de forma que nessa fase, o juiz decide o conflito social a ele levado não apenas com base na lei, o campo de atuação do magistrado se amplia, de forma que ele passa a decidir amparado em todo um conjunto normativo, levando em consideração inclusive os princípios que integram esse conjunto de normas. Isso se deve, fundamentalmente, segundo Haroldo Lourenço²¹ ao reconhecimento da força normativa da Constituição, ao crescimento da jurisdição constitucional e também ao desenvolvimento da forma de interpretação da Constituição.

Sobre a concepção moderna de Constituição, Eduardo Cambi²² afirma que deve ser concebida “como um sistema de princípios e regras – formais e substanciais – que tem como destinatários os titulares do poder”. Com amparo no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, extraem-se dois elementos que fazem parte do conceito das Constituições Modernas: “a separação dos poderes (ou a limitação jurídica do poder estatal) e os direitos fundamentais”.²³

Resta inegável que, o conceito de Constituição, como é regra de toda conceituação dogmática, modernizou-se. E isso exige que seja encarado sob um novo olhar, com um foco nos direitos fundamentais.²⁴

²⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

²¹ LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. Item 3.

²² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Item 1.1, p. 23.

²³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Item 1.1, p. 23.

²⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Item 1.2, p. 27 “As Constituições modernas, ao instituírem direitos fundamentais, reconhecem a *supercomplexidade* da sociedade e assimilam o *pluralismo jurídico*. Fornecem categorias críticas para a compreensão da sociedade, o

O fato histórico que marcou o surgimento e afirmação desse novo direito constitucional foi a Segunda Guerra Mundial, principalmente, em países como Alemanha e Itália. No Brasil, a Constituição promulgada em 1988 e o processo de redemocratização iniciado em 1985, com a eleição de um Presidente da República civil, que não acontecia desde 1960, desempenharam importante papel na afirmação dessa nova faceta do direito constitucional.²⁵

Logo após a Segunda Guerra Mundial, a maioria dos países europeus e até de outros continentes passaram a ter uma preocupação maior com o fim de evitar que as atrocidades cometidas durante a guerra se repetissem. Para isso, as Constituições começaram a se preocupar com os direitos fundamentais e dando-se maior força à legislação constitucional. De maneira que o Poder Legislativo não mais tinha poderes quase absolutos, pois seus atos passaram a ter como marco limitador o texto constitucional.²⁶

que evita a propagação de concepções totalitárias e, por isso, é possível responder às exigências do livre desenvolvimento da pessoa humana, reduzir os *excluídos* da justiça e construir uma sociedade mais solidária.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

²⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 06 ago. 2016. “Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis. Só que com uma diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso. As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito.”

Na Europa continental, segundo Luís Roberto Barroso,²⁷ a mais importante referência nesse novo direito constitucional, foi a Lei Fundamental de Bonn, hoje, depois da unificação da Alemanha, denominada simplesmente, de Constituição alemã,²⁸ de 1949, e, mais precisamente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. Portanto, pouco tempo após o fim da Segunda Guerra. Logo em seguida, iniciou-se uma rica e profunda produção teórica e jurisprudencial, desempenhando importante papel no crescimento científico do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica. Outro aspecto marcante na história e desenvolvimento do neoconstitucionalismo é a Constituição italiana de 1947, e a instalação da Corte Constitucional daquele país, em 1956. Outros países como Portugal, em 1976 e Espanha, em 1978, com a volta à democratização contribuíram, significativamente, para o enriquecimento do debate sobre o novo direito constitucional.

No caso do direito brasileiro, seguramente em decorrência de um processo de redemocratização no mundo, e mais precisamente na América Latina, o direito constitucional renasceu com a Constituição de 1988, como dito antes, fruto de um processo de reabertura democrática, que se iniciou em 1979 com a promulgação da Lei da Anistia, com muitos brasileiros que se encontravam exilados retornando ao país, passando pela eleição direta dos governadores dos Estados em 1982, a eleição do primeiro Presidente da República civil desde 1960, ainda que pelo voto indireto do Congresso Nacional. Em 1986, foi eleito pelo voto direto a quase totalidade de um Congresso Nacional com a atribuição de votar uma nova Constituição, que em 5 de outubro de 1988, foi promulgada.

Segundo Luís Roberto Barroso,²⁹ a partir de 1988, o direito constitucional brasileiro partiu de um patamar de pequena importância para atingir ao ápice em curto espaço de tempo. A Constituição não pode ser vista apenas como um

²⁷ BARROSO Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.*

²⁸ BARROSO Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, em nota de rodapé, esclarece que: “A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de “Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.”

²⁹ BARROSO Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.*

instrumento técnico. Há de ostentar “a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado”.

O movimento chamado neoconstitucionalismo, ou novo direito constitucional, exige que todo o direito se espelhe no texto constitucional, levando-se em consideração, na sua aplicação, os valores moral e ético em que se lastreia o texto maior, pois, afinal de contas, nenhuma importância ou quase nenhum valor teria o texto constitucional, se não fosse produto dos valores morais que afloram na sociedade moderna. A Constituição brasileira de 1988 põe em evidência os direitos fundamentais das pessoas, por meio de uma ponderação de valores que devem ser mensurados através de uma interpretação sistêmica. Isso, no entanto, para ser efetivado, demanda uma postura ativa do Poder Judiciário, de forma a aplicar, de maneira direta os princípios e as regras constitucionais.

Enfim, a Constituição há de ser interpretada como um texto dotado de eficácia³⁰ e, em muitos casos, aplicabilidade direta, como se verifica no art. 5º, § 1º ao afirmar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Quer dizer, a Constituição, no atual cenário jurídico, é vista como uma carta dotada de força normativa. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso³¹ que um aspecto constitucional que passou por importantes mudanças de paradigma, durante o século XX, sem dúvida, foi a aquisição do *status* de norma jurídica pela Constituição. Ultrapassando-se, desse modo, o tradicional modelo vigente no continente europeu até por volta da metade do século passado, em que a Constituição era encarada como um mero documento de natureza político. “A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de

³⁰ BRITTO, Thaís Oliveira de e AGRA, Walber de Moura. *Neoconstitucionalismo*, p. 23. “Portanto, a Constituição não pode ser interpretada sem *standards* morais, haja vista na sua relevância em adaptar as normas jurídicas as consequências fáticas, mesmo que essa sincronia possa acarretar uma certa insegurança jurídica na subsunção normativa. Desta forma, o processo interpretativo encontra-se nas mãos do juiz, que pode decidir de acordo com sua consciência e escolha. Esses postulados, subvertendo a lógica estabelecida do positivismo, pode redundar em maior insegurança jurídica, superdimensionando o papel do Judiciário, no que deixa o sistema de freios e contrapesos ao relento. Talvez a garantia estrita da separação dos poderes represente segurança jurídica e uma maior garantia dos direitos individuais, surgindo então o medo de se criar um governo de arbitrariedades perpetradas por meio da magistratura. Por outro lado, não significa que o Direito se tornará um apêndice da seara moral. O texto legal representa um *standard* determinante para a aplicação normativa, porém não pode o operador jurídico ficar de mãos atadas quando houver necessidade de realização de direitos fundamentais, aumentando a importância de um ativismo judicial que represente um elemento concretizador dos direitos fundamentais.”

³¹ BARROSO Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*.

conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”. O Poder Judiciário não ostentava nenhum protagonismo em relação à concretização do teor constitucional.

O neoconstitucionalismo traz o avanço das garantias e dos diversos direitos fundamentais presentes nas constituições, como a brasileira de 1988, possibilitando que saiam do plano abstrato e caminhem para a concretização. Isso, graças à força normativa da Constituição e aos princípios constitucionais que permitem ao juiz construir a norma jurídica do caso concreto.³²

Nesse panorama, aparece o neoprocessualismo, considerado por alguns, como uma quarta fase do desenvolvimento do processo. Esse fenômeno, de acordo com o entendimento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é denominado de formalismo-valorativo, que nada mais é do que o direito processual aplicado sob a vertente do neoconstitucionalismo. A inevitável e angusta relação entre o processo e o direito constitucional fez surgir o chamado direito processual constitucional, pois as normas de natureza processual somente passam a ter aplicabilidade e valia quando empregadas com a devida obediência aos valores consagrados no texto constitucional.

Este novo cenário jurídico exige que julgador esteja preparado para constatar que a solução do conflito a ele submetido, pode não se encontrar na lei, exigindo que o juiz desempenhe uma função de criador do direito, com a adequada interação das cláusulas abertas que integram o sistema.³³

³² SILVÉRIO, Karina Peres. *Considerações sobre o neoprocessualismo e seus reflexos no princípio do acesso à justiça*.

³³ LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. Item 3. “Não é demais lembrar importante lição de renomada doutrina que o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.

A relação entre a Constituição e o processo se dá de forma direta e indireta. Diretamente ocorre quando a Lei Fundamental estabelece quais são os direitos e garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Será, porém, indireta quando tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc.), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto.

Nessa linha, o processo é um importante mecanismo de afirmação dos direitos reconhecidos na Constituição. A expressão “neo” (novo) chama a atenção do operador para mudanças paradigmáticas, pois o Direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo

Costumeiramente, a doutrina aponta como aspectos, que mais se destacam nesse movimento neoconstitucional, a força normativa da Constituição, ressaltando a teoria desenvolvida por Konrad Hesse; a supremacia da Constituição; a Constituição assumindo o centro do mundo jurídico, que se traduz na ampla presença das normas de natureza constitucional. Esse fenômeno da constitucionalização dos demais ramos do direito justifica-se, fundamentalmente, em razão de dois aspectos: a horizontalidade dos direitos fundamentais, de forma que as relações interprivadas também se submetem ao mandamento da Carta Maior e também ao surgimento do princípio da interpretação em conformidade com a Constituição. Tudo isso desemboca no fortalecimento do Judiciário como poder da República, que assume, na atualidade, o papel de protagonista das garantias constitucionais “num fenômeno que é chamado, sob a mira do Estado Democrático de Direito, de judicialização da política e das relações sociais”.³⁴

1.3. Processualismo moderno

É inegável que tudo ou quase tudo evolui, passa por mudanças ao longo dos anos. As pessoas mudam. A forma de encarar a vida muda. A maneira de se estudar determinado assunto, ligado a qualquer ramo da ciência também muda, enfim, o estudo do direito e os valores mudaram. Assim, é possível afirmar que o estudo do direito processual civil brasileiro, nas últimas décadas, passou por significativas mudanças, de modo que, na atualidade, o estudo e a estrutura do direito processual encontram-se lastreados em um alicerce de normas traçado na Constituição. Daí se encontrar, com relativa frequência no meio doutrinário, a afirmação no sentido de que o processo encontra-se calcado em um conjunto de princípios estabelecidos na Constituição, como o devido processo legal, o princípio da isonomia, o princípio do juiz natural, o princípio da inafastabilidade da jurisdição,

pensamento iluminista do século XVIII, devendo ser focado em sua concretização, em pensamentos contemporâneos, não se dissociando da realidade e das múltiplas relações sociais, políticas e econômicas. Esse é o desafio dos estudiosos ao combater o imobilismo conceitual, buscando práticas mais adequadas a aquilo que a Constituição põe como objetivo fundamental, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I da CF/88)”.

³⁴ PEREIRA, Ricardo Diego Nunes Direito judicial criativo: ativismo constitucional e justiça instituinte as novas perspectivas do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. Item 1.1. págs. 35/36.

o princípio da duração razoável do processo, dentre outros.³⁵ Tudo isso, encontra-se reproduzido na legislação processual civil vigente, mais precisamente nos doze primeiros artigos do atual Código de Processo Civil.

Os valores traçados pela Constituição exercem direta influência no plano processual, aliás, não apenas sobre o processo, mas sobre todo o ordenamento jurídico. Quer dizer, a influência da Constituição, atualmente, é em todos os ramos do direito infraconstitucional. Em consequência dessa mudança de panorama, o direito processual também teve que suportar os efeitos do movimento denominado constitucionalização do direito infraconstitucional.³⁶

A ordem processual inaugurada no Brasil em 2015, logo em seus artigos iniciais (1º ao 12), principalmente, caminha na direção de aproximar o conteúdo do código de processo com a Constituição. Esse viés aproximativo não ocorre por acaso. Traz consigo o nítido propósito de demonstrar que o processo é o instrumento mais eficaz na concretização do direito material. Essa concretização não pode nem deve se voltar apenas para o direito infraconstitucional. O artigo 1º do referido código é expresso em afirmar o processo civil será interpretado de acordo com valores traçados na Constituição. Ou seja, a leitura do processo, nos tempos atuais, não pode se voltar apenas para o direito infraconstitucional. É também o meio de efetivar as normas estabelecidas na Constituição.³⁷

A Constituição brasileira traz um conteúdo processual que repercute diretamente no modo de compreender o direito processual e que o conjunto de

³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São: Atlas, 2015, p. 5.

³⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Ordem pública processual. 1ª ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 27-28. “Assim, a influência valorativa que a Constituição exerce sobre o direito processual faz como que ele represente um poderoso instrumento de solução de conflitos, cuja consequência imediata é a pacificação social. Porém, o desafio passou a consistir na aplicação de uma mudança ideológica por parte dos aplicadores do direito, a fim de que a teoria e a prática se complementem, quando solicitadas para a solução do caso concreto, proporcionando ao jurisdicionado a proteção do seu direito.

Esses novos paradigmas afetaram a própria ciência processual, de modo que o processo moderno deve ser visto como técnica idônea para o objeto da garantia do direito substantivo, mas agora sob a ótica constitucional, tendo em vista as significativas mudanças internas relativas ao reconhecimento do processo como direito fundamental, bem como as mudanças externas, que conferiram ao instituto a responsabilidade de fazer valer os ideais constitucionais, possuindo na cláusula do devido processo legal sua expressão mais completa.”

³⁷ PORTO, Sérgio Roberto. Cidadania processual: processo constitucional e o Novo Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p.25. “Com tal posicionamento, ainda que antes da edição do novo Código a doutrina já recomendasse que assim fosse, faz formalmente nascer uma nova faceta para a instrumentalidade do processo, a qual, *maxima vênia*, passa a ser definida como instrumentalidade constitucional, inaugurando verdadeiramente uma nova face cultural para o processo civil brasileiro.”

garantias estabelecido no texto constitucional forma um sistema processual fundamental.³⁸

A atual Constituição vigente no Brasil, em comparação com as anteriores, foi a que mais se preocupou com as normas de natureza processual em seu texto. Em um primeiro plano criando instrumentos de natureza processual que funcionam como remédios constitucionais, como o mandado de injunção e o *habeas data* e dando roupagem nova a outros já existentes, como o mandado de segurança coletivo. De outro lado, dando às garantias processuais o *status* de garantias fundamentais, como o direito à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, dentre outras.³⁹

Essas mudanças por que passou direito processual brasileiro, nas últimas décadas, demonstraram uma preocupação maior com o aspecto da efetividade, de modo que a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e de modo a resolver o problema do jurisdicionado passou a ser encarado como uma das finalidades do processo. Assim, o afastamento de um formalismo excessivo torna-se uma realidade em homenagem a uma prestação jurisdicional mais justa e rápida.⁴⁰

O novel modelo processual, como visto, não pode se afastar das veredas traçadas pela Constituição que traz normas dirigidas aos juízes e com a indicação de que as decisões judiciais devem se ater aos mandamentos contidos no texto constitucional e que se refiram ao sistema processual “como forma de aproximar a decisão da ética e da legitimidade.”⁴¹

Interpretar o direito processual à luz da Constituição significa extrair tudo o que ela contém sobre as normas processuais, de maneira que todos os dispositivos constitucionais que se relacionam à forma de atuação e organização do Estado-juiz tornam-se normas de observância obrigatória das quais não pode ser afastar o aplicador do direito processual. “As normas constitucionais, todas elas, devem ser

³⁸ PORTO, Sérgio Roberto. Cidadania processual: processo constitucional e o Novo Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p.28.

³⁹ LIMA, Fernando Antônio Negreiros. Teoria geral do processo judicial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50-51.

⁴⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Ordem pública processual. 1ª ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 29.

⁴¹ FUX, Luiz. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil) Andrea Carla Barbosa. [et al.]; coordenador Luiz Fux – Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 14.

acatadas inclusive no que diz respeito à estruturação do Estado-juiz e da forma de sua atuação para o atingimento de suas finalidades.”⁴²

A ligação entre a Constituição e o processo pode ocorrer tanto de forma imediata ou *direta*, que se consta quando a Constituição estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, ou quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao criar mecanismos formais de controle constitucional. De outra banda, essa relação pode ser mediata ou *indireta*, quando, tutela determinados bens jurídicos, como os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos, ou uma determinada categoria de pessoas como as crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc. Isso obriga ao legislador infraconstitucional estabelecer regras processuais específicas e para que os operadores do direito, mais especificamente os juízes, se preocupem em concretizar a norma jurídica diante do caso concreto.⁴³

O que parece indiscutível é que não pode pensar o direito processual, na atualidade, sem perder de do ângulo de visão as diretrizes estabelecidas na Constituição.

1.4. Neoprocessualismo

É inegável que na atualidade se vive uma fase evolutiva do Direito Constitucional que a doutrina, em sua maioria, denomina neoconstitucionalismo, que é uma fase do direito que apresenta uma metodologia diversa daquela predominante até recentemente. Não se nega que o direito constitucional, hoje, ostenta algumas premissas importantes, basicamente a consagração da teoria dos direitos fundamentais, a força normativa do texto constitucional e ampliação dos meios de controle de constitucionalidade. A concretização dessas normas previstas na Constituição depende do processo que passa a ser um importante mecanismo de

⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil, 2ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42-43. “Observar ‘o modelo constitucional do direito processual civil’, destarte, não é uma escolha teórica ou filosófica. Não é uma corrente de pensamento que dependa da adesão deste ou daquele autor, desta ou daquela doutrinadora. Como toda boa norma constitucional, sua observância é impositiva, sob pena de inconstitucionalidade.”

⁴³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Panóptica, Direito, Sociedade e Cultura, ano 1, n. 6. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em 07ago2016.

afirmação desses direitos. Como a Constituição Brasileira de 1988 assume uma posição hierárquica de todo o ordenamento jurídico, não é possível “compreender o processo, sem, antes, buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na Lei Fundamental.”⁴⁴

O processo civil tradicional foi pensado para a resolução de conflitos de natureza individual. No entanto, nos tempos atuais, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, o processo ganhou novos rumos, tornando-se um meio de os cidadãos efetivarem as garantias constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais trazidas no corpo do texto constitucional.⁴⁵

O radical grego “neo”, que significa novo, atualmente incorporado ao idioma português, quando empregado na linguagem jurídica, tem a função de alertar os operadores do direito para as mudanças por que tem passado o estudo do direito constitucional e processual nas últimas décadas. Permitindo, portanto, a construção de um modelo processual consentâneo com os traços delineados pela Constituição.⁴⁶

A palavra neoprocessualismo tem importante função de natureza didático-pedagógica, porque nos traz à mente a ideia de neoconstitucionalismo. É um termo que ostenta natureza polissêmica que carrega ‘toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida’.⁴⁷

⁴⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica, Direito, Sociedade e Cultura*, ano 1, n. 6. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em 07ago2016.

⁴⁵ NUNES, Dierle. *Alguns pontos cegos das reformas processuais. A falta de um olhar panorâmico no sistema processual (processualismo constitucional democrático)* “não compreendidas” de padronização decisória e a não resolução dos problemas da execução por quantia. Coordenadores: Felipe Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Item 1, págs. 84/85. “No atual estágio do direito na América Latina, o campo processual, sem dúvidas, é um daqueles que suscita maiores digressões em face do fenômeno da judicialização de inúmeras temáticas (submissão ao Poder Judiciário) e pela utilização do processo para viabilizar uma jurisdição com função contramajoritária e como espaço institucional para aqueles que não conseguem ser ouvidos nas arenas institucionais majoritárias (Parlamento e Executivo)”.

⁴⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica, Direito, Sociedade e Cultura*, ano 1, n. 6. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em 07ago2016. “A expressão ‘neo’ (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para, de forma crítica, construir ‘dever-seres’ que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de se ajustar – sobretudo pela hermenêutica – às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas.”

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, item 6, p. 45 “Demais disso, o termo Neoprocessualismo também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do processualismo do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo ‘neo’”.

Da mesma forma, o direito processual também passou a ser estudado sem perder de vista essas premissas constitucionais. Essa fase do direito processual é, de acordo com a doutrina predominante, denominada de neoprocessualismo.

Vale salientar que este fenômeno acadêmico, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, graças ao trabalho de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, é chamado de formalismo valorativo. Mas, a rigor, trata-se do mesmo fenômeno.⁴⁸

Indispensável, para se entender o que seja neoprocessualismo, que se faça uma rápida passagem pela história do direito processual.

Mais ou menos entre 1250 e 1667, o direito tinha uma aplicação lastreada, essencialmente, na lógica pensada por Aristóteles e exigia uma postura igualitária entre o juiz e as partes, é o que se costuma denominar de ordem simétrica ou isonômica⁴⁹. Nessa época, importante observar, que efetivamente o *iudicium* tinha mais importância do que o processo em si. O direito processual era encarado como uma questão essencialmente prática, desprovido de qualquer embasamento teórico, pois se traduzia em mero assunto da praxe judiciária, sequer havia, nesse período uma normatização do Estado a respeito das regras processuais.

Em um segundo momento da história, o processo vivenciou uma fase de extremo sincretismo em que essa ramificação do direito era vista como simples direito adjetivo desprovido de qualquer autonomia. É nessa quadra histórica que se inicia a intervenção do Príncipe (*Code Louis de 1667*) nas questões de natureza processual e aqui surge uma modificação no modo de se encarar o processo, o embrião da lógica processual aparece nesse momento. A postura do juiz, nessa fase, é complementarmente diversa daquela vista na primeira fase do desenvolvimento do processo, pois aqui o julgador se investe de uma condição de superioridade em relação às partes, é a denominada ordem assimétrica e em certa fase, o juiz assume uma posição de um agente passivo. Estamos aqui na fase do processo liberal predominante no século XIX, é nesse momento que prevalece o positivismo como caminho a ser trilhado pelo processo. O processo, nesse momento da história, é visto como simples sucessão de atos formais, como simples instrumento de

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, item 6, p. 45.

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. Cap. I, p. 18.

resolução de conflitos, nada mais do que uma sequência ordenada de atos. Não se visualizava diferença entre processo e procedimento.⁵⁰

A função primeira da jurisdição, nessa época, era efetivar os direitos subjetivos, com inegável caráter privatista. A ideia de procedimentalismo ditava os rumos do processo civil, que era visto como apêndice do direito material. Nesse cenário, a doutrina dava pouca importância ao processo, normalmente se referindo a ele, em pouco espaço, no final dos trabalhos sobre o direito material.⁵¹

Esse cenário muda de direção com a obra de Oskar von Bülow, publicada na Alemanha em 1868, sobre as exceções e pressupostos processuais, que de acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,⁵² foi o jurista que primeiro estabeleceu, “de forma sistemática, os fundamentos da autonomia do direito processual”.

Em 1868, ao escrever a obra sobre a Teoria das exceções e os pressupostos processuais, Oskar von Bülow admitiu que a ciência processual civil teria um longo caminho a percorrer para atingir ao progresso a que já haviam conseguido os demais ramos do direito. Para isso seria necessário, antes de tudo, uma investigação dogmática livre. Admite ainda que, as ideias processuais existentes à época eram fundamentadas em uma construção processual inadequada e em uma equivocada terminologia herdadas do direito medieval. A tarefa principal dessa obra, segundo o próprio autor, era descartar uma teoria equivocada de todo o sistema processual civil e para isso seria necessária uma investigação profunda sobre a história do direito processual civil.

Sem dúvida, a partir dessa obra de Oskar von Bülow, o direito processual civil emancipou-se do direito material. A partir desse marco, principalmente com a afirmação de que a relação jurídica de natureza processual não poderia ser confundida com a relação jurídica materializada pelo direito civil, pois tanto uma como a outra poderiam existir sem depender da outra, já que cada uma ostentava pressupostos próprios.

⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. Cap. I, p. 18.

⁵¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. Cap. I, p. 18.

⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. Cap. I, p. 19.

O trabalho de Oskar von Bülow foi revolucionário. Atribuía-se, então, elevado valor ao aspecto etimológico do termo processo e ao seu aspecto meramente formal da face mais perceptível do processo, qual seja, o aspecto evolutivo, o andar para frente, o progresso. Até então, o processo, como já visto antes, era estudado como nada mais do que um procedimento entre um ponto de partida inicial e um ato final. Atribui-se a Oskar von Bülow a missão de ter feito com que os estudiosos do processo passassem a encarar o processo com outros olhos, de forma a não negar o aspecto evolutivo do processo, mas que também fosse observada a existência de uma relação jurídica, pois ao julgador resta desempenhar a função de decidir e realizar o direito posto em julgamento e por outro lado as partes também ficam vinculadas a colaborar e aceitarem o resultado da atividade do juiz. Aqui se visualiza o processo como uma relação de direito público completamente distinta daquela relação atinente ao direito substantivo sobre a qual as partes litigam.⁵³

A partir dessa fase emancipadora do direito processual civil, dá-se início a uma nova fase, qual seja, a denominada fase conceitualista ou processualismo em que há preponderância da técnica e os pressupostos processuais passam a ser construídos com fundamentação científica. “A nova empresa volta-se para a acentuação da separação entre direito material e processo e para construção e aperfeiçoamento conceitual do processo. O processo definitivamente se separa do direito material”.⁵⁴

No prólogo da obra de Oskar von Bülow acima referida, ele admite que embora o ponto fulcral da investigação seja o direito processual, em muitas vezes, terá que se estender ao direito comum. Quer dizer, implica uma regulação definitiva do limite entre o direito privado e o direito processual civil.

Parece não haver polêmica na doutrina processual civil, tanto nacional como a estrangeira no sentido de que essa obra de Oskar von Bülow foi a virada de página sobre a história do processo civil.

No entanto, vale observar que parte da doutrina nacional caminha no sentido de que o esgotamento conceitual do processualismo trouxe consequências não das mais esperadas, pois se o direito processual civil acabou ganhando precisão

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Título II, item 18, p. 66.

⁵⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. Cap. I, p. 19

metodológica, por outro lado, a aproximação com o direito material ficou enfraquecida em razão do distanciamento da realidade social. Enfim, esse distanciamento abrupto entre o processo e o direito substantivo debilita o escopo maior do processo, que é a efetivação do direito amparado na justiça. Essa separação, enfim, fez com que o processo não acompanhasse a evolução dos fatos sociais. Isso se deve, basicamente, ao fato de que a ciência processual tem seu nascedouro em “berço pandectista nasce comprometida com a neutralidade axiológica” comum àquele momento vivido pela ciência jurídica predominante na Alemanha.⁵⁵

O passo seguinte, na evolução do direito processual, dá-se com a perspectiva de que o processo deve ser visto como instrumento de realização do direito material, a isso que se denomina de instrumentalismo processual, ficando a jurisdição com o encargo de dizer a vontade concreta do direito. É nessa fase que o juiz assume uma postura mais ativa em relação ao processo, a ideia de jurisdição começa a ganhar destaque na teoria do processo, sendo ressaltada como verdadeiro polo metodológico. “Prepondera o enfoque técnico e o único valor destacado pelos processualistas, mesmo assim a partir dos anos 1970 do século XX, é o da efetividade”.⁵⁶

A ideia do processualismo científico se inicia a partir de 1868 com a obra de Oskar von Bülow sobre a Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais que aceito pela doutrina como o ponto de partida do estudo do direito processual fundado em princípio. Deve-se a Oskar von Bülow, com antecedentes em Búlgaro, a ideia de que o processo é uma relação jurídica de direitos e obrigações entre as partes e o juiz. Os principais nortes do processualismo científico são, em resumo, o seguinte. Primeiro é que o direito processual adquire *status* de independência em relação ao direito material que já se iniciara com a Escola de Bolonha e com intensificação com a onda de codificação napoleônica em que se difunde um modelo de legislação em que se traz a separação entre esses dois ramos do direito. Segundo, os conceitos de ação, jurisdição e processo passam a

⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. Cap. I, p. 20

⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. Cap. I, p. 21. O direito constitucional, embora já objeto de alguma elaboração doutrinária, não é colocado em lugar de destaque e geralmente é compreendido tão somente na ótica das garantias, vale dizer, como noção fechada, de pouca mobilidade, visualizada mais como salvaguarda do cidadão contra o arbítrio estatal.

ser estudados levando-se em consideração os critérios adotados pelo direito processual. Terceiro, a ideia de procedimentalismo resta ultrapassada, sendo a *exegese substituída pelo sistema*. Quarto, inicia-se o pensamento a respeito de uma teoria do direito processual, deixando os procedimentalistas voltados apenas para a anatomia do processo, enquanto que a processualística se volta para a fisiologia do processo.⁵⁷

A noção de neoprocessualismo, como o nome sugere, traz-nos a ideia de um processo novo. Novo no sentido de se tratar de um processo que há de estar em conformidade com os parâmetros constitucionais, não somente na esfera teórica, mas de maneira que os atos práticos do processo estejam sempre em sintonia com a ordem constitucional.

As ideias desenvolvidas por Oskar von Bülow, sem dúvidas, passaram por mudanças pois na atualidade o processo tem outras funções, além daquelas pensadas há mais de cem anos. O processo é um instrumento de concretização dos direitos fundamentais delineados nas Constituições.

Conforme Haroldo Lourenço,⁵⁸ estando a tutela jurisdicional elevada ao *status* de direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF), de maneira que essa função estatal tenha de ser prestada de forma adequada, célere (art. 5º, LXXVIII, CF) e efetiva, de modo que deve haver uma aproximação entre o legislador, o administrador e o julgador, exatamente porque os direitos fundamentais exercem influência sobre todo o ordenamento, vinculando, de uma forma ou de outra, a todos os poderes do Estado.

Para Friedrich Müller,⁵⁹ a conceituação estruturante de âmbito normativo não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais, atualmente válidos, não podem ser entendidos como garantias de abstratas e isoladas esferas naturais de liberdade. Os âmbitos normativos dos direitos fundamentais não são nem juridicamente nem

⁵⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Cap. II, p. 31-33. Ao mesmo tempo que Bülow, surge, também na Alemanha, a exponencial figura de Adolph Wach, professor universitário e magistrado do Tribunal Supremo, em Leipzig. *Discípulo de Briegleb*, influenciado em alguns aspectos por Wetzell em outros por Bülow, e com uma formidável preparação romanista e histórica. Em 1885, Wach publica, em Leipzig, sua obra *Manual de Direito Processual Civil Alemão (Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts)*, que, entre outros méritos, pôs em relevo a autonomia do direito de ação, provocando uma polêmica que até hoje não se pode dizer completamente encerrada.

⁵⁸ LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. Item 3.

⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2ª seção, p. 185.

materialmente vazios, ao contrário, são constituídos pelo direito e estruturados pelos dados reais.

1.5. Neoconstitucionalismo e o processo civil moderno

Em decorrência do fenômeno denominado neoconstitucionalismo houve, efetivamente, uma constitucionalização dos demais ramos do direito, de forma que o direito civil, o direito processual, penal etc. deixaram de ser aplicados apenas com base naquilo previsto nas legislações infraconstitucionais. Enfim, todas as ramificações do direito tiveram que ter como norte, na sua aplicação, as diretrizes que a Constituição estabelece, principalmente quanto aos direitos fundamentais.

Essa ideia de constitucionalização dos demais ramos do direito aparece bem clara na lição de Barroso,⁶⁰ ao afirmar que a Constituição se apresenta “como fonte primária da produção normativa”, traçando as competências e os caminhos mínimos a serem trilhados na elaboração dos atos de natureza normativa infraconstitucionais. De modo que, a não obediência dessa trilha indicada pela Constituição desencadeia um instrumento de proteção do texto que, na cultura jurídica norte-americana é denominado “judicial review”, e aqui no Brasil ficou conhecido como controle de constitucionalidade.

No Brasil, a partir da década de 1990, do século passado, o direito processual civil trilhou os novos rumos traçados pelo novo direito constitucional. Nessa quadra histórica, evidencia-se a supremacia dos direitos e garantias fundamentais, de forma que o direito processual passou a se preocupar com a formatação de uma nova base teórica. Estamos nos referindo ao neoprocessualismo que exigiu que o processo passasse por um reenquadramento de alguns de seus conceitos clássicos. Isso se deve, fundamentalmente, à força normativa das normas constitucionais, principalmente no que diz respeito aos preceitos fundamentais em que normas de natureza processual foram elevadas ao *status* de direito fundamental, como por exemplo, o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Nas

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 161.

palavras de Elder Paes Barreto Bringel⁶¹ “Normas ditas programáticas ganharam efetividade normativa e passaram a reger faticamente as relações jurídicas processuais.” Quer dizer, aquilo que era visto como um simples indicativo, apenas como metas a serem alcançadas, adquiriu força vinculativa para os operadores do direito.

Diante desse cenário, resta claro que o instituto denominado processo, passa a ser encarado como um verdadeiro instrumento de efetivação da atividade jurisdicional, como meio de promover os valores objetivos básicos traçados pelo próprio Estado. A Constituição exige que o processo passe a ser utilizado como um instrumento de promoção dos valores constitucionais. A ideia constante dos ordenamentos jurídicos modernos é no sentido de que não basta a simples indicação de um rol de direitos fundamentais constantes do texto constitucional, necessário, pois, que haja instrumentos de efetivação desses direitos. Esse cenário contribuiu, significativamente, para que o processo ganhasse posição de destaque nos ordenamentos jurídicos modernos, sendo importante arma na concretização dos direitos fundamentais.⁶²

Na fase do neoprocessualismo, segundo a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart,⁶³ o juiz deixa de ser a boca da lei, como proposto por Montesquieu. Assume o julgador a postura de um projetor do direito que leva em conta a lei à luz daquilo que fora projetado pela Constituição. Para isso, pode e deve fazer os devidos ajustes com o intuito de superar eventuais imperfeições, podendo, portanto, entender que determinada lei está em desacordo com a Constituição e por isso deixar de aplicá-la.

Essa mudança no cenário jurídico, principalmente quanto à jurisdição constitucional, tem amplo reflexo na função desempenhada pelo processo.⁶⁴

⁶¹ BRINGEL, Elder Paes Barreto. Neoprocessualismo e poder criador do juiz. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3359, 11 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22591>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

⁶² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. Capítulo 4, p. 169/170.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

⁶⁴ BRINGEL, Elder Paes Barreto. *Neoprocessualismo e poder criador do juiz*. “Essa mudança de paradigma, aliada às novas técnicas processuais, deixou evidente a expansão da jurisdição constitucional, atribuindo aos operadores do direito uma maior flexibilidade normativa, adequando a lei aos novos valores. A criação dos tribunais constitucionais, a ampliação do rol de legitimados a propor as ações de controle constitucional, a possibilidade de controle constitucional já em primeira

2. Escopos do Processo Contemporâneo e a relação com o Neoconstitucionalismo

2.1. A questão sobre a existência dos escopos do processo

Para em alguns doutrinadores internacionais divergência sobre a existência de escopos do processo.

Não existem escopos do processo. Essa assertiva encontra amparo no próprio conceito de processo, pois como se trata de um conjunto de atividades desempenhada por diferentes pessoas e como cada uma dessas pessoas tem um objetivo a ser alcançado, quando se fala em escopos do processo, o que efetivamente ocorre é que estamos nos referindo aos objetivos pretendidos por cada um dos agentes que atuam no processo.⁶⁵

A doutrina internacional normalmente aponta três caminhos a respeito desse tema. Uma primeira linha doutrinária diz que o processo teria como escopo a *tutela dos direitos subjetivos* (Hellwig, Jellinek, Weismann). Para uma segunda corrente, o escopo do processo é a *atuação do direito objetivo*. Adotam esse entendimento (Bülow, Schönke e Chiovenda). Já para a terceira linha doutrinária (Betti e Couture), o escopo do processo seria a conciliação das duas correntes anteriores.⁶⁶

A corrente subjetivista entende o processo como meio de defesa dos direitos subjetivos, quando sofrem uma violação ou ao menos uma ameaça de lesão. Por outro lado, a corrente objetivista aponta como escopo do processo a realização do direito objetivo. A terceira corrente, a objetivista-subjetivista, seria aquela que não vê

instância, a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto são só alguns exemplos das transformações trazidas com a mudança de ideário.

A nova noção de processo, o novo ângulo de visão acerca da jurisdição trouxe consigo muitas implicações. Hoje se fala em caráter publicístico do processo, que estaria voltado a uma gama superior de princípios, não mais se limitando aos interesses controvertidos das partes; em quebra da dicotomia clássica entre direito e processo, concretizando o princípio da instrumentalidade do processo; em cláusulas gerais de processo, permitindo ao juiz ampla discricionariedade para verificação da efetividade jurisdicional, etc.”

⁶⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*, cap. I, p. 19.

⁶⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*, cap. I, p. 19.

entre a objetiva e a subjetiva nenhum contraste essencialmente. Ao contrário, seriam correntes complementares.⁶⁷

Parece não haver dúvidas mais profundas na doutrina a respeito de que o processo é o meio de que se vale o Estado, como instrumento de exercício de sua função jurisdicional, visando à resolução de conflitos de interesse jurídico, dando-lhe uma solução com força substitutiva da vontade das partes.

A atividade jurisdicional desempenhada pelo Estado se justifica somente em razão do interesse comum de todos e sendo esse a efetiva garantia dos direitos objetivos e isso seria o próprio resultado e não escopo daquela atividade jurisdicional. Afirma José Eduardo Carreira Alvim⁶⁸ que se os mandamentos contidos nas normas jurídicas (direito objetivo) fossem cumpridos voluntariamente pelas pessoas, não teria razão para existir a forma coativa de realização dos direitos, já que se assim fosse, tudo seria resolvido de acordo com a vontade manifestada na lei. Mesmo havendo regulação dos conflitos de interesse pela lei, muitos não se conformam com a atribuição de determinado bem aos interesses do subordinante e isso é o motivo para surgimento dos conflitos, que nos tempos modernos, são resolvidos pelo próprio Estado. Isso demonstra, de maneira clara, que o processo desempenha importante papel na composição da lide buscando, sempre que possível, a preservação do direito objetivo.

Para a corrente objetivista, que aponta como escopo do processo a concretização do direito objetivo, mesmo reconhecendo que o julgador somente pode agir de acordo com algum pedido formulado pelas partes, isso não poderia levar a outro pensamento, a não ser o de que o processo tem uma natureza eminentemente publicista, e seu objetivo primeiro passa a ser a satisfação do interesse público, concretizando o direito objetivo e promovendo a paz jurídica.

Parte da doutrina visualiza na concepção objetivista sobre o escopo do processo, uma falha por ser “excessivamente abstrata e formalista” e por isso

⁶⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*, cap. I, p. 19. Adverte Alfredo Rocco que a fórmula “tutela dos direitos subjetivos” utilizada tanto quando se fala de escopo do processo e escopo da jurisdição, afirmando que não se trata de expressão adequada para os dois institutos, pois se os direitos subjetivos já são direitos juridicamente protegidos, de forma o conceito de tutela já integra o próprio direito subjetivo, assim, teríamos nada mais do que uma repetição de conceitos. Afirma que se toda atividade jurisdicional do Estado existe em razão do interesse comum de todos e sendo esse interesse comum a efetiva garantia dos direitos objetivos, a realização dos interesses privados seria o próprio resultado e não escopo daquela atividade jurisdicional.

⁶⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*, cap. I, p. 19, nota 103.

mesmo não leva em consideração a função primordial e o conteúdo da essência da norma jurídica. De maneira que o direito objetivo não é dotado de um fim em si mesmo, pois seu escopo maior seria a tutela dos interesses. Em razão disso, uma atuação puramente objetiva do direito não seria concebível.⁶⁹

Para a terceira corrente doutrinária, a objetivista-subjetivista, que nada mais seria do que a combinação das duas, de forma que ao invés de serem vistas como antagônicas, teriam elas uma natureza complementar uma da outra.

Os direitos subjetivos são inseparáveis e impossíveis de contraposição ou, sentido mais aberto, as posições jurídicas em relação aos direitos objetivos. A rigor, se apresentam como um produto de “valorações jurídicas expressas pelo próprio direito objetivo”. O direito objetivo não teria atuação isoladamente, a não ser numa específica relação jurídica, que em caso de efetiva ocorrência concede à parte que se apresenta detentora do direito objetivo o acesso a um direito subjetivo, ou uma situação superior em relação àquele que integra o polo oposto da relação processual.

Quanto à expressão mais adequada, entre direito objetivo que equivale à ‘atuação da lei’ ou à expressão defesa dos direitos subjetivos parece haver uma preferência da doutrina pela primeira, isso porque a utilização da expressão ‘defesa dos direitos subjetivos’ pode conduzir ao equívoco de se pensar que *o processo funciona no interesse das partes*. Enquanto que, efetivamente o processo não está a serviço do interesse da parte, o objetivo maior do processo é a satisfação do interesse público, ainda que para isso o interesse eminentemente privado seja utilizado como meio propulsor de se atingir esse interesse público. “O escopo de cada uma das partes é ter razão”; a finalidade do processo, por sua vez, é dizer quem tem direito (razão). Enfim, dizer quem tem razão não é um interesse de natureza privada, mas sim um interesse maior de toda a sociedade, que sem dúvida, traduz-se em interesse público.⁷⁰

Embora haja entendimento negando a existência de escopos do processo, aqui faremos uma abordagem doutrinária em relação àqueles que admitem tais escopos, como expoente desse tema na doutrina pátria, temos Cândido Rangel Dinamarco que será o nosso referencial teórico sobre esse tema. Nos tópicos

⁶⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*, cap. I, p. 20.

⁷⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*, cap. I, p. 21.

seguintes, será analisado ora tratando de escopos da jurisdição, ora como escopos do processo.

2.2. Os escopos do processo, uma necessária explicação

O vocábulo escopo ostenta uma carga polissêmica, primeiro significa alvo, mira, objetivo, propósito, intuito e também pode ser a escala de valores que podem ser assumidos por uma variável qualquer. É do primeiro sentido de que cuidaremos aqui.

A mais comum e difundida expressão de que o processo é um instrumento, sem a bússola norteadora de que fim deve alcançar o processo, torna-se de pouca utilidade. Ora, se todo instrumento é meio de que se serve algo para atingir a determinado objetivo, de que vale então dizer que o processo é meio, porém sem indicar sua finalidade. Desse modo, o raciocínio teleológico há de indicar, inevitavelmente, “a fixação dos escopos do processo, ou seja, os propósitos norteadores de sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”. Delimitar os objetivos do processo a serem alcançados, significa descobrir o valor de sua utilização. Enfim, afirmar tão somente que o processo é um instrumento, pouco acresce ao estudo dessa instituição, sem indicação de seus objetivos.⁷¹

Hodiernamente, não mais se concebe estudar a jurisdição, ou mais especificamente o processo, levando-se em consideração apenas o viés jurídico. Exige-se um olhar para além desse mundo jurídico, de forma que a jurisdição há de ser estudada também para fora do direito. Por isso, mostra-se inadequado o uso da expressão escopo (no singular) do processo, porque o processo contém escopos (plural) a serem estudados. “É preciso, além do objetivo estritamente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal”. Assim, a processualística moderna tem o dever de concretizar

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. IV, item 18, p. 149. Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua *utilidade*. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade.

outros horizontes, sob pena de se provocar uma distorção das finalidades preconizadas pelo Estado social.⁷²

Já conta de algum tempo, que a doutrina vem enfrentando essa temática sobre os objetivos da jurisdição e do processo não apenas sob o aspecto jurídico. Ainda que o estudo sobre os escopos do processo não se apresente de maneira deficiente em relação, fundamentalmente, às suas definições, resta indiscutível a tendência de se abandonar a tradicional visão unitária sobre o estudo da jurisdição. Atualmente, o viés social e político do estudo do processo, podem indicar o caminho para que se chegue à visão integral da problemática, emprestando-lhe a necessária sistematização. E essa, para que seja completa, tem que abordar os diversos escopos da jurisdição. Enfim, no plano social, político e jurídico. O processualista, sem perder essa condição, deve estar atendo à indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico.

Há de estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências lhes possam fornecer e conhecer a vivência do processo como instrumento, conhecer a sua potencialidade a conduzir a resultados, ter sensibilidade para as suas deficiências, disposição a concorrer para seu aperfeiçoamento.⁷³

Nos tópicos que se seguem, será feita uma análise de cada escopo do processo, quais sejam, o escopo social, político e o jurídico.

2.3. Análise do escopo social da jurisdição

Goza de certa pacificação na doutrina o entendimento segundo o qual, a jurisdição é uma manifestação de poder do próprio Estado e traduz-se em uma de suas funções e é desempenhada, primordialmente, pelo Poder Judiciário.

A jurisdição, como uma das formas de manifestação de poder do Estado, ostenta objetivos a serem alcançados, que de acordo com a corrente doutrinária acima demonstrada, são fundamentalmente de três espécies: social, político e jurídico. O escopo, basicamente, subdivide-se em pacificar a sociedade com justiça e educar as pessoas.

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. IV, item 18, p.153.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. IV, item 18, p.154.

2.3.1. A busca da pacificação social com justiça

Não adentraremos aqui na discussão doutrinária sobre o que seja justiça. Do que não podemos nos afastar é da ideia de que o processo tem a função de buscar a solução dos conflitos enfrentados por todos os membros da sociedade, podendo a existência desses conflitos envolver pessoas físicas, jurídicas, entes desprovidos de personalidade e até o próprio Estado. Essa meta na tentativa da resolução dos conflitos, sem dúvida, é um dos meios de se atingir a paz social, mas isso há de ser perseguido sem perder de vista o ideário de justiça.

A vida em sociedade enfrenta insatisfações constantemente, principalmente em decorrência das condutas confrontantes com os interesses das pessoas e também porque os bens da vida são limitados. Essas inquietudes sociais funcionam como o lastro justificador da atividade jurisdicional do Estado, de maneira que a cessação delas dá legitimidade para essa atuação. Sem dúvida, a sociedade estaria em situação pior se os interesses e os conflitos sociais se tornassem permanentes. Ora, se mesmo o Estado exercendo com exclusividade a função de legislativa e a jurisdicional não consegue eliminar por completo os conflitos sociais, imagine-se se a solução desses conflitos ficasse a cargo de cada um dos indivíduos.⁷⁴

Há uma constante necessidade de se acabar com os conflitos sociais. “É necessário, a qualquer custo, colocar ordem no caos. Se o amor não germina ainda na terra, há que encontrar um sucedâneo para ele”.⁷⁵ Ora, se quem tem mais não se prontifica, espontaneamente, a ajudar a quem não tem ou tem menos, necessário que haja um ente com força maior a constranger aqueles a dar a quem tem menos. O instrumento de que dispõe o Estado para fazer valer sua vontade é o processo.

Resta inquestionável também que se há necessidade da existência de um processo é porque há conflito no seio social, ou não há civilidade entre os integrantes desta sociedade.⁷⁶

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. IV, item 18, p.160.

⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira – cap. II, Direito e Moral, p. 18.

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*, cap. III, O processo civil, p. 29. A civilidade não é, pois, outra coisa que não um andar de acordo. Mas se os homens têm necessidade do processo, isso quer dizer que falta acordo entre eles. E aqui novamente aflora tal conceito de acordo que já dissemos ser fundamental para o direito. O germen da discórdia é o conflito de interesses.

Assim, é esperado que o Estado atinja ao fim proposto, exercendo influência positiva na vida de cada de seus integrantes, mas sem perder a noção de fazer justiça. A busca pela pacificação social não pode, jamais, perder os nortes da Justiça que, embora não tenha um conceito fechado, traz em si a ideia daquilo que é justo, que é correto, que é o esperado dentro de determinado grupo social.

2.3.2. A educação como uma das metas do escopo social da jurisdição

Não há dúvidas de que o Estado almeja que seus integrantes sejam conscientes de seus direitos e de suas obrigações. Isso, caso aconteça, tornará a vida em sociedade mais fácil e, em consequência, facilita também a tarefa do Estado de buscar a harmonia em sua população.

A educação funciona como um meio instrumental do processo, quer dizer, uma meta a ser alcançada de forma a fazer com que a população busque a via judicial na tentativa de resolver seus conflitos intersubjetivos. Se o escopo do processo é a pacificação social, que na proporção em que se obtêm bons níveis de confiança no meio social, torna-se menos complexo conseguir níveis satisfatórios. Isso somente poderá ser alcançado se a população for educada no sentido de buscar o outro para resolver os conflitos inerentes à vida em sociedade, assim se evita que muitos tenham que suportar determinados dissabores sociais ou que tentem resolver tais conflitos utilizando-se de sua própria força. A ausência de informação, a falta de crença no Poder Judiciário são fatores que contribuem para que a população brasileira ainda procure pouco o Judiciário.

No entanto, este cenário, nas últimas décadas, após do advento da Constituição de 1988, vem passando por significativas mudanças, pois foram criados vários instrumentos estimuladores de procura do Judiciário pela população, como a criação do Código de Defesa do Consumidor e os Juizados Especiais e também a crescente judicialização de questões por parte do próprio Estado. Na realidade, o que se observa hoje é um Poder Judiciário abarrotado de processos, em muitos

Quem tem fome, tem interesse em dispor de pão com que se saciar. Se forem dois os que têm fome e o pão basta apenas para um, surge o conflito entre eles. Conflito que, se os tais são incivis, se converte numa luta: em virtude desta, o mais forte se sacia e o outro continua com fome.

casos, versando sobre questões de relevância mínima para sociedade, e isso, sem dúvida, parece-nos que decorre do estímulo excessivo do próprio Estado para que a população procure o Judiciário.⁷⁷

Também não há dúvidas de que uma população melhor educada e mais cônica de seus direitos, que confia nos instrumentos estatais como forma de resolução dos conflitos, busca mais a via judicial. Enfim, quem tem consciência de seus direitos, luta por eles.

2.3.3. O escopo social sem perder de vista a técnica processual

A publicização do processo poderia levar a uma alta concentração de poderes na pessoa do julgador, podendo ser tanto no que diz respeito à iniciativa oficial do processo, seja em relação à produção probatória ou até em relação ao processo. Ora, se por um lado, no Estado moderno, exige-se um juiz efetivo, diferentemente daquele juiz que se posta como uma figura estática na observação do duelo travado pelas partes, os princípios da demanda e dispositivo se apresentam como fatores de limitação necessários ao exercício da função jurisdicional, de forma a determinar que o juiz não tem uma atuação no processo ilimitada.⁷⁸

A atuação do juiz, se mais ou menos intervencionista, os poderes e ônus das partes têm relação direta com a natureza do direito e interesses, se disponíveis ou indisponíveis. Por um lado, busca-se um juiz participativo, como é inerente no Estado social contemporâneo e, cuidando-se de direitos de que as partes podem dispor livremente, “confia-se a efetividade de sua defesa judicial à operosidade dos litigantes”.⁷⁹

O processo, segundo Liebman,⁸⁰ é o responsável pelo desenvolvimento em concreto da função jurisdicional. No atual estágio, funciona como importante instrumento de solução de conflitos por que passa a sociedade. Basicamente, em todos os casos em que existe lide, o exercício jurisdicional deve entrar em atuação

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. V, item 18, p.163.

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. V, item 22, p.164.

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. V, item 23, p.166

⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 45.

com o intuito de resolver o conflito. Essa solução dos conflitos deve se pautar no senso de justiça, levando-se em consideração o escopo do direito objetivo.

2.4. Os escopos políticos do processo

A política e o direito fazem parte da simbiose e da complexa estrutura dos Estados Democráticos. Exatamente porque o direito é resultado de uma vontade política e quando se fala em Estado Democrático quer se dizer que o próprio Estado deve obediência às normas do direito.

O processo está inserido “entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado”.⁸¹ De forma que o processo apresenta-se, na sua vertente política, essencialmente sob três nuances. A primeira está revestida na capacidade de o Estado resolver as questões que lhes são levadas de forma imperativa. Pois, se assim não fosse, dificilmente conseguiria atingir aos objetivos a que se propõe e o ordenamento jurídico seria constantemente violado. A segunda consiste em fomentar bens como a liberdade e assim “limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício”, tendo como meta assegurar a dignidade das pessoas sobre as quais ele, Estado, exerce poder. A terceira se constata quando as pessoas participam, de forma direta ou por meio de associações das decisões políticas. Ora, manter o poder de suas decisões e a liberdade das pessoas é o que pretende um Estado Democrático por meio do exercício da sua exclusiva função jurisdicional. A participação da sociedade na vida do Estado é um “valor democrático inalienável” e indispensável para o fortalecimento e legitimação do processo político.⁸²

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. VI, item 24, p.168

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. VI, item 24, p.169-170. Sem dúvida, a organização e subsistência do Estado dependem do exercício organizado do poder legítimo, por meios legítimos. A isso concorre o processo, não agora encarado o resultado do exercício da jurisdição em cada caso concreto, mas na soma de todos os casos trazidos a exame. Decidindo e impondo decisões (não necessariamente em sede jurisdicional), o Estado afirma o seu próprio poder e a autoridade de que instrumentalmente investidos os seus agentes, na busca de fins predeterminados. Além de decidir, ele impõe imperativamente o que decidiu e a ‘imunização’ das decisões, no sentido de que, soberanamente, não admite revisões do decidido. Havendo decidido, produz efeitos imediatos sobre a situação das pessoas e em certa medida espera que cada um pautar seu comportamento segundo os ditames da decisão imperativa. Quando necessário, impõe por si mesmo a disposição das coisas segundo os parâmetros fixados na decisão. Essa é a síntese da atividade jurisdicional, exercida diuturnamente em número indefinido de casos, com a afirmação da autoridade e exercício do poder.

Uma das formas de apresentação mais importante do escopo político do processo, sem dúvida, é a que enaltece o valor liberdade. Cuida-se, nesse viés, das liberdades públicas, fundamentalmente, no que diz respeito às garantias que buscam a manutenção da liberdade do cidadão para com o próprio Estado. “O Estado democrático faz a solene promessa de observá-las e limitar o exercício do poder de modo a não invadir a esfera de liberdade deixada aos indivíduos sem dano à vida do grupo e ao desenvolvimento dos objetivos comuns”.⁸³

Em razão do teor político que ostenta o processo, como verdadeiro instrumento de se concretizar a política, há uma inevitável tendência de valorização da regra sobre o impulso das partes. Por isso, sem dúvida, há uma tendência, “entre nós, no sentido de limitar a extinção do processo sem julgamento do mérito em virtude do abandono por parte do demandante ou de ambos os contendores”.⁸⁴ Apenas nas hipóteses em que se cuide de vícios que dependam essencialmente da atuação da parte e não de atitudes que possam ser praticadas pelo julgador.

2.5. O escopo jurídico do processo⁸⁵

Analisar o processo apenas sob a ótica de seu escopo jurídico, sem levar em consideração as nuances sociais e políticas, quer dizer, apenas sob o aspecto instrumental que ele exerce em relação ao direito material, torna-se insatisfatório nos tempos modernos com nítidas características de solidariedade e fraternais. Reclamando, assim, uma complementação no plano político e social.

O aspecto técnico do processo desempenha papel de significativa importância, por força da maneira que se apresenta e se aflora no campo jurídico,

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. VI, item 24, p.170-171. Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de *influência* sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade influir é praticar democracia.

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. VI, item 25, p.175.

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. VII, item 26, p.177. “A perspectiva estritamente jurídica do sistema processual constitui reflexo do segundo momento histórico da sua ciência, consistente na afirmação da autonomia conceitual e metodológica e aprimoramento interno do sistema. O terceiro momento, visivelmente instrumentalista, é assim justamente por força da percepção das responsabilidades que perante a nação e sua estrutura política o processo é chamado a assumir. Isso não significa, todavia, execrar a visão jurídica de um sistema que em si mesmo é jurídico”.

pois demonstra sua função diante do direito e da vida. Dessa maneira, a análise do escopo jurídico nos permite a compreender melhor a sua forma. Indicar uma definição do escopo jurídico do processo se apresenta de maneira relevante em relação à dualidade verificada entre a teoria dualista e a teoria unitária.⁸⁶ Questionar sobre o escopo jurídico do processo corresponde colocar em questionamento a maneira como se opera o direito e que posição desempenha no sistema jurídico.

A posição defendida por Cândido Rangel Dinamarco a respeito dos escopos do processo, no sentido de que o escopo jurídico consiste em atuar a vontade do direito, atualmente enfrenta resistência de parte da doutrina processualista, mais especificamente, dos mais novos doutrinadores.⁸⁷

⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. VII, item 27, p.179. "Sabe-se que o processo é instrumento predisposto ao exercício do poder e que este consiste na capacidade de decidir e impor decisões. A dinâmica do poder inclui uma série mais ou menos complexa de atos integrados na unidade teleológica de um procedimento, o qual há de ser conforme com o modelo procedimental legal, sendo absolutamente imprescindível que, nos momentos adequados, o agente do poder decida. Mas daí a considerar que o objetivo do processo seja a produção de decisões vai uma distância muito grande.

⁸⁷ MACHADO, Fábio Cardoso. *Sobre o escopo jurídico do processo*: "Quanto aos escopos do processo, o problema do escopo jurídico parece-nos merecer especial atenção. Ao passo que toda a doutrina processual tende atualmente a ressaltar o caráter instrumental do processo, considerando fundamental que dedique-se a tutelar adequadamente os direitos de quem mereça tutela, parcela considerável dos processualistas insiste em recusar que a tutela dos direitos possa figurar dentre os escopos do processo. Referimo-nos particularmente à postura adotada por Dinamarco, que em sua obra fundamental dedicou-se a negar a possibilidade de incluir a tutela dos direitos no rol dos escopos do processo. Até porque o processo teria, segundo o eminente processualista, apenas um escopo jurídico, consistente em *atuar a vontade do direito*. Essa postura, entretanto, contrasta com as cada vez mais acentuadas tendências a aproximar o direito processual do direito material e a submeter todo o processo, bem como a teoria processual, a uma revisão orientada pelo ideal da efetividade.

O tópico está intimamente relacionado com a problemática da "ação" processual. A afirmação da autonomia do "direito de ação" em relação ao direito substancial subjacente se colocou, conforme Rapisarda, dentre o quadro de uma mais geral tendência de superação de uma concepção das instituições processuais como meros instrumentos de reintegração dos direitos subjetivos violados. Isto quer dizer que a elaboração dogmática do "direito de ação" inseriu-se num momento histórico em que vinha sendo descoberto o caráter público do processo, e não parece exagero afirmar que esta própria descoberta também resultou daquela elaboração. O que pode-se considerar um resultado positivo da construção da "ação" processual como direito autônomo, de natureza pública, em relação ao direito material. Ocorre que, a partir daí, o problema da tutela dos direitos foi completamente abandonado. (...)

Todavia, diz Rapisarda, com razão, o nexo de separação-abstração da tutela processual em relação ao direito substancial pode se considerar hoje historicamente superado, pois este modo de entender as relações entre direito e processo perdeu as próprias motivações culturais, que traziam origem da necessidade de depurar as formas processuais da contaminação excessiva pelo direito substancial⁽¹⁰⁾. De modo que já é hora de o direito processual recuperar, ao menos em boa parte, o vínculo com o plano material. A ciência processual está suficientemente madura para suportar uma reaproximação, e por isso processualistas de envergadura não demonstram mais receio em pensar o processo do ponto de vista da tutela dos direitos".

Insiste Machado⁸⁸ que a defesa desta reaproximação entre o direito processual e o direito material não decorre, porém, apenas da maturidade da ciência processual e, portanto, da dispensabilidade da postura metodológica anterior.

Enfim, procurando uma conceituação rasa, porém objetiva do conceito do escopo jurídico do processo, diríamos que se cuida de uma forma de o Estado executar o direito material, fazendo com que este, o direito objetivo, tenha efetividade na vida das pessoas.

2.5.1. A relação entre processo e direito

A relação entre o processo e o direito, sem dúvida é uma relação de natureza dúplice, pois quando se está em regime de legalidade, o processo se guia por regras do direito, que estabelecem a forma como a jurisdição se exerce e o processo se realiza, estabelecendo de maneira mais ou menos rígida o comportamento dos sujeitos que atuam no processo e isso evita que se chegue a situações de grandes incertezas de forma a colocar em risco a própria integralidade dos direitos e das obrigações no plano substancial e também a finalidade do processo. Não se pode perder de vista que quando nos referimos à relação dual entre direito e processo, vem-nos à mente a imagem de o “modo como este concorre para a vida daquele, qual instrumento a serviço de uma ordem exterior”.⁸⁹

O direito material tem como seu maior intento estabelecer as regras de comportamento das pessoas com o intuito de lhes proporcionar a paz e harmonia

⁸⁸ MACHADO, Fábio Cardoso. *Sobre o escopo jurídico do processo*.

⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cap. VII, item 28, p.181-182. “Essa ordem é representada pelo conjunto de normas e princípios que atribuem bens da vida às pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social, ou seja, ela é representada pelo que se denomina direito substancial. Obviamente, a própria colocação desse binômio, com as investigações em torno da relação funcional entre a ordem do processo e a substancial, pressupõe aceitação da existência mesma dos dois planos do ordenamento jurídico, sem a qual nada disso faria sentido e certamente as pesquisas seriam menos fecundas e extremamente limitadas, como foram até ao século passado. Mas o jurista contemporâneo tem familiaridade com a distinção entre os dois planos do ordenamento jurídico e da sua própria ciência, tendo bastado para isso o período de um século que veio da descoberta racional da relação jurídico-processual até aos nossos dias: desenvolveu-se grande valor entre os processualistas, nesse período, concentrados na determinação dos lindes entre o processual e o substancial, na fixação de conceitos relativos ao processo e na insistente afirmação da autonomia deste.

social. Por sua vez, o direito processual tem como principal missão fazer com as regras do direito material sejam respeitadas.⁹⁰

Para Luiz Dellore⁹¹ o direito processual é o conjunto de normas e princípios que tem como objetivo promover o exercício da jurisdição, tendo como escopo a organização e o andamento do processo. Por outro lado, o direito material é aquele direito que objetiva regular a vida em sociedade, normatizando várias relações jurídicas entre bens e pessoas. De forma que, o direito material é o responsável pela regulação dos atos quotidianos da vida. Enquanto que o direito processual só entra em ação quando as normas estabelecidas pelo direito material são observadas, quando se faz necessário chamar o Estado-juiz, para resolver o conflito criado entre as pessoas. É nesse momento que se inicia a atuação do direito processual.

⁹⁰ SOUZA, Gelson Amaro de Souza. Curso de Direito Processual Civil. Editora Data Júris. 2ª edição.

⁹¹ DELLORE, Luiz. Direito Material e Direito Processual.

CAPÍTULO - II

NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO E ALTERAÇÃO DO PAPEL DAS PARTES E DOS PODERES DO JUIZ

1. A evolução do direito processual até o estágio atual

O direito processual para chegar à fase atual, por óbvio, teve que passar por outros estágios. Como aqui o tema não versa sobre a história do processo, faremos um breve ensaio de forma a permitir ao leitor entender melhor como se chegou a esta fase.

Três fases são bem demarcadas na evolução do processo. A primeira fase é aquela em que não se constata separação entre o direito processual e o direito material, de forma que o processo era estudado apenas levando-se em consideração seus aspectos práticos, sem nenhum rigor científico, como nesta fase havia uma preocupação apenas com a prática foi chamada de praxismo. Segundo Haroldo Lourenço⁹², “Nessa fase ainda não se visualizava a autonomia da relação jurídica processual em confronto com a relação jurídica material.” Enfim, o processo não era visto com autonomia em relação ao direito material e sequer existia pretensões nesse sentido. Na realidade, continua Lourenço, “o que havia era um conjunto de formas para o exercício do direito, sob uma condução pouco participativa do juiz”. A segunda fase, denominada processualismo ou fase do autonomismo,⁹³ em que já se demonstra uma preocupação com as delimitações das fronteiras entre o que é processo e o que é direito material. É nesta fase que começa adquirir aspecto científico as categorias processuais. A terceira fase é a denominada fase do instrumentalismo, como o próprio nome sugere, o processo é visto como um instrumento de efetivação de concretização do direito material tendo

⁹² LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. Item 2.1

⁹³ LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. Item 2.2, para quem: “A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos. Caracterizou-se por ser uma fase muito introspectiva, sendo o processo pelo processo. Essa fase, a rigor, se tornou autofágica, distanciada da realidade, gerando um culto exagerado as formas processuais, no afã de enfatizar a autonomia científica.”

como objetivo maior fomentar a paz social. Nas palavras de Fredie Didier Jr,⁹⁴ “não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre ele uma relação circular de interdependência.” No instrumentalismo, o processo passa a ser visto e aceito como uma ponte de realização de acesso à justiça, nesse momento histórico o processo deixa de ser visto como um fim em si mesmo.

Sugere ainda Fredie Didier Jr.⁹⁵ ser melhor considerar a fase atual do processo como uma quarta fase de sua evolução, sem que isso signifique desconsideração das fases anteriores. A fase hodierna é o que se convencionou chamar de neoprocessualismo em que o direito processual é aplicado sempre em observância aos postulados da Constituição, mais precisamente, em observância à ideia do neoconstitucionalismo. Sobre a fase atual do processo destaca Haroldo Lourenço.⁹⁶

Destaca ainda que na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por força da liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, esta fase de desenvolvimento do processo é denominada de formalismo-valorativo com o intuito de dar maior relevância “aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do chamado Neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético”.

2. O neoconstitucionalismo e sua influência na esfera processual

A doutrina é bastante tranquila a respeito da afirmação de que a influência do Direito Constitucional sobre o direito infraconstitucional. Porém, essa visão é bastante recente. De forma que qualquer ramo do direito era visto e interpretado com amparo, fundamentalmente, na lei ordinária que tratava daquela ramificação do

⁹⁴ DIDIER JR. Fredie. *Teoria do processo e teoria do direito: O neoprocessualismo*, in: Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Capítulo XI, p. 261.

⁹⁵ Op. Cit. p. 262.

⁹⁶ LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. Item 2.4. “A partir da evolução dessas fases metodológicas, sob a influência do neoconstitucionalismo, começou-se a cogitar no neoprocessualismo, que se interage com o instrumentalismo, também denominado por uma parte doutrina como de formalismo-valorativo ou formalismo ético”.

direito. Nas palavras Nelson Nery Junior.⁹⁷ “Assim, o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal, trabalhista), com o penalista, com o comercialista.”

Essa descrença e até desrespeito com o Direito Constitucional, no caso do Brasil, ainda segundo as lições de Nelson Nery Jr., deve-se a fatores de natureza cultural e política, pois no século passado, poucos foram os momentos de estabilidade política e de regime democrático. De maneira que, nos países com instabilidade política as violações à Constituição são mais frequentes e com pouca repercussão na esfera jurídica. Enquanto que a violação à Constituição nos países que têm uma democracia consolidada e com estabilidade política ecoa no mundo jurídico de forma mais forte.⁹⁸

Assim, o aplicador e o intérprete do direito infraconstitucional devem se nortear, diante do caso concreto, sempre pelo conteúdo da Constituição e, só depois de examinada a questão sob o ângulo constitucional, é que deve se debruçar sobre a legislação ordinária na busca da resolução do problema.⁹⁹

Essa situação vem sofrendo significativas alterações, principalmente, no caso do Brasil, após da Constituição de 1988.

Fredie Didier Jr,¹⁰⁰ visualizando as enormes mudanças no pensamento jurídico nos últimos anos, quanto à ciência do Direito Constitucional, aponta, fundamentalmente, três aspectos: O primeiro fator de especial relevância dessa mudança deve-se ao reconhecimento da força normativa do texto constitucional, ganhando a importância que lhe é devida, de forma que passa a ser visto como “o principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa.” Assim, facilmente se percebe que o modelo estatal sai de um parâmetro lastreado na lei, migrando para um modelo amparado na Constituição.

⁹⁷ NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. Item 1, p. 25.

⁹⁸ NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. Item 1, p. 25.

⁹⁹ NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. Item 1, p. 26. Aponta aqui, com a clareza que lhe é peculiar, a diferença entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional. De forma que o direito constitucional processual significa o conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional.

¹⁰⁰ DIDIER JR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Item 2.1. págs. 121-122.

O segundo fenômeno apontado como um dos responsáveis por essa mudança paradigmática do estudo do direito deve-se à ampla difusão e afirmação dos direitos fundamentais que, em razão de sua importância, faz com que o direito positivo de natureza infraconstitucional, traga em sua essência, um perfil ético mínimo com respeito à ideia de dignidade da pessoa humana. De maneira que, continua Fredie Didier Jr, a noção sobre os direitos fundamentais passa a ser vista não somente “como situações jurídicas de vantagem (dimensão subjetiva dos direitos fundamentais), mas também, e, sobretudo, como normas que orientam a produção de outras normas jurídicas (dimensão objetiva dos direitos fundamentais)”.

O terceiro aspecto se deve ao desenvolvimento da jurisdição constitucional, com a criação de instrumentos processuais destinados ao processo de natureza constitucional, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o desenvolvimento também de técnicas aplicadas aos instrumentos de controle de constitucionalidade, como a interpretação conforme a Constituição e ampliação do rol dos legitimados para a ação de controle de constitucionalidade.

Como diz Fredie Didier Jr¹⁰¹ essa mudança no estudo do Direito Constitucional teve ampla influência no Estudo do Direito Processual. “A Constituição Federal passa a ser examinada como o *mais* importante capítulo do Direito Processual, fundamento para que todo o Direito Processual seja construído”. A título de exemplo, pode-se indicar o princípio do *devido processo legal* elevado ao *status* de direito fundamental consagrado na Lei Maior de 1988.

Portanto, inegável a influência do direito constitucional na esfera processual e não se poderia esperar outra coisa, pois estamos vivendo em um Estado Democrático de Direito de maneira que a Constituição é a carta por que todos devem se guiar, inclusive o próprio Estado.

3. Constitucionalização do processo e do direito em geral

É sabido que do neoconstitucionalismo também surgiu o neoprocessualismo, que em palavras simples, quer significar um novo processo com raízes no plano

¹⁰¹ Op. cit. p. 122.

constitucional. De forma que a Constituição assume o alicerce interpretativo para todos os ramos do direito. No Brasil, quanto ao direito processual, muitas de suas garantias encontram-se no texto constitucional, como o contraditório, a ampla defesa o direito aos recursos (art. 5º, LV, CF). Isso justifica a constitucionalização do direito infraconstitucional.

Em um primeiro momento, as Constituições tinham uma preocupação somente com o teor político, por isso, muitos ainda se referem a ela, como a Carta Política. Essa conceituação inicial restou superada com o passar dos anos, de forma que nos tempos atuais, as Constituições são vistas como fontes da norma jurídica. Na fase inicial, a preocupação das constituições era, fundamentalmente, com a estrutura organizacional do Estado, tendo como destinatários principais de seu conteúdo os governantes, em seguida passou a se preocupar também com a organização dos direitos econômico-sociais e em momento posterior, também com os direitos fundamentais. Enfim, a norma de natureza constitucional ultrapassa o campo de atuação inicial, que era o conteúdo do direito público e passa também a se preocupar com as normas que regem as relações entre particulares.¹⁰² A isso a doutrina brasileira denomina constitucionalização dos direitos.

Como afirma Haroldo Lourenço,¹⁰³ a lei, atualmente, não é considerada a fonte mais importante do direito, ficando essa a cargo da Constituição. De forma que esta somente ostenta eficácia e validade se estiver em sintonia com os mandamentos constitucionais e o juiz deixou de ser um mero agente declarador da vontade da lei, assumindo uma postura de agente dotado de capacidade criativa do

¹⁰² LORENZETTI, Ricardo Luis, MIRAGEM, Bruno. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direitos*. 2010. 2ª parte, cap. I, p. 83. “Por essa razão, a Constituição é fonte do direito privado, e não apenas de modo mediato, uma vez que contém disposições que estão dirigidas aos cidadãos e possuem operatividade direta. Daí por que se considera atualmente que a Constituição é uma norma positiva, e, como tal, pode ser alegada nos tribunais. Parece correto considerar que a transformação do Estado de bem-estar demonstra justamente a pretensão generalizada de que as normas constitucionais sejam consideradas como direito positivo e resultem passíveis de alegação diretamente aos juízes, na medida do possível”.

¹⁰³ LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. Item 3.2. “A lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. A função dos juízes, pois, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda, no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei e assumiu o caráter constitucional, possibilitando, a partir da *judicial review*, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos”.

direito, diante do caso concreto. Assim, de acordo com Humberto Ávila,¹⁰⁴ “deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”.

De maneira que, o processo moderno, segundo Humberto Theodoro¹⁰⁵, deve ser concebido, em primeiro plano, como um remédio de justiça, compreendida esta como a convivência social em sintonia com os princípios estabelecidos pela Constituição. Exatamente por isso sugere que no lugar de “devido processo legal” melhor seria a assertiva de que o Estado Democrático de Direito garante um processo justo.

Depois de admitir que a expressão devido processo legal é a mais difundida na doutrina e na legislação brasileiras, Bruno Garcia Redondo¹⁰⁶ prefere utilizar a expressão devido processo de direito, esclarece que o devido processo de direito, o mesmo que devido processo legal, é um princípio de índole constitucional do qual derivam o contraditório, a ampla defesa, a adequada fundamentação das decisões judiciais, dentre outras. Por isso, essas garantias, por serem consectários do devido processo de direito, sequer precisariam estar expressas na legislação e mesmo assim fariam parte do ordenamento. Em resumo, a condição de o devido processo de direito já se encontrar previsto no texto constitucional, já seria suficiente para que todas as demais garantias também integrassem o ordenamento.

Somente a partir da segunda metade do século XX, foi que a Constituição passou a assumir papel de maior destaque no ordenamento jurídico, exercendo grande influência no modo de compreensão do direito.¹⁰⁷ Antes, o papel de destaque do ordenamento jurídico era desempenhado pelos códigos.

Nos países em que o processo de democratização ocorreu em tempos mais recentes, como é o caso do Brasil com a Constituição de 1988, o fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional também se deu um pouco mais

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2012, p. 37.

¹⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito Processual Constitucional*. Item 1, p. 30.

¹⁰⁶ REDONDO, Bruno Garcia. *Devido processo “legal” e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes*. In *O Direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. Coord. Arlete Inês Aurelli et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

¹⁰⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Cap. II, item 2.1. p. 57.

tarde, porém sem que esse atraso na história, tenha comprometido sua intensidade. No caso do Brasil, a Constituição de 1988 assumiu uma postura não apenas de supremacia do ordenamento jurídico não somente no plano formal, pois com a normatização de seus princípios, com a força normatiza do texto constitucional ela, a Constituição, assumiu o centro de todo o ordenamento jurídico, de forma que, todo o direito infraconstitucional, somente adquire valia se interpretado de acordo com a Constituição.¹⁰⁸

Nessa senda, toda interpretação do direito infraconstitucional, também adquire *status* de interpretação constitucional, que pode ser de forma direta, quando a pretensão se pautar diretamente no texto da Constituição ou indireta, quando a pretensão se lastreia em norma de natureza infraconstitucional. Em resumo, afirma Luís Roberto Barroso¹⁰⁹ que, “a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material”.

O acontecimento histórico que marcou o fim do reinado dos códigos, assumindo a Constituição essa posição de protagonista do sistema jurídico, fazendo com que as demais ramificações do direito infraconstitucional passassem a ser interpretados sempre em sintonia com o texto constitucional, de forma que houve inegável que maior ligação da produção legislativa com o direito constitucional, foi a Segunda Guerra Mundial.¹¹⁰

O marco mais significativo do neoconstitucionalismo é a norma constitucional assumindo a condição de pano de fundo de todo o ordenamento jurídico, que atribui à Constituição a característica da onipresença em todo sistema jurídico. Tudo isso se deve, fundamentalmente, ao fato de as Constituições modernas, normalmente trazerem em seu corpo, um vasto conteúdo de natureza material, dessa forma, traçam diretrizes tanto para o poder público como os entes de natureza privada, de

¹⁰⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, segunda tiragem 2012, cap. III, item 2, p. 386.

¹⁰⁹ Op. cit. p. 387.

¹¹⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Cap. II, item 2.1. p. 60. “A partir da Segunda Guerra Mundial, é inegável que a Constituição tomou o lugar dos Códigos, devendo os direitos infraconstitucionais ser compreendidos a partir da Lei Fundamental e sua inserção no contexto internacional. O alargamento do espaço constitucional se deu a partir da *constitucionalização dos direitos infraconstitucionais* que, por sua vez, ampliou a *extensão e a intensidade* da vinculação constitucional do legislador ordinário.” (destaques no original).

maneira que é praticamente impossível enfrentar um problema jurídico que não tenha algum tipo de resposta nas normas constitucionais, pois os textos constitucionais trazem princípios e valores de vasta abrangência.¹¹¹

A norma infraconstitucional encontra limites no texto constitucional, que como visto, apresenta-se, em regra, carregado de princípios e de regras que funcionam como vetores de todo o ordenamento jurídico, de maneira que a lei resta limitada àquilo que a Constituição estabelece, ainda que de forma implícita. Ora, se antes era possível afirmar que o centro do ordenamento jurídico era a lei, agora resta indiscutível que a própria lei deve estar em sintonia com os preceitos constitucionais. Assim, o próprio princípio da legalidade ganha outro contorno, abandonando o conteúdo de natureza meramente formal, passando a dever obediência também ao aspecto de natureza substancial.¹¹²

O choque causado pelo neoconstitucionalismo no Brasil foi mais significativo, em razão de todo juiz, lastreado no plano teórico de que a validade da lei se submete ao crivo dos direitos fundamentais, passou, assim, a ostentar o poder de dar significado aos direitos fundamentais.¹¹³

O Código Civil francês de 1804, sem dúvida, foi o diploma que maior influência exerceu no sistema jurídico na fase da codificação civil. Ainda na atualidade, quer de forma direta ou indireta, esse diploma tem influência nos sistemas jurídicos modernos, porém, apesar de sua inegável importância para a história do direito, não foi um ponto final para a evolução do direito civil, que continuou seu desenvolvimento ao longo dos anos. Esse diploma tinha como princípios basilares a família monocrática, a propriedade na esfera individual, a autonomia privada da vontade e a responsabilidade individual. Era um diploma de natureza eminentemente individualista.¹¹⁴

¹¹¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Cap. II, item 2.1. p. 61.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Cap. II, item 2, p. 52.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Cap. II, item 2, p. 54.

¹¹⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Item 2. Págs. 536/538. "Ao Code Civil da sociedade individualista do séc. XIX substituiu-se, portanto, um direito que tende a assegurar a igualdade efectiva de todos perante a lei pela proteção dos fracos, graças à intervenção de grupos sociais que temperam o individualismo em benefício do coletivismo. O Estado intervém cada vez mais nas relações entre particulares; ele protege, em certas circunstâncias, os economicamente fracos. Assiste-se àquilo que se tem chamado a 'publicização' do direito privado, ou seja, a absorção de parte do direito privado pelo direito público; ou ainda a 'socialização' do direito privado pelo desenvolvimento que o direito social tomou. Daí, que a evolução do direito civil nos países capitalistas

A autonomia privada da vontade individual, àquela época, assumia o papel de protagonista na formação dos contratos, de forma que cada pessoa comprometia-se de forma livre tendo como único fator limitador a própria vontade.

Atualmente, vivenciamos uma fase de maior valoração dos princípios jurídicos, sem dúvida, momento em que se verifica a superação da fase da codificação. O que se constata nesta fase é uma crescente importância atribuída aos chamados microssistemas jurídicos autônomos. Isso contribui para um paradigma normativo aberto, de forma que não se tem aquela certeza comum ao sistema da codificação.¹¹⁵

Há doutrina, nos dias atuais, que advoga a tese da processualização como direito fundamental, que resulta da estrutura de um Estado Democrático, plural e também do princípio da dignidade da pessoa humana que se encontram expressos no texto constitucional.¹¹⁶

Não há dúvidas, atualmente, de que a Constituição assume o ponto mais importante de todo ordenamento jurídico de cada Estado. De maneira que, não se concebe que nenhum outro ramo do direito infraconstitucional, seja interpretado ou criado, sem a devida obediência às normas e aos princípios de natureza constitucional. Importa ressaltar que não precisam estar explícitos no texto constitucional. Quer dizer, a obediência se deve tanto àquilo que está expresso como àquilo que resulta de sua interpretação.

se aproxime deste mesmo direito nos países socialistas de tendência comunista” (destaques no original).

¹¹⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Cap. II, item 2.1. p. 59.

¹¹⁶ DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental à processualização in* Constituição e Processo. Coordenação Fredie Didier Jr., Luiz Rodrigues Wambier e Luiz Manoel Gomes Jr. Editora Juspodivm, 2007, págs. 369/370. “O direito fundamental à processualização resulta da necessidade real de se mitigar a incorreção da recíproca, tornando processuais os procedimentos de que se vale o Poder Público para atuar, em todas as suas manifestações relacionadas à pessoa humana e aos direitos fundamentais, porquanto respeitante ao *status processualis*. (...). A constitucionalização do processo, marcada não apenas pela consagração de princípios e regras gerais do processo, mas pela previsão de institutos e garantias processuais, pode ser considerada como o elemento de relevo para a formação do direito processual constitucional e, mais do que isso, para o direito fundamental à processualização, impositivo de formas processuais de ação ensejadoras do diálogo e da comunicação em decorrência da dimensão processual que portam os direitos fundamentais. Para sua devida compreensão, faz-se mister perscrutar a constitucionalização do direito como fenômeno típico do constitucionalismo contemporâneo, associada à expansão dos direitos fundamentais, cuja possibilidade se assenta materialmente nas cláusulas de abertura e é potencializada pela hermenêutica constitucional, de matiz filosófico.”

4. O neoprocessualismo e a criação do direito pelo Judiciário

No plano teórico, o Poder Judiciário tem a característica da neutralidade, sendo, a rigor, o único dos poderes do Estado concebido com essa peculiaridade no plano político. No entanto, na prática, esse poder é encarado com a responsabilidade de manter a coerência de todo o sistema. Assim, “a neutralidade ideológica do Judiciário deve ser entendida como uma falácia”.¹¹⁷

Como visto antes, no Brasil, a partir do movimento chamado neoconstitucionalismo ou neopositivismo para parte da doutrina, o Poder Judiciário passou a ter uma atuação diferenciada e até mesmo ser cobrado para que mudasse sua postura de atuação, de forma que os juízes, no cenário atual, têm que demonstrar que todos seus atos estão em sintonia e em obediência aos mandamentos constitucionais. Enfim, não mais se justifica uma atitude do juiz assemelhada a um mero aplicador da lei. A depender do caso concreto, exige-se uma atitude criativa do juiz.

A essa linha de pensamento adere Ruy Alves Henriques Filho¹¹⁸ para quem a falta de uma normatização legal mais clara a respeito do tema, faz com o poder de criação do juiz se evidencie, mormente quanto às propostas de mediação dos conflitos. De forma que o direito funciona como um instrumento que medeia a relação entre o poder e a cidadania. Assim, não tem como deixar de agir diante das situações a ele apresentadas. Evidente que o ponto inicial dessa atuação do julgador será sempre a lei, mas poderá perfeitamente deparar-se com situação que demande uma comunicação de natureza multidisciplinar. É dizer, muitas vezes o juiz se depara com situações que demandam conhecimento de outras ciências, como a biologia, a química, a física, etc. e terá que julgar.

¹¹⁷ SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*. Cap. III, item 3.1, p. 81/84. “Enquanto o judiciário se mantém falsamente neutro, o sistema, com seu aparato de dominação e seus substratos ideológicos, impõe a sua vontade. Ou seja, não assumindo a sua condição imanente de veículo dos substratos ideológicos que provêm do tecido social, o judiciário, mantendo-se pretensamente neutro, está, na verdade, aderindo à ideologia do poder. Como o Estado se alimenta de mitos, dogmas, falácias, etc., para manipular o imaginário coletivo – e a neutralidade do judiciário é um deles -, essa postura do poder judiciário opera como *feedback* no processo ideológico que instrumentaliza a dominação estatal.”

¹¹⁸ FILHO, Ruy Alves Henriques. *Direitos fundamentais e processo*. 2008. p. 183/184.

Seguindo a mesma direção de pensamento está Roberta Fragoso Kaufmann,¹¹⁹ para quem, em razão de a Constituição se apresentar como sistema aberto de regras e princípios, traz em seu corpo normas que refletem pontos de vista aparentemente contraditórios e que sua efetivação demanda uma atuação mais ativa do Poder Público. Assim, frequentemente o intérprete da Constituição se depara com o desafio de realizar a ponderação de valores, diante do caso concreto, buscando a solução quando se depara com um conflito de princípios.

Estamos vivendo uma fase, na ciência processual, denominada neoprocessualismo em razão do neoconstitucionalismo. Essa fase da história do processo exige que a ciência jurídica almeje novos horizontes e para isso tem que seguir novos rumos, exigindo dos aplicadores do direito, mais especificamente dos juízes, que abandonem em muitos casos, o rigor excessivo do positivismo idealizado por Kelsen. Enfim, o processo há de seguir seu curso sempre norteado pelos mandamentos da Constituição levando em consideração os princípios nela esboçados.

Importa mencionar aqui a afirmação de Cambi¹²⁰ para quem “o movimento neopositivista é consectário lógico do neoconstitucionalismo, é uma nova maneira de se interpretar e aplicar o direito. “Parte das bases do positivismo jurídico, procurando mostrar outra forma de compreensão do fenômeno jurídico.”

Essa situação demonstra uma nítida superação do legalismo dominante no momento antecedente ao neoconstitucionalismo. Na época do reinado do positivismo, como ensina Eduardo Cambi,¹²¹ o direito se amparava apenas nos dispositivos legais, sendo que o processo era puramente lógica, “recorrendo o intérprete à subsunção como meio para a obtenção da conclusão silogística”. Havia, nessa fase da história, a intenção de enquadrar o Direito como instrumento tradutor da vontade geral e do bem comum, pois havia a ideia de que o Direito representava aquilo que era correto e que se guiava pelo “caminho do bem, como algo essencialmente bom e justo.”

¹¹⁹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa. Acesso em: 25 mar. 2015.

¹²⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Cap. III, item 3.1. p. 84.

¹²¹ Op. cit. p. 85.

Importa observar que esse sectarismo pela codificação tinha por objetivo evitar a arbitrariedade estatal contra eventuais inovações praticadas pelos juízes. Enfim, como afirma Eduardo Cambi¹²² o julgador teria que demonstrar uma postura de neutralidade em relação às situações visualizadas no Código, “sendo considerado simplesmente como sendo *la bouche de la loi* (a boca da lei). A sentença deveria subsumir-se, direta e automaticamente, à lei para que, desta forma, ficasse mais fácil controlar a atividade jurisdicional.”

Esse pensamento se encontra superado. Diversamente do que ocorria no período anterior, atualmente, no neoconstitucionalismo, as Constituições, além de estabelecerem uma função limitadora ao legislador, também projetam programas de valores a serem alcançados. De forma que tais valores não se confundem com os princípios nem com as regras, porque não estabelecem o que deve ser, mas o que é melhor. E isso demanda, inevitavelmente, uma análise de natureza subjetiva, sem que impeça sua aplicação de maneira racional. “Na colisão entre dois valores, não se questiona o que é devido, apenas o que é melhor”.¹²³

Não se cuida de uma mera faculdade dos operadores do direito, antes de tudo, cuida-se de uma exigência imposta pela sistemática prevista na Constituição.

Há uma tendência de superação da ideia de um Judiciário neutro, sendo uma necessidade da sociedade moderna que o Poder Judiciário assuma cada vez mais uma postura proativa. À medida que o Judiciário se mantém supostamente neutro, o sistema impõe a dominação de suas ideologias, fazendo valer sua vontade. Quer dizer, enquanto o Judiciário se mantém, aparentemente neutro, está se aceitando a dominação ideológica dos outros órgãos de poder.¹²⁴

Parece não haver muitos questionamentos na doutrina sobre a trilha seguida pela Constituição brasileira de 1988, acompanhando os mesmos passos da maioria das constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, em muitos países da Europa e da América Latina, que enveredou pelo caminho da formação de um Estado democrático, promovendo a redemocratização do país e preocupada inclusive com a modernidade vivenciada em todo o mundo. Essa mudança de panorama, alinhavada pelo texto constitucional, demanda uma mudança de postura

¹²² Op. cit. p. 85.

¹²³ Op. cit. p. 89.

¹²⁴ SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*. Cap. III, item 3.1, p. 84.

dos juristas brasileiros, que deveriam abandonar a confortável posição de simples operadores do direito para se tornarem verdadeiros atores jurídicos.¹²⁵

Esse novo viés do direito, guiado pelos ares de democratização, como ênfase aos direitos fundamentais, vem se consolidando e encontra lastro, fundamentalmente, nas teorias desenvolvidas na Europa. Nessa senda, observa-se uma crescente ampliação da jurisdição constitucional, criando espaço para o fenômeno que se resolveu chamar de ativismo judicial. Há, no entanto, severas críticas, por parte de parcela da doutrina aos juízes que assumem essa postura ativa na aplicação do direito.¹²⁶

5. O direito processual sob a ótica do direito constitucional

Inicialmente, vale apontar a distinção entre direito constitucional processual e direito processual constitucional, embora parte da doutrina não vislumbre importância em tal distinção. No entanto, muitos admitem a distinção para fins

¹²⁵TRINDADE, André Karam e GUBERT, Roberta Magalhães. *Breve balanço dos 20 anos de constitucionalismo democrático no Brasil e a contribuição da hermenêutica jurídica na concretização dos direitos fundamentais*. In *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte, 2009, págs. 174. “Muito não tardou para que o Judiciário brasileiro adotasse uma postura mais atuante, destacando-se as decisões que passaram a interferir concretamente em áreas como saúde e educação e, conseqüentemente, nos orçamentos públicos – seara, antes, de domínio exclusivo dos poderes Legislativo e Executivo. Com a expansão e o assentamento de tal comportamento jurisprudencial, fica caracterizado o movimento da denominada ‘judicialização da política’, fenômeno que não é privilégio do caso brasileiro e que, ressalvadas as peculiaridades dos diferentes contextos, também gerou ressonâncias e, portanto, discussões, nas cortes europeias e norte-americanas. O debate acerca de tal comportamento judicial, apesar das acusações de que a jurisdição constitucional, através de sua atuação contramajoritária, possui um caráter antidemocrático que fere o equilíbrio necessário à separação de poderes, acabou por evidenciar que a constante tensão entre constitucionalismo e democracia é algo inerente e irrenunciável ao esquema do Estado Democrático de Direito”.

¹²⁶ TRINDADE, André Karam e GUBERT, Roberta Magalhães. *Breve balanço dos 20 anos de constitucionalismo democrático no Brasil e a contribuição da hermenêutica jurídica na concretização dos direitos fundamentais*. In *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte, 2009, págs. 175. “Nesse aspecto, aliás, podemos questionar se esse ‘ativismo’ não encontra suas raízes no movimento do direito alternativo, que se inicia nas décadas de 70 e 80 do século passado? Ou melhor: embora não se trate das mesmas personagens, qual é a diferença entre o protagonismo dos juízes integrantes do movimento do direito alternativo e aquele verificado atualmente pelos juízes que assumem posturas nitidamente ativistas? Ambos não superam o paradigma da filosofia da consciência, mostrando-se, portanto, reféns do solipsismo, embora os primeiros possam legitimamente levantar a bandeira de que lutaram contra um regime autoritário, sob a égide do AI-5 e de uma Constituição outorgada, enquanto os segundos apenas ainda não compreenderam devidamente o que representa o Estado democrático de direito”.

metodológicos. Assim, para os que veem distinção, o direito constitucional processual é formado pelo “elenco de normas e princípios processuais consagrados no texto constitucional”, e direito processual constitucional é “o elenco de normas e princípios processuais que tem por finalidade regular a jurisdição constitucional”.¹²⁷ Enfim, o direito constitucional processual tem como objeto de análise a sistematização do conjunto de princípios e regra referentes ao processo e que se encontram no texto constitucional, ao passo que o direito processual constitucional tem por finalidade estudar as normas atinentes à jurisdição de cunho constitucional.¹²⁸

A Constituição de 1988 trouxe uma ampliação de princípios e regras de natureza processual, confere-se essa afirmação por uma simples passagem pelo artigo 5º, em que há expressa referência ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade e outros mais.¹²⁹

O fenômeno da constitucionalização das regras processuais proporciona um processo mais em consonância com a ideia de justiça, pois obrigatoriamente terá que observar aos princípios processuais que se encontram no texto constitucional, como a garantia do juízo natural, a proibição do juízo de exceção, a devida obediência ao contraditório e à ampla defesa. Ora, o processo que pretende ser justo não pode se afastar da segurança jurídica, que se apresenta como um dos pilares do Estado Democrático de Direito e que está no mesmo patamar da justiça e da dignidade da pessoa humana.¹³⁰

¹²⁷ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Direito processual constitucional. 3ª ed. Forense, p. 3.

¹²⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. Capítulo 1, item 1.2, p. 8.

¹²⁹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. Capítulo 1, item 1.4, p. 18.

¹³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. Coordenação geral: Felipe Daniel Amorim Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte, 2009, págs. 242/243. “Há uma crise da justiça que a sociedade unanimemente situa na intolerável demora com que se define a resposta jurisdicional à demanda dos litigantes. Não se faz justiça, a quem dela necessita, retardando a eliminação do litígio injustificadamente e submetendo o titular do direito subjetivo à sujeição longa e desmensurada, à violação já consumada ou à intranquilidade da ameaça injusta à situação jurídica legítima da parte. Demorar, sem justa causa, na prestação da tutela jurídica efetiva a quem tem, constitucionalmente, o direito de obtê-la, equivale a denegá-la, na ordem prática. Equivale, em outros termos, a desviar o processo, pelo menos durante sua procrastinação indevida, para a imoral tutela do injusto violador do direito alheio. De instrumento de ‘justiça’, o processo torna-se instrumento de ‘injustiça’, gerando o atual descrédito que inunda a sociedade quando se põe a avaliar a qualidade da tutela que pode esperar dos órgãos jurisdicionais, entre nós.”

Como já dito antes, o marco histórico para o constitucionalismo na visão que atualmente é encarada, e por consequência, todo o ordenamento jurídico, foi a Segunda Guerra Mundial, tendo a Constituição alemã, promulgada após o fim da guerra, demonstrado uma preocupação com a ampliação de seu campo material, iniciando, assim, a constitucionalização do direito infraconstitucional, de modo que o direito privado deixa de ser o referencial de todo o ordenamento, passando esse posto ser ocupado pelas normas de natureza constitucional.¹³¹

Falando sobre a constitucionalização do ordenamento jurídico, Ricardo Guastini¹³² afirma que essa se caracteriza, fundamentalmente,

Por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.

O inquestionável crescimento das complexidades, envolvendo a sociedade no mundo moderno, tem servido como base de fomento para a reformulação do conceito de Estado. Com base nessa realidade, as Constituições de vários Estados Democráticos do mundo ocidental, pouco a pouco, vêm fomentando um mesmo processo de transformação que se iniciou a parte da segunda metade do século XX apontando elementos novos que funcionam como regentes da vida intraestatal. Diante desse cenário, o direito processual ganhou *status* de norma constitucional, na maioria dos Estados Democráticos, com vários princípios de natureza processual, elevados ao patamar de direitos fundamental, como se verifica em vários incisos do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988.¹³³

¹³¹ DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental à processualização in* Constituição e Processo. Coordenação Fredie Didier Jr., Luiz Rodrigues Wambier e Luiz Manoel Gomes Jr. Editora Juspodivm, Capítulo XVI, item 2.1, p. 374.

¹³² GUASTINI, Ricardo. *Estúdios de Teoría Constitucional*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2001, p. 153.

¹³³ MORAIS, José Luis Bolzan de, SALDANHA, Jânia Maria Lopes e ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais*. Coordenação geral: Felipe Daniel Amorim Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte, 2009, capítulo 3, p. 125 “O surgimento da jurisdição e direitos. Não seria mesmo possível que as Constituições estabelecessem valores para reger a vida em sociedade e não estabelecessem minimamente condições de acesso à sua efetivação e respeito. O chamado ao juiz seria mesmo inevitável, uma vez que para garantir a inteireza da Constituição fazia-se necessário dotar o julgador de poder – e cultura constitucional – suficiente para afastar qualquer inconstitucionalidade ou ameaça de inconstitucionalidade”.

Nos tempos atuais, não se pode negar a influência das normas constitucionais no processo, de forma que o espírito do direito constitucional, inevitavelmente, contagia todo o direito processual. Assim, não pode pensar o processo de forma distanciada do conteúdo normativo da Constituição.¹³⁴

Falando sobre a importância da Constituição brasileira de 1988 e sua influência em todo o ordenamento jurídico pátrio, Luís Roberto Barroso destaca¹³⁵ que a Carta Maior funciona como base de interpretação de todos os demais ramos do direito infraconstitucional. A isso, alguns dão o nome de *filtragem constitucional* e significa que todo o ordenamento há de ser lido com os olhares voltados para a Constituição, “a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”.

6. O acesso à Justiça como direito fundamental e o neoprocessualismo

Importa ressaltar que a locução *acesso à justiça* traz consigo uma carga semântica bem rica, quer dizer, cuida-se de uma expressão de que se pode extrair mais de um significado. Fundamentalmente, extrai-se dessa expressão o significado de que todas as pessoas podem exigir o respeito aos seus direitos e também é vastamente utilizada como o caminho a ser trilhado na busca da resolução dos litígios enfrentados por toda sociedade, mas que não podem ser resolvidos diretamente pelas partes envolvidas na questão, pois o Estado é o detentor

¹³⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. Capítulo 4, p. 168. “Pretendendo-se assumir os compromissos do constitucionalismo no processo, a ideologia do direito constitucional fatalmente deverá permear todo o direito processual porque, como é sabido, a *grande porta do ingresso da ideologia consistente no direito material*, que lhe está posto antes, mas ao qual não se reduz, do qual o processo bebe as primeiras influências ideológicas que irão determinar a orientação de seus institutos.”

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 fev. 2015. “Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável^[55], interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.”

exclusivo da jurisdição. Por questão principiológica, a noção de acesso à justiça deve ser franqueada e facilitada a todos que dela necessitam, quer dizer, o próprio Estado deve fomentar o acesso à justiça por todos, principalmente àqueles que não dispõem de condições econômicas ou culturais de buscar a justiça. O acesso à justiça deve ser encarado como elemento identificador do Estado de Direito e ao mesmo tempo, condição indispensável para a efetivação do Estado Democrático de Direito. Ora, se todos são iguais perante a lei, não pode negar a ninguém os meios de alcançar a justiça.¹³⁶

A conceituação de direito fundamental está longe de ser consenso no meio doutrinário, mas aqui não se cuida de definir o assunto, apenas se traz uma noção para rápida compreensão do que se cuida. A noção de direito fundamental, sob a visão clássica do direito, significa os instrumentos de que dispõe o indivíduo para se enfrentar a atuação estatal. Essa definição se apresenta com mais dificuldade de ser compreendida quando se encontram sob um mesmo ângulo de visão o plano histórico e social. Uma das barreiras que encontram os direitos fundamentais é a busca por “um fundamento absoluto sobre o qual respaldá-los, de modo a garantir seu correto cumprimento ou até mesmo como meio de coação para sua observância de maneira universal”.¹³⁷

¹³⁶ FILHO, José Bittencourt. *Acesso à justiça: por onde passa a desigualdade*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2006. p. 48.

¹³⁷ PFAFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos direitos fundamentais*. Revista Jurídica, Brasília, v. 9, n. 85, jun./jul, 2007. “Primordial ao estudo do tema, faz-se necessária a definição da terminologia adequada a ser utilizada. Bonavides (2002) faz severas críticas ao uso “indiferente” das expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais. Pelo vocábulo “fundamental”, em seu significado lexical, compreende-se tudo aquilo “que serve de fundamento; necessário; essencial.” Tal conceito não se afasta do sentido real do termo na esfera jurídica. Assim, como entende Vladimir Brega Filho, direito fundamental “é o mínimo necessário para a existência da vida humana.” (2002, p. 66) Ressaltando-se que o mínimo essencial deve garantir a existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana. No tocante à expressão “Direitos Humanos”, o significado atribuído é o mesmo, ou seja, são direitos essenciais à manutenção de uma vida humana sustentada pelo princípio da dignidade a ela inerente. Entretanto, Vladimir Brega Filho (2002) faz distinção entendendo serem os Direitos Fundamentais aqueles positivados em uma Constituição, enquanto os Direitos Humanos são os provenientes de normas de caráter internacional. Diante disso, Canotilho (1998) sugere um argumento para a distinção. Para ele, direitos do homem são aqueles derivados da própria natureza humana, enquanto os Direitos Fundamentais são os vigentes em uma ordem jurídica concreta. In literis: Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. (CANOTILHO, 1998, p. 359). Ressalte-se que a ordem jurídica citada por Canotilho (1998) não se restringe à Constituição, pois ele separa os Direitos Fundamentais em “formalmente constitucionais”, que são os enunciados por normas com valor constitucional formal, e “materialmente fundamentais”, sendo estes os direitos constantes das leis aplicáveis de direito internacional não positivados constitucionalmente. Neste mesmo sentido versa Comparato, para o qual os Direitos Fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às

Com o crescimento dos Estados Democráticos de Direito, com o processo de democratização política no mundo, as pessoas começam a sentir maior necessidade de acesso à justiça. Seja em razão da evolução da sociedade e de suas necessidades, seja em razão de o próprio Estado facilitar, por vários meios, o acesso à justiça. Na Constituição brasileira de 1988, mais precisamente no artigo 5º, que cuida dos direitos e garantias fundamentais, consagra dentre outros direitos, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) e a assistência judiciária gratuita e integral aos que necessitarem e não tenham condições de arcar com as despesas do processo (art. 5º, LXXIV).

Isso resulta da evolução da sociedade, quer dizer, nem sempre foi assim. A noção de acesso à justiça vem sofrendo grandes transformações nos últimos séculos com reflexo direto nos estudos sobre o processo civil. Fundamentalmente, nos séculos XVIII e XIX, as demandas judiciais eram essencialmente de cunho individual, quer dizer, o acesso à justiça era basicamente um direito formal. Na prática, isso significava que aqueles que não dispusessem de condições para suportar os custos desse acesso, ficavam apenas com um direito formal, porém sem nenhuma efetividade.¹³⁸

Quando nos referimos a acesso à justiça, não podemos mais nos dar por satisfeito com um mero acesso formal. Necessário que esse acesso seja concretizado, que se efetive. Necessário que as partes do processo cheguem ao Judiciário com efetiva paridade de armas, para isso, ou terá que dispor de recursos financeiros para contratar bom advogado ou ser assistida por uma Defensoria

quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos Tratados Internacionais. (COMPARATO, 2001, p. 56). Não obstante o debate, no presente estudo, adotaremos a expressão "Direitos Fundamentais", pois trataremos de Direitos positivados, seja no direito interno ou no direito internacional, bem como por ser este o termo mais amplamente utilizado pela doutrina, bem como pela Constituição brasileira." (destaques no original).

¹³⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 1988, Capítulo I, p. 9. "Afastar a 'pobreza no sentido legal' – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva." (destaques no original)

Pública bem aparelhada, sob de essa igualdade ficar apenas no plano da formalidade.¹³⁹

O caminho técnico de acesso à justiça é o processo judicial. Assim, para que o acesso à justiça seja efetivo, necessário também que o processo tenha em si uma carga de efetividade. Partindo-se da possibilidade de que o efetivo exercício da cidadania tem que passar, necessariamente, por uma participação efetiva do processo em que se compatibilizam as discussões sobre as omissões do Estado com o intuito de efetivar as normas de natureza constitucional e com a noção de uma democracia contemporânea.¹⁴⁰

Na sociedade moderna, exige-se um processo efetivo quanto à concretização dos direitos fundamentais. Essa ambição pela efetividade processual funciona como guia tanto para o legislador como para aqueles que, efetivamente, aplicam o processo no dia a dia. É certo que o processo tem, atualmente, uma importância muito maior do que tinha no século passado em que os anseios da sociedade eram outros.¹⁴¹

¹³⁹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 1988, Capítulo II, p. 15. “Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’ – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.”

¹⁴⁰ PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte; Fórum, 2011, cap. 8, p. 271. “Não é sem razão que ao estabelecer-se no paradigma democrático-constitucional (neoconstitucionalismo), no qual se edifica a concepção de plena eficácia dos princípios constitucionais, independentemente de que categoria for (direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, econômicos e culturais), e, que a sua aplicabilidade somente se pode conceber pela via processualizada (neoinstitucionalista), há que se estar atento às medidas procedimentais realizadoras ou não do escopo maior da sociedade, que é o de tornarem concretos os direitos fundamentalizados.”

¹⁴¹ HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, Processo e Constituição*. Florianópolis. Conceito editorial, 2013 (coleção Ensaios de Processo Civil. Vol. 6), p. 115. “Hodiernamente, um processo não é mais uma ilha perdida no oceano da jurisdição. A sociedade espera do processo um meio idôneo, um instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais. Neste tocante, mormente sob o ponto de vista sistêmico, não mais se justifica que sentença que decidam questões exclusivamente de direito possam ser antagônicas entre si se já existe entendimento pacificado pelas Cortes Superiores.

A sociedade clama por efetividade do processo, diante da atual e crescente crise processual, advinda do aumento de litigiosidade e, conseqüentemente, de morosidade. A busca pela efetividade do processo deve nortear o legislador na construção de novas técnicas processuais e os operadores do direito na persecução do verdadeiro escopo do processo: a realização dos direitos fundamentais”.

Na busca da efetivação dos direitos fundamentais e a depender da condição das partes no processo é que se permite uma maior ampliação do campo de atuação *ex officio* do magistrado na condução do processo.

7. Os poderes do juiz e o neoprocessualismo

Na atualidade, na fase do neoprocessualismo, não se concebe a ideia de que o processo seja coisa privada, pertencente ao patrimônio jurídico das partes. O processo há de ser visto com uma feição publicista e também como um ramo autônomo do direito. Com base nessa afirmação, necessário se faz que o juiz moderno tenha ampliados seus poderes de instrução do processo, pois, como visto alhures, a figura do “juiz neutro” não se compatibiliza com um processo moderno, que funciona como instrumento político e meio de concretização dos direitos.

Ainda que nos artigos 190 e 191 do atual Código de Processo Civil se encontre uma amplitude dos poderes das partes, podendo inclusive alterar regras procedimentais e fixar calendário para a prática dos atos processuais, isso não quer significar uma privatização do processo. Na realidade, cuida-se caminhos para que as partes possam chegar a um acordo. Por óbvio que tal expediente só se mostra possível quando o direito envolvido na demanda admitir a autocomposição.

Importante destacar que, quando se fala que o processo tem uma função instrumental, isso não quer dizer que o processo tenha menor importância do que o direito material. A instrumentalidade, sob uma visão positiva, é vista como meio de efetividade do próprio processo.¹⁴²

A tendência de ampliação dos poderes instrutórios do juiz não é nova no Brasil. Noticia Jefferson Carús Guedes que no Regulamento 737/1850 já havia expressa previsão normativa possibilitando ao julgador, independentemente de pedidos das partes, tomar providências *ex officio*, durante a condução do processo. Redações com conteúdo normativo muito próximo ao que constata do regulamento imperial, encontram-se em vários Códigos de Processo Civil estaduais, que a título

¹⁴² CARVALHO, Márcia Cunha S. A de. *A constituição e o princípio do juiz ativo*, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, org.: Leonardo Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005, p. 189.

exemplificativo indicamos os códigos dos Estados de Minas Gerais e da Parahyba.¹⁴³ Com alicerce nesses acontecimentos históricos, conclui que a ideia de processo autoritário não pode ficar diretamente relacionada a períodos de governos não democráticos.

Apenas com a finalidade ilustrativa, o artigo 230 do Regulamento 737/1850 tinha a seguinte redação: “Si examinados os autos o Juiz entender necessaria para julgar afinal alguma diligencia, ainda que lhe não tenha sido requerida nas allegações finaes, a poderá ordenar, marcando para isso o prazo conveniente.”¹⁴⁴

O CPC de 1939, em sua exposição de motivos, já era claro ao afirmar que compete ao juiz não somente zelar pela condução formal do processo. Seu dever, naquela época, já ia muito além, pois a ele (juiz) cabia o dever de se preocupar também os atos investigatórios, utilizando-se dos instrumentos adequados para que o processo atingisse o seu intento maior que é a descoberta da verdade sobre os fatos alegados. Com o CPC de 1973, a ampliação dos poderes do juiz, na condução da instrução processual, sedimentou-se ainda mais.¹⁴⁵

A respeito dessa temática, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart esclarecem que o julgador tem o dever de proferir um julgamento o mais próximo possível da realidade de como os fatos ocorreram, desse modo não há como “negar a possibilidade dele determinar prova de ofício”. Além disso, afirma que a figura do juiz como simples expectador da disputa travada entre os litigantes, deixando a

¹⁴³ GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. In *Ativismo e Garantismo*. Coordenadores DIDICER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato e LEVY, Wilson. Editora Juspodivm, Salvador, 2013, p. 351-381.

¹⁴⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm. Acesso em 21ago2016.

¹⁴⁵ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*, 1994. Cap. 4, item 4.3.2.1 p. 81. “O CPC brasileiro consagrou nítida ampliação dos poderes instrutórios do juiz, dispondo no artigo 130 que a ele caberá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo.

A tendência não é recente. Já o prof. Aureliano de Gusmão reconhecia que ‘o juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes’. E o CPC de 1939 já abrigara a melhor doutrina, de acordo com sua exposição de motivos: ‘A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas também o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao reconhecimento da verdade.’

cargo das partes o ônus da produção da prova seria, no mínimo, “grave petição de princípios”.¹⁴⁶

Ora, para que o juiz, no exercício de suas funções, possa fazer com que o processo atinja a seus objetivos, não poderá ter uma postura de indiferença, terá que assumir uma postura ativa, sob pena de o processo não alcançar os seus escopos.

A postura ativa do juiz não significa um juiz imparcial, quer dizer, o juiz ativo não tem interesse que o resultado do processo beneficie ou prejudique uma das partes. Seu intento é prestar uma boa atividade jurisdicional, preocupando-se com o sentimento de justiça.

7.1. A imparcialidade do juiz e o poder de produzir provas *ex officio*

Sem dúvidas, um dos argumentos mais invocados pelos que defendem a impossibilidade de o juiz mandar produzir provas *ex officio*, é que a imparcialidade do juiz deve ser preservada, para que se possa prestar uma atividade jurisdicional sem interesse de beneficiar uma ou outra parte interessada na demanda, de forma que o juiz, como principal agente processual, deve se preocupar em conduzir o processo sem interesse na causa e o fato de se permitir que o juiz faça prova sem provocação dos litigantes, retirar-lhe-ia essa condição de sujeito imparcial. Alguns afirmam que permitir a produção de provas pelo julgador, poderia lhe deixar tendencioso a acreditar que o melhor direito seria aquele demonstrado pela prova produzida por ele.¹⁴⁷

Esse argumento, com o devido respeito a seus defensores, não nos convence. Primeiro porque, a figura do juiz neutro, como já vimos, não se coaduna com a ideia de um processo civil moderno, mormente, em um Estado Democrático

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 291-292. “Ora, se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir sua tarefa. Ademais, é sempre bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo sua função.”

¹⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2011.p. 114.

de Direito. O processo, na atualidade, não é coisa das partes, é um instrumento de público de promoção da justiça. Segundo porque, ao mandar produzir uma prova, visando ao esclarecimento de determinado fato, não tem o juiz poderes adivinhos para saber a qual parte aquela prova irá beneficiar.

Admitir um juiz ativo, que tenha poderes de instruir melhor o processo, apenas significa que o julgador tenha melhores condições de aplicar as regras do direito material. Questiona-se, se seria imparcial o julgador que, tendo condições de produzir determinada prova e que esta prova lhe esclarecerá um fato não devidamente explicado e mesmo assim, mantém-se inerte, e ao final seu julgamento favorecerá a parte que não tinha razão, apenas porque não quis ou não pode mandar elucidar determinado ponto¹⁴⁸? Ora, não podemos nos arredar da ideia de que o processo, dentre outras serventias, exerce a função de solucionar conflitos de acordo com as regras previamente estabelecidas pelo direito material.

Por outro lado, importante ressaltar que, um dos princípios processuais elevados ao *status* de direito fundamental pela atual Carta Política, é o princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF). Quer dizer, mesmo sendo admitido ao juiz produzir provas *ex officio*, deverá permitir que as partes contraditem tais elementos probatórios e mesmo assim, jamais se eximirá do dever de fundamentar suas decisões (art. 93, IX, CF). O artigo 11 do atual projeto do novo CPC traz redação muito próxima àquela do texto constitucional. Isso garantirá real legitimidade às decisões e reflete a atitude de um juiz imparcial. Enfim, é possível a figura do juiz ativo, que produz provas sem provocação das partes, e imparcial, aquele que não nutre nenhuma simpatia por uma ou outra parte litigante.

A visão publicista do processo demanda um juiz compromissado com a efetivação do direito material e isso permite que o julgador, a qualquer tempo, sem necessidade de provocação das partes, produza provas necessárias ao esclarecimento dos fatos a ele submetidos.¹⁴⁹ Sem se olvidar de permitir que as partes contraditem tais provas e fundamente suas decisões.

A imparcialidade do julgador é uma das formas de garantia para as partes envolvidas no conflito. Os atores principais do processo, autor e réu, têm direito a

¹⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

¹⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 119.

um juiz imparcial. O Estado, por sua vez, ao reservar para si o monopólio da jurisdição, tem o dever de atuar com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.¹⁵⁰

Talvez a maior garantia de um juiz imparcial, não neutro, seja permitir o efetivo contraditório processual. Neutralidade e imparcialidade são coisas distintas. O juiz que se omite na produção de uma prova importante ao esclarecimento de determinado fato relevante para o deslinde da causa é, sem dúvida, um juiz neutro. Porém, torna-se parcial, beneficiando uma das partes com sua omissão. A respeito da diferença entre imparcialidade e neutralidade do juiz, esclarece Caio Henrique Lopes Ramiro¹⁵¹.

Ainda a respeito dos poderes instrutórios do juiz no processo civil, a doutrina, basicamente, tem três posições.¹⁵²

Uma primeira corrente doutrinária, denominada de doutrina restritiva ou negativista, entende incompatível o juiz ter poderes de investigação e de proferir julgamento. Isso, para essa corrente, feriria o princípio da imparcialidade, além de violar as regras sobre repartição do ônus da prova. Ampara-se, essa corrente, no

¹⁵⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 13ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 1997, p. 52.

¹⁵¹ RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Imparcialidade, neutralidade: identidade? Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25405-25407-1-PB.pdf>. Acesso em 21ago2016. “Desta forma, não pode mais prosperar esse mito de que todo juiz é neutro, alheio a todos os acontecimentos, apolítico, acrítico. O juiz tem, sim, um engajamento axiológico, acredita em algo, tem princípios, é um cientista; sendo assim, suas decisões são motivadas por aquilo em que acredita, por toda sua experiência profissional e de vida, portanto, a atividade do julgador tem um engajamento ideológico, mesmo sendo considerada por muitos que desejam a manutenção do “status quo”, uma atividade neutra, em que o julgador não pode levar em consideração os fatos sociais de sua época e demonstrar valores na motivação de sua sentença.

Uma conduta, totalmente neutra, pode ser considerada um tanto quanto perigosa, no sentido de os julgadores cometerem inúmeras injustiças, apenas declarando o direito preexistente, um direito emanado do Estado em que uma minoria, detém o poder de legislar. O direito, que para muitos deve ser apenas declarado pelo julgador, mostra-se como um instrumento hegemônico, para garantia dos interesses de uma minoria detentora do poder, sobretudo econômico.

No tocante a imparcialidade/neutralidade, Benedito Cerezzo Pereira Filho afirma que: *‘Aquele imparcialidade do juiz, confundida com neutralidade, deve ser afastada, pois, o juiz tem o dever de decidir e, ao agir assim, terá de escolher uma ou outra parte. Em verdade, portanto, o juiz precisa ser parcial. Contudo, sua escolha deverá mirar o débil, o necessitado de proteção jurídica eficaz.’*

Nessa linha, segue Rui Portanova ao afirmar que é por isso que não há falar em neutralidade judicial. Destarte, enquanto a imparcialidade do juiz está ligada ao princípio do juiz natural, podendo, dessa forma, ser entendida como uma garantia dada ao jurisdicionado, sendo certo que a imparcialidade ressalva o julgador do comprometimento com uma das partes e com o objeto do processo, sendo entendida como uma conduta omissiva para com estes; a neutralidade leva o julgador a um comportamento comprometido, ou seja, parcial, comportamento de compromisso com o ideal maior do Direito, que é a busca incessante da justiça.”

¹⁵² FERNANDES, Aretha. *Os poderes instrutórios do juiz no âmbito da instrumentalidade do processo civil*. Disponível em: <https://juridicocorrespondentes.com.br>. Acesso em 18jul2014.

princípio dispositivo e a disponibilidade do direito material. O juiz não fica completamente desprovido de poder agir na produção de provas, mas apenas em caráter supletivo, porque essa é ônus das partes. Seguem esse entendimento, processualistas como, Arruda Alvim, Moacyr Amaral Santos, Tereza Arruda Alvim, João Batista Lopes, Vicente Miranda, Celso Agrícola Barbi e Liebman.¹⁵³

Uma segunda linha doutrinária, denominada de corrente moderada, admite a atuação do juiz, na produção da prova, desde que essa atuação seja simultânea com as partes, e que necessário à elucidação de fato importante para o julgamento da causa. Sem perder de vista, evidentemente, o respeito ao contraditório e ao dever de fundamentar adequadamente as decisões judiciais. São partidários dessa corrente, dentre outros, Cássio Scarpinella Bueno, Mauro Cappelletti, Cândido Rangel Dinamarco, Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery e Sidney da Silva Braga.¹⁵⁴

Uma terceira linha, chamada de doutrina ampliadora dos poderes instrutórios do juiz, admite a mais ampla atuação do juiz na produção de provas, a qualquer tempo e independente da iniciativa das partes. Os argumentos levantados pela corrente restritiva são refutados por essa corrente. Ampara-se, esse entendimento na ideia do ativismo judicial. Adotam esse pensamento José Roberto dos Santos Bedaque, José Carlos Barbosa Moreira e Roberto Sampaio Contreiras de Almeida.¹⁵⁵

O que se observa, é uma inegável tendência na admissibilidade e no fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz. Como já dissemos em linhas atrás, atualmente, não se justifica a postura de um juiz que não possa tomar determinadas atitudes na condução do processo, mesmo sem provocação das partes, sob pena, aí sim, de se ferir a imparcialidade do julgador.

7.2. Limites da produção de prova *ex officio* pelo juiz

¹⁵³ FERNANDES, Aretha. *Os poderes instrutórios do juiz no âmbito da instrumentalidade do processo civil*. Disponível em: <https://juridicocorrespondentes.com.br>. Acesso em 18jul2014.

¹⁵⁴ FERNANDES, Aretha. *Os poderes instrutórios do juiz no âmbito da instrumentalidade do processo civil*. Disponível em: <https://juridicocorrespondentes.com.br>. Acesso em 18jul2014.

¹⁵⁵ FERNANDES, Aretha. *Os poderes instrutórios do juiz no âmbito da instrumentalidade do processo civil*. Disponível em: <https://juridicocorrespondentes.com.br>. Acesso em 18jul2014.

Quando se fala em poderes instrutórios do juiz, inicialmente, não se tem preocupação de saber até que ponto o juiz poderia agir, na produção de provas, sem provocação das partes.

Alguns doutrinadores apontam como limite a esse poder de atuação *ex officio*, a natureza do direito material. Quer dizer, o juiz estaria livre para produzir provas desde que a relação do direito material discutida seja indisponível. Quando se tratar de relação de direito material disponível, esses poderes instrutórios seriam bem mais restritos.¹⁵⁶

Até aonde podem ir os limites do juiz nesses casos? A natureza do direito material em discussão, não pode ser o parâmetro para a atuação do juiz na produção da prova *ex officio*.

Pela leitura de alguns dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, que indicamos aqui a título exemplificativo, os artigos 130, 131, 262, 342, 355 e 418 que correspondem aos artigos 370, 371, 2º, 385, 396 e 461 do Código de Processo Civil de 2015, conclui-se que os poderes atribuídos ao juiz, na instrução do processo, não são mais ou menos amplos em razão da natureza do direito material discutida, se disponível ou indisponível.

É fácil concluir, portanto, que a disponibilidade da relação jurídica de direito substancial não exerce influência, pelo menos de forma direta, na relação jurídica processual, pois a natureza do direito processual, salvo exceção, é pública, enquanto que a relação do direito material pode ser privada ou pública.

O interesse maior do Estado, na resolução do conflito, não pode se prender à natureza do direito material em discussão, se disponível ou indisponível. Enfim, o interesse do Estado na adequada atuação do ordenamento jurídico, por meio da atividade jurisdicional, sobrepõe-se aos interesses privados das partes.¹⁵⁷ Porém,

¹⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 133. “Tratando-se de direitos disponíveis, portanto, a construção da verdade processual dependeria preponderantemente da parte, devendo o juiz permanecer inerte, por não lhe ser permitido pesquisar a verdade real de ofício. Se forem disponíveis os direitos, prevalece o interesse na apuração da verdade, cessando a preponderância da atuação das partes. Neste caso, para suprir a inércia das partes, o legislador instituiu outro órgão, o Ministério Público.”

¹⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 139. “Assim, além dos interesses privados das partes existe outro, muito mais relevante, que é o interesse do Estado na correta atuação do ordenamento jurídico mediante a atividade jurisdicional. É evidente que as partes almejam a satisfação de suas pretensões. Sobre esse interesse, porém, sobrepõe-se o do Estado.”

não tem sentido admitir a plena liberdade na produção das provas pelo juiz, em qualquer situação, pois se as partes não se apresentam em juízo em evidente desequilíbrio técnico-processual, se estão bem assistidas por bons advogados, sem evidente disparidade entre seus representantes, não se justificaria porque a possibilidade de juiz poder agir *ex officio* no processo vai depender da condição das partes. Portanto, para nós, a natureza da parte poderia funcionar com divisor de águas sobre os poderes de o juiz produzir provas *ex officio*.

Assim, em se tratando de demanda judicial em que uma ou ambas as partes sejam hipossuficientes, seja técnica, processual, etc. estaria o juiz completamente legitimado para produzir as provas que entender necessárias ao esclarecimento das questões controvertidas.

Se a demanda versa entre pessoas que ostentam as mesmas condições de igualdade, devidamente assistidas por defensores, não demonstram nenhuma hipossuficiência, para nós não se justifica a atuação *ex officio* do julgador na produção de prova. Diferentemente, se em um dos polos da demanda, figura um incapaz ou mesmo nos dois polos com pessoas incapazes ou ainda que não incapaz, seja de alguma forma, hipossuficiente, aí o juiz não teria limites na produção das provas.

Constitui truísmo afirmar que a produção oficial de prova encontra outros limites, tais como respeitar e efetivar o direito ao contraditório, de forma que será dada oportunidade às partes para contraditar aquelas provas; a prova *ex officio* não poderá ser utilizada como argumento para dispensar a devida fundamentação da decisão judicial; também essas provas oficiais, aliás, nenhuma espécie de prova, poderá ser obtida por meios ilícitos, sob pena de nulidade; outro aspecto norteador do juiz é que ele não pode se afastar da ideia de que a verdade processual é sempre relativa, quer dizer, a produção dessa prova não pode ser obstáculo à celeridade do processo nem pode tornar o proveito econômico do processo inútil. Enfim, o custo com a produção da prova não pode ultrapassar aquilo que o processo pode trazer de benefício econômico às partes.

Ainda se encontram muitos obstáculos na doutrina quanto à possibilidade de o juiz proceder à produção de provas sem que haja requerimento das partes, muitos ainda entendem que essa postura do juiz fere o equilíbrio processual. Porém, não se pode negar o julgamento dos fatos deve se nortear pela verdade ou quando essa

não for totalmente possível que se chegue ao próximo possível dessa verdade no plano material. Enfim, quanto mais o juiz participa da atividade instrutória do processo, seguramente, mais próximo da certeza dos fatos ele chega. Essa busca da verdade fática não deve se limitar à vontade dos litigantes no processo.¹⁵⁸

Quanto a saber até aonde vão os poderes do juiz, na produção de provas, sem requerimento das partes, não temos como indicar qual esse limite no campo processual, porém, tudo deve trilhar o caminho do bom senso e do razoável.¹⁵⁹ Até porque, situações extremadas, sempre ou quase sempre são prejudiciais, devendo, portanto, dentro do possível serem evitadas. Essa postura ativa do juiz, não pode fugir aos parâmetros do equilíbrio. Calamandrei ensina que não é suficiente que os julgadores tenham amplo conhecimento da legislação, é indispensável que também demonstrem conhecimento dos reclamos da sociedade.¹⁶⁰

8. O excesso de formalismo e o neprocessualismo

Importa salientar que o processo é um conjunto de atos que deve manter certa formalidade,¹⁶¹ pois se cuida de um instrumento de que o Estado se vale para resolver conflitos que, naturalmente surgem no meio social. É necessário que o

¹⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 19. “O que não se pode mais aceitar é a suposta vinculação do juiz civil à denominada *verdade formal*, porque a denominada *verdade real* deveria apenas no âmbito penal. Tais expressões incluem-se entre aquelas que devem ser banidas da ciência processual. *Verdade formal* é sinônimo de *mentira formal*, pois ambas constituem as duas faces do mesmo fenômeno: julgamento feito à luz de elementos insuficientes para verificação da realidade jurídico-material.” (destaques no original)

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Willian Batista de. *O papel social do juiz*. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=148>. Acesso em 26 julho 2015. “Com relação ao ativismo judicial, não se pretende aqui apresentar uma solução de qual o limite máximo ou mínimo de atuação do Juiz, tendo em vista que o tema é de grande divergência, pois, tais limites passam por uma análise extrema de bom senso, ou seja, conceito amplamente subjetivo, mas, certo é que a atuação ativista deve manter uma relação de equilíbrio, uma vez que ambos os extremos são perigosos, já que uma atuação excessiva traz insegurança jurídica e até quem sabe a colocação do Juiz no lugar do Legislador, ou, a ausência de ativismo transforma o Juiz em um robô, processando as informações e aplicando sem interpretar e analisar as minúcias do caso concreto e, muitas vezes, não realizando a necessária interferência para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.”

¹⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 183. “Não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas leis devem viver”

¹⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. Cap. I, item 2.4, nota 23, p. 28. “Damos preferência à expressão ‘formalismo’, já consagrada na linguagem jurídica, embora às vezes empregada com sentido negativo, como excesso de exigências formais, superfetação da forma. A esse aspecto contraproducente e patológico do fenômeno denominamos *formalismo excessivo*”. (destaques no original)

processo tenha em seu âmago uma carga de formalismo para que sejam resolvidas eventuais celeumas dentro do próprio processo e até fora dele. O processo é um instrumento estatal que não se faz somente por técnicas. Ele tem em si, naturalmente, muitos outros princípios norteadores, tais como o caminho de acesso à justiça, o devido processo legal e o da instrumentalidade eficaz que nada mais são do que o meio de que as pessoas se utilizam para buscar seus direitos e não apenas no plano formal, mas com efetividade.¹⁶²

A noção de formalismo processual é inerente à própria conceituação de processo como ente responsável pela organização do caminho a ser trilhado pela demanda, trazendo em si uma razoável previsibilidade de todo o procedimento, sob pena de essa falta de formalismo causar uma verdadeira desordem nos atos do processo.¹⁶³ Enfim, a formalidade no processo é um elemento indispensável à segurança jurídica, de maneira que a decisão judicial proferida com lastro em um processo formal e que assegurou às partes o exercício do devido processo legal ganha maior credibilidade no meio social. Porém, a segurança jurídica não se apresenta como único elemento do processo a demandar certo formalismo, pois,

¹⁶²DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. págs. 303-304. "Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios. A garantia de *ingresso em juízo* (ou do chamado 'direito de demandar') consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, só lhes podendo ser negado a exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição). Hoje busca-se evitar que conflitos pequenos ou pessoas menos favorecidas fiquem à margem do Poder Judiciário; legitimam-se pessoas e entidades à postulação judicial (interesses difusos, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade estendida a diversas entidades representativas); e o Poder Judiciário, pouco a pouco, vai chegando mais perto do exame do mérito dos atos administrativos, superando a ideia fascista da *discricionariedade* e a sutil distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, usadas como escudo para assegurar a imunidade deles à censura jurisdicional. Nessa e em outras medidas voltadas à *universalidade do processo e da jurisdição* reside o primeiro significado da garantia constitucional do controle judiciário e o primeiro passo para o acesso à justiça". (destaques no original).

¹⁶³OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. Cap. I, item 2.4, págs. 28/29. "O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato deveria ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário".

afinal de contas, todo processo tem em si uma finalidade maior que é a realização da justiça material no caso posto em julgamento.¹⁶⁴

Como esclarece Jefferson Carús Guedes¹⁶⁵, apesar de o processo, ser fundamentalmente forma, não pode deixar de perseguir seu fim, que é a realização do próprio direito.

Ora, não podemos nos afastar completamente das formalidades dos atos processuais, seja no âmbito judicial ou extrajudicial. Enfim, para que o ato goze de maior credibilidade no meio social, necessário que seja praticado mediante certos ritos, porém, o ponto de equilíbrio é o mais difícil, de maneira que não se abra mão de determinadas formalidades nem se pratiquem formalidades completamente desnecessárias que poderão tornar o processo muito custoso e sem atingir seu objetivo maior. Não é à toa que tem se reclamado rápida mudança no sentido de tornar mais simples a aplicação das regras do processo e de destacar que o processo é um meio e por isso tem que se priorizar o julgamento do mérito das demandas, quer dizer, simples formalismos excessivos não podem funcionar como empecilhos para que o Judiciário dê uma resposta sobre o mérito da causa. Portanto, dentro do possível, tem-se que evitar o exagero e o apego excessivo às

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina>. Acesso em 22jul2015. “É preciso levar em conta, ademais, que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, mormente porque todo o processo é polarizado pelo fim de realizar a justiça material do caso, por meio de um processo equânime e efetivo. De tal sorte, o formalismo excessivo pode inclusive inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.”

¹⁶⁵ GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 53, p. 84. “Sendo o processo essencialmente forma, deve, entretanto, atender sempre a seu fim, como instrumento de realização do princípio do direito. Nesse sentido que tem evoluído a *deformalização* do processo, atenuando a incidência dos efeitos das nulidades.

É pelo princípio da liberdade das formas ou da informalidade que se excluem de uma forma determinada os atos processuais, senão quando a lei expressamente o exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, preenchem a finalidade essencial (art. 154; art. 214, § § 1º e 2º). De acordo com o *princípio da instrumentalidade das formas ou da finalidade* (art. 154, parte final), valoriza-se a substância do ato processual, em desprestígio à forma, considerando-se válidos aqueles atos que atinjam seu objetivo, mesmo que praticados de forma diversa da prevista. Pelo *princípio do aproveitamento* ou da *conversão*, mesmo os atos praticados em erro de forma, desde que não causem prejuízo, dar-se-ão como válidos (art. 250, parágrafo único). Obs. Os artigos aqui referidos são do CPC/73 com correspondência ao art. 188; art. 239, § 1º e art. 283, respectivamente, do CPC/2015.

técnicas de natureza meramente formais que, em muitos casos, impedem o julgamento da questão central do processo.¹⁶⁶

Quer dizer, o processo, para que possa atingir a função pacificadora dos conflitos sociais, necessariamente, demanda um aspecto formal, de maneira que a quebra das formalidades somente pode ser aceita quando não coloque em risco sua finalidade principal.¹⁶⁷

Enfim, o que se deve ter em mente é a noção de que se o objetivo foi alcançado, ainda que não tenha sido seguido rigorosamente as formas e que esse atropelo não seja causador de prejuízo relevante aos integrantes do processo, deve-se reconhecer a validade do ato, pois a forma não deve se sobrepôr à matéria de fundo.¹⁶⁸

O processo tem que ser visto como um instrumento de efetivação do direito material, com as formalidades que lhes normais, porém sem que essas assumam o papel de protagonistas de forma a prejudicar ou comprometer sua maior finalidade. Quando nos referimos à instrumentalidade do processo não podemos nos perder de vista que o processo é o caminho a ser trilhado na busca de alcançar a justiça, de forma que eventuais obstáculos enfrentados nesse caminhar não de ser superados para se conseguir seu intento maior.¹⁶⁹ Tudo isso se evidencia com o neoprocessualismo em que os direitos fundamentais, em muitos casos, são atingidos por meio do processo. Nos tempos atuais, parece não haver outro

¹⁶⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. Ed. Forense, 2014, p. 33.

¹⁶⁷ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*, 1994. Cap. 3, item 3.4, p. 40. “O processo, instrumento ético de realização do justo e de pacificação do meio social, precisa de uma certa formalidade, até por força de sua relevância. Admite, porém, deformalização ritual, sem comprometimento da dignidade.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina>. Acesso em 22jul2015. “Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte. A forma não pode, assim, ser colocada “além da matéria”, por não possuir valor próprio, devendo por razões de equidade a essência sobrepujar a forma. A não-observância de formas vazias não implica prejuízo, pois a lei não reclama uma finalidade oca e vazia. Na medida em que o ponto de vista da equidade concede espaço à discricção judicial, mesmo em se tratando de prescrições formais de natureza cogente, proporciona o instrumento para a superação da até então ameaçadora inflexibilidade da forma, mormente porque a equidade (segundo Radbruch) representa a justiça do caso concreto.”

¹⁶⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, 2012, p. 50. “Falar da instrumentalidade, em sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “ordem jurídica justa”, e ainda acrescenta que não é necessário apenas ter a consciência e almejar o objetivo a ser atingido, mas também, superar os óbices jurídicos que antepõem à justiça.”

caminho, pelo menos para aqueles que se preocupam com a efetividade do processo, a não ser abrir mão do rigorismo das formas em prol da efetividade, de maneira que os operadores do direito têm que mitigar o rigor procedimental,¹⁷⁰ e isso, não quer dizer que o processo não tenha que seguir regras.

O formalismo excessivo acaba por transformar o juiz em uma figura que se aproxima de uma máquina, com a função predominantemente de aplicar a lei. Com isso, o juiz torna-se uma pessoa com a pobre função de declarar o direito, sem espaço para agir com criatividade, nem tampouco valorar as condições pessoais das partes.¹⁷¹

Importa mencionar ainda que o excessivo apego ao formalismo, deixando a noção de justiça em segundo plano, deve-se ao emprego equivocado de uma ideia de Platão que defendia que “um governo de leis é melhor do que um governo de homens”. Essa tese encontra amparo nas lições de Montesquieu ao defender que todos os homens se submetem à lei, de forma que resta inaceitável qualquer comportamento humano em desconformidade com a lei.¹⁷²

Como dito antes, não se defende aqui um total rompimento com as regras formais do processo, porque a formalidade é inerente a tal fenômeno e se justifica o formalismo em nome da garantia das partes e da própria segurança jurídica. Não se aceita, porém, é que o formalismo seja excessivo, de forma a comprometer a razão de ser do processo, que é concretizar a justiça. Formalismo, apenas por uma

¹⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. “O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações. O sistema jurídico não pode ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo.”

¹⁷¹ HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, Processo e Constituição*. Florianópolis. Conceito editorial, 2013 (coleção Ensaio de Processo Civil. Vol. 6), p. 103. “O formalismo trouxe para o processo jurisdicional a lógica pura e mecânica de o juiz agir tão-somente como a *inanimada boca da lei*. Dentro do formalismo, o magistrado se encontra na posição de mero declarador de direitos, sem qualquer criatividade ou valoração pessoal, consistindo a sentença no resultado matemático de uma operação dedutiva.”

¹⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. Saraiva, 1996, Cap. IX, item 2, págs. 80-81. “Essa atitude de apego exagerado às formalidades legais, sem preocupação com a justiça, é uma herança do positivismo jurídico desenvolvido no século dezanove e que, por sua vez, foi uma aplicação degenerada de um preceito muito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles, segundo o qual ‘um governo de leis é melhor do que um, governo de homens’. Quando as revoluções burguesas dos séculos dezessete e dezoito enterraram o absolutismo, trouxeram a bandeira do legalismo, que foi exaltada como a garantia da justiça contra o arbítrio. Na obra consagrada de Montesquieu, *Do espírito das leis*, está presente a ideia de que todos os seres humanos estão sujeitos a leis, que são expressões da razão. Há uma lei política e uma lei civil, não sendo admissível um relacionamento humano fora da lei.”

questão “formal” não é benéfica ao processo nem às partes que buscam a justiça por meio do processo.¹⁷³ Repisamos, os requisitos de natureza formal não podem e nem devem ser renegados, quando necessários ao alcance dos propósitos almejados, mas o excesso formalista é que deve ser evitado quando funcionam como empecilhos à finalidade do processo.

9. A função política desempenhada pelo Poder Judiciário no neoprocessualismo

A noção embrionária sobre a divisão das funções legislativa, executiva e judiciária entre órgãos do próprio Estado, deve-se a Aristóteles. No entanto, restou a Montesquieu a elaboração da sistemática atual sobre a separação dos poderes.¹⁷⁴

Embora clássica a divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, que tem como objetivo evitar a concentração absoluta nas mãos de uma só pessoa¹⁷⁵ há, no entanto, quem julgue mais adequada a nomenclatura divisão de

¹⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina>. Acesso em 22jul2015. “Impõe-se afastar o formalismo vazio e oco, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo — relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente —, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo. De tal sorte, o formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão a sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo.”

¹⁷⁴ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 25.

¹⁷⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Abril a junho de 2009. V. 71, n. 2, ano XXVII, p. 94. “Um dos princípios fundamentais do constitucionalismo moderno é o da separação de poderes. A ideia da separação de poderes para evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano, comum no Estado absoluto, que precede as revoluções burguesas, fundamenta-se nas teorias de John Locke e de Montesquieu. Imaginou-se um mecanismo que evitasse essa concentração de poderes, na qual cada uma das funções do Estado seria de responsabilidade de um órgão ou de um grupo de órgãos. Esse mecanismo foi aperfeiçoado posteriormente com a criação de freios e contrapesos, em que esses três poderes que reunissem órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem se controlar. Esses mecanismos de controle mútuo, se construídos de maneira adequada e equilibrada e se implementados e aplicados de forma correta e não distorcida (o que é extremamente raro), permitirão que os três poderes sejam autônomos não existindo a supremacia de um em relação ao outro. Importante lembrar que os poderes (que reúnem órgãos) são autônomos e não soberanos ou independentes. Outra ideia equivocada a respeito da separação de poderes é a de que os poderes — reunião de órgãos com funções preponderantes comuns — não podem, jamais, intervir no

funções, já que o poder estatal é um só. Sob essa ótica, não seria possível dividir aquilo que é uno, enquanto que a noção de função aceita perfeitamente a separação, ficando a função de legislar, executar e julgar a cargo de órgãos diferentes do próprio Estado.¹⁷⁶

Sob uma ótica tradicional, o Poder Judiciário é visto como um poder que se diferencia do Legislativo e do Executivo por se apresentar como um poder desprovido de conteúdo político, sem ter maiores preocupações com o reflexo de suas decisões no âmbito da sociedade. É assim, um poder com a nítida função de aplicar a lei da maneira mais próxima possível da intenção traçada pelo legislador.¹⁷⁷

Nos Estados Democráticos modernos, o rigor, antes existente sobre a separação das funções do Estado, comporta, cada vez, mitigação, principalmente com o surgimento de órgãos autônomos do Estado, como ocorre com o Ministério Público e os Tribunais de Contas.¹⁷⁸

funcionamento do outro. Ora, essa possibilidade de intervenção, limitada, na forma de controle, é a essência da ideia de freios e contrapesos. No sistema parlamentar contemporâneo, também estudado no Tomo II, há a separação de poderes, existindo, entretanto, mecanismo de intervenção radical no funcionamento do Legislativo por parte do Executivo (dissolução antecipada do parlamento) e do Legislativo no Executivo (a queda do governo por perda do apoio da maioria no parlamento)."

¹⁷⁶ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 26. "O poder do Estado é uno, indivisível, é o poder político da sociedade entregue à personificação da comunidade política, à instituição que o detém predominantemente. Neste sentido, não cabe falar em separação de poderes, pois não se pode separar o que é uno por sua natureza, indivisível em sua essência. Já as funções estatais – as atividades específicas e coordenadas, indispensáveis à produção de certos resultados, que têm por objetivo a consecução de certos fins – podem ser separadas e entregues a órgãos diferentes do Estado. Por isso, o que a doutrina de Montesquieu separa são as funções, e não o poder uno e indivisível do Estado. Entretanto, a expressão 'separação de poderes', se não é tecnicamente a mais adequada, tem a seu favor a consagração pelo uso, razão pela qual será utilizada com o sentido tradicional de repartição das funções do Estado entre seus diferentes órgãos, e em especial entre os órgãos de cúpula de cada um dos ramos do poder."

¹⁷⁷ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 19. "O Poder Judiciário, na visão tradicional, é considerado neutro, apolítico, isto é, um ramo do poder que decide segundo critérios técnicos, despreocupado com as consequências que suas decisões possam produzir na sociedade, desde que estejam de acordo com a letra da lei. Um ramo do poder que meramente aplica a lei, da forma mais fiel possível aos desígnios do legislador."

¹⁷⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Abril a junho de 2009. V. 71, n. 2, ano XXVII, p. 95. "Com a evolução do Estado moderno, percebemos que a ideia de tripartição de poderes se tornou insuficiente para dar conta das necessidades de controle democrático do exercício do poder, sendo necessário superar a ideia de três poderes para se chegar a uma organização de órgãos autônomos reunidos em mais funções do que as três originais. Essa ideia vem se afirmando em uma prática diária de órgãos de fiscalização essenciais à democracia, como os tribunais de contas e o Ministério Público. Ora, por mais esforço que os teóricos tenham

Quanto ao Judiciário, vale lembrar que historicamente se negou a função política, ficando essa a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, fundamentalmente por força da ampla margem de discricionariedade em seus atos, sendo esses poderes os principais responsáveis pelos rumos do Estado. Sob essa análise, o Judiciário estaria desprovido de função política.¹⁷⁹ Apesar disso, atualmente, há grande aceitação na doutrina no sentido de que as decisões judiciais têm um teor político.

Com a teoria da repartição dos Poderes idealizada por Montesquieu, imaginou-se um Poder Judiciário desprovido de conteúdo político, ficando a cargo do Legislativo e do Executivo o teor político. Essa pretendida ausência de política no judiciário se justificava porque se buscava uma atuação neutra do Poder Judiciário de forma que com seus integrantes não tivessem preocupação política com suas decisões. Essa imaginada imparcialidade foi positivada, sendo que o papel do Judiciário, naquela época, era apenas a lei ao caso concreto.¹⁸⁰

Evidentemente que a sociedade se transforma, as necessidades se modificam de acordo com a época, a população mundial cresceu, os valores mudaram. O certo é que a época do Estado Liberal, em que havia espaço para um Poder Judiciário neutro passou. Com o Estado Social, ou Estado providência como parte da doutrina prefere, não mais se admitiu a postura do Poder Judiciário neutra, alheia aos anseios da sociedade, em outras palavras, não mais se admite um Poder Judiciário indiferente à política. Nesse novo modelo de Estado, o Judiciário assume nova e importante função, não se contentando apenas em aplicar a lei, mas tendo

feito, o encaixe desses órgãos autônomos em um dos três poderes é absolutamente artificial e, mais, inadequado”.

¹⁷⁹ TAGATA, Cláudia Maria e CARRATO, Maria Aparecida Piveta. Função Política do Poder Judiciário. Revista de Ciências Jurídicas e Sociedade da Unipar, v. 11, n. 2, jul./dez. 2008, p. 621-643. “Apesar de ainda haver certa polêmica, já se admite que a função jurisdicional tenha natureza política. Ora, é inegável que a função jurisdicional implica contenção das demais funções políticas do Estado, em especial quando garante a validade da decisão política fundamental.”

¹⁸⁰ RACY, Vivien. A função do Poder Judiciário no estado contemporâneo. Revista USCS – Direito, ano XI, n. 19, jul./dez. 2010, item 3, p. 32. “Para Montesquieu, julgar não era algo dotado de política, esta atividade foi teoricamente repartida entre os outros dois poderes. Isto porque a sociedade hierárquica que se pretendia eliminar necessitava de uma atuação neutra e imparcial do juiz. A dita neutralização do Judiciário começou com o distanciamento da política e chegou a um distanciamento ético. Assim, como se pode ver, a imparcialidade do juiz foi conferida por meio da positivação do Direito, isto é, uma legislação organizada na qual ele simplesmente submetesse o fato à norma que lhe correspondia e a aplicasse. Os interesses das partes pouco importavam, mas apenas o cumprimento da lei.”

uma preocupação com os efeitos concretos daquilo que fora pensado pela Constituição.¹⁸¹

No caso do Brasil, principalmente após a Constituição de 1988, que ampliou significativamente o rol dos direitos fundamentais, sendo alçados à categoria de princípios fundamentais, passou-se a exigir uma postura mais ativa do Poder Judiciário, tendo que fazer cumprir mandamentos constitucionais, com eficácia imediata, mas que tanto o Poder Executivo como o Legislativo mantiveram-se inertes, cabendo ao Judiciário a tarefa de fazer valer e tornar eficazes as regras e princípios previstos na Constituição.¹⁸²

O que se pode afirmar é que, a tradicional noção de que o juiz era um mero realizador da vontade abstrata contida na lei, na busca da resolução do conflito entre as partes, hoje não tem mais espaço nos Estados Democráticos modernos. Quer dizer, a função de mero aplicador da lei é muito pequena tendo em vista a importância do Judiciário. Enfim, não mais se aceita a função do juiz como um autômato, como simples aplicador das leis. O Judiciário, nos tempos modernos, assume um papel de maior relevância na sociedade, principalmente quando se depara com situações em que a lei não regulamenta de forma precisa e também quando enfrenta conceitos indeterminados do direito.¹⁸³

Esse aspecto omissivo do Poder Legislativo, sem dúvida, é um dos fatores que permitem essa maior amplitude do campo de atuação do Judiciário, como indica a doutrina italiana, a *supplenza giudiziaria*. Enfim, o espaço deixado pelo legislador tem que ser preenchido pelo Judiciário que assume uma delegação implícita sobre

¹⁸¹ RACY, Vivien. A função do Poder Judiciário no estado contemporâneo. Revista USCS – Direito, ano XI, n. 19, jul./dez. 2010, item 4, p. 35-36. “Diante do novo quadro, o Judiciário adquiriu outra função. Não bastava que ele julgasse conforme a lei, mas que, em face das disposições legais, levasse ‘à concretização dos resultados objetivados’. Esses resultados estavam contidos, ainda que em linhas gerais, nas Constituições através de princípios. Os direitos individuais até então invocados tornaram-se direitos fundamentais, e isso bastava para sua proteção e para guiar o Judiciário. O Judiciário voltou a se envolver na política, mas agora com o dever de entregar um direito, uma liberdade positiva que tivesse ou não sido prevista pelo Legislativo ou que tivesse sido tolhida pelo Executivo. A própria política passou a fazer parte da jurisdição, ocorrendo, assim, a judicialização da política.”

¹⁸² TAGATA, Cláudia Maria e CARRATO, Maria Aparecida Piveta. Função Política do Poder Judiciário. Revista de Ciências Jurídicas e Sociedade da Unipar, v. 11, n. 2, jul./dez. 2008, p. 638.

¹⁸³ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. *O papel político do Poder Judiciário*. Revista da EMERJ, v.3, n. 11, 2000, p. 183. “O juiz não é nem um autômato, nem um mero aplicador das leis. Ele firma o conteúdo da norma que o legislador – muitas vezes deliberadamente se absteve de precisar. Este papel criativo e fecundo que o magistrado assume é particularmente importante no âmbito dos chamados conceitos indeterminados, que terão seus significados resgatados pelo juiz, inspirando-se este, muito constantemente, em considerações de ordem extrajurídica como os usos e costumes e os dados sociológicos e econômicos que circunscrevem a realidade expressa no processo”.

questões que, normalmente ficariam a cargo do legislador, mas que por uma opção deixou de atuar. É dizer, o pensamento limitador da atividade desenvolvida pelo Judiciário, encontra-se na contramão da realidade. O plano ideológico dominante na época da Revolução Francesa, de equiparar as questões jurídicas a um plano matemático, atualmente, encontra-se ultrapassado.¹⁸⁴

A doutrina aponta outras razões justificadoras do exercício da função política pelo Poder Judiciário. No caso do Supremo Tribunal Federal, dentre elas, está a baixa potencialidade de suas decisões lesarem direitos, pois só agem mediante provocação dos interessados. O fato de não serem eleitos os membros da Corte Suprema, de forma que isso lhes permite a decidir, de maneira imparcial, até mesmo as questões políticas envolvendo os outros órgãos de soberania e ainda que por via indireta, os membros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos pelo povo, pois têm que passar por aprovação do Senado onde são avaliados por senadores eleitos pelo povo.¹⁸⁵

No Estado Democrático, tem-se uma preocupação com os direitos sociais, e por isso, rigorismo sobre a divisão das funções de um órgão por outro, comporta relativização, principalmente quanto ao Judiciário poder interferir em determinados atos de natureza política e uma das justificativas é a forma como os integrantes do Poder Judiciário ingressam na carreira.¹⁸⁶

Como visto, em razão das mudanças dos anseios sociais, a postura do Poder Judiciário atualmente é bem distinta daquela pensada para o Estado Liberal. O juiz, no atual estágio social, ao resolver os conflitos sociais que lhes são postos, não tem como prestar a jurisdição, de forma adequada, sem mesclar suas decisões com uma

¹⁸⁴ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. *O papel político do Poder Judiciário*. Revista da EMERJ, v.3, n. 11, 2000, p. 183.

¹⁸⁵ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 230.

¹⁸⁶ CONSELVAN, V. A. *O papel político do Poder Judiciário brasileiro no século XXI*. Revista de Ciências Jurídicas Sociais, UNIPAR, v. 13, n. 1, jan./jun. 2010, item 4.2, págs. 141-142. "O executivo e o legislativo são poderes de governo que esporadicamente passam por eleições diretas e democráticas para legitimar o exercício daqueles que foram eleitos para seus respectivos mandatos. Assim, como se daria a legitimação para a atuação os membros integrantes do poder judiciário, uma vez que eles são efetivados por via de concursos públicos de prova e títulos, pelo quinto constitucional, e etc. A primeira das respostas, crê-se no status do poder judiciário ante a relativização da divisão dos poderes, entende-se que ele é um poder de Estado, e sendo de Estado seria de um Estado social, e neste o judiciário seria a imperatividade dos preceitos sociais."

carga política, demonstrando que a proteção dos cidadãos é feita pelo próprio Estado que assume um papel social relevante.¹⁸⁷

¹⁸⁷ RACY, Vivien. *A função do Poder Judiciário no estado contemporâneo*. Revista USCS – Direito, ano XI, n. 19, jul./dez. 2010, item 4, p. 46-47. “A orientação atual, contudo, é divergente. Ao juiz cabe usar da hermenêutica para resolver os litígios. Cabe conciliar a política estatal de gestão econômica e manutenção da sobrevivência humana com a política social de dignidade dos cidadãos de acordo com a Constituição, que não representa outra coisa senão a vontade destes. Isto sem retirar do próprio Estado a responsabilidade que lhe cabe na qualidade de protetor dos cidadãos, e não somente de gestor da economia”.

CAPÍTULO – III

O GARANTISMO PROCESSUAL CIVIL

1. Breves palavras sobre o garantismo

A carga semântica do vocábulo garantismo, no campo jurídico, não foge muito de seu sentido comum. O termo deriva do verbo garantir que traz como conteúdo vocabular, tornar seguro, assegurar, proteger, tutelar algo e no campo do direito, o objeto dessa tutela, são os direitos subjetivos. “O garantismo se vincula, portanto, ao conceito de Estado de Direito, modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal”.¹⁸⁸

O termo garantismo, segundo André Karam Trindade,¹⁸⁹ envia o leitor aos idos do século XVIII, mais precisamente à ideia desenvolvida por Mario Pagano que definia o garantismo como espécie de doutrina preocupada em conter o campo discricionário potestativo comum aos juízes. Porém, o ingresso desse vocábulo ao campo jurídico é bem mais recente, tendo surgido na Itália por volta dos anos 70 do século passado e mais voltada para o direito penal. No entanto, nos tempos atuais, seu emprego é bastante difundido, principalmente quando voltado para a proteção do sistema das garantias dos direitos fundamentais.

¹⁸⁸ STIPP, Alvaro. Dicionário de Direitos Humanos: Garantismo. ESMPU. “O garantismo é um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e consequente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobre tudo, com interesses do Estado. Esses instrumentos jurídicos são as garantias, as armas jurídicas que visam proteger os cidadãos que abrem mão de parcela de sua autonomia em benefício da coletividade, entregando ao Estado o poder para que ele lhes propicie segurança, saúde, trabalho, etc. Para estar seguro da realização desse desiderato por parte do Estado, as constituições do Estado de Direito prevêm instrumentos jurídicos expressos em limites, vínculos e obrigações impostos ao poder estatal, a fim de maximizar a realização dos direitos e minimizar suas ameaças.”

¹⁸⁹ TRINDADE, André Karam. *Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 24maio2016. “Na verdade, tal expressão vem publicada, em 1970, no *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, de Salvatore Battaglia, em que são apresentados os seguintes significados, que entre eles se relacionam: 1) Característica própria das mais evoluídas constituições democrático-liberais, consistente no fato de elas estabelecerem dispositivos jurídicos cada vez mais seguros e eficientes a fim de garantir a observância das normas e do ordenamento por parte do poder político; 2) Doutrina político-constitucional que propugna uma cada vez mais ampla elaboração e introdução de tais dispositivos no ordenamento jurídico.”

Com muita frequência, ao encontrarmos o termo garantismo, no campo acadêmico, fazemos uma relação com o direito penal ou processual penal e também nos vem à mente o nome de Luigi Ferrajoli.¹⁹⁰ Inicialmente, destacamos que, muito embora o garantismo tenha estreita relação com o campo penal, não apenas a esse ramo do direito se relaciona. Inegável, portanto, que foi na esfera do direito penal, onde, efetivamente, desenvolveu-se o garantismo. Existe razão para isso, pois é do próprio Estado de onde emana a maior carga de violência contra a liberdade das pessoas. Por isso, na esfera penal, tanto no direito material como processual, aplicam-se a presunção de inocência, a estrita legalidade, o mandamento de que havendo dúvida, decide-se em favor do réu. O direito penal é visto como a *ultima ratio*, etc. No entanto, fora do plano penal, como assevera Álvaro Stipp,¹⁹¹ a compreensão sobre o garantismo deve ser outra, ou seja, como um “sistema de proteção de bens e direitos, o garantismo se presta a ser estendido (sic) a todo o âmbito de direitos das pessoas e não apenas àqueles afetados diretamente pelo poder punitivo do estado.”

Depois de apresentar três significados da palavra garantismo, todos relacionados ao campo do direito penal, Luigi Ferrajoli¹⁹² apresenta uma explicação relacionada ao garantismo voltada ao campo teórico e filosófico que seriam “os elementos de uma teoria geral do garantismo.” O primeiro desses elementos estaria relacionado à força vinculante do poder público do Estado de direito, de forma que se volta ao aspecto diferenciador entre validade e vigor das normas; a diferença ocorrente entre uma visão de natureza ético-política e uma visão voltada à esfera jurídica, entre justiça e validade. Portanto, tais elementos permitiriam a criação de uma teoria garantista não apenas ligada à esfera penal, aos demais campos do

¹⁹⁰ Nacido en Florencia (1940), ejerció como juez entre 1967 y 1975. Profesor de Filosofía del derecho y de Teoría general del derecho, se ha dedicado a la docencia, primero en la Universidad de Camerino y, en la actualidad, en la Università degli Studi Roma Tre. Suyas son las obras *Teoría assiomatica del diritto* (Milán, 1970), *Democracia autoritaria e capitalismo maturo*, en colaboración con Danilo Zolo (Milán, 1978), *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento* (Roma-Bari, 1999), y numerosos ensayos sobre teoría del derecho, lógica jurídica, metodología de la ciencia jurídica y crítica del derecho. En nuestro país, esta misma Editorial ha publicado también *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (2005), *Derechos y garantías. La ley del más débil* (2006), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2005) y *Razones jurídicas del pacifismo* (2004). Informações sobre o autor disponível em: <http://www.casadellibro.com>. Acesso em 04fev2016.

¹⁹¹ STIPP, Álvaro. Dicionário de Direitos Humanos: Garantismo. ESMPU. Disponível em: escola.mpu.mp.br/dicionario.

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. *Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 686.

direito como: direito processual, direito civil, direito administrativo, direito constitucional etc. Assevera ainda o autor italiano que o pressuposto mais importante para a sustentação de uma teoria geral sobre o garantismo estaria relacionado à ideia de separação entre direito e moral e mais precisamente entre o ser e o dever ser.

Amparado nas premissas acima delineadas, o Grupo do Ativismo Judicial conclui que as principais características do garantismo são: a vinculação de todo o aparato estatal à normatividade; a diferença existente entre vigência e validade; uma inafastável ilegitimidade jurídica porque o juízo de valoração realizado pelo julgador, quanto à validade, traz consigo uma carga de natureza pessoal, pois se não há juiz neutro, nem completamente imparcial, toda decisão judicial estaria eivada de ilegitimidade. Conclui que o Estado garantista não está vinculado apenas à legalidade. Teria também estreito comprometimento com toda a funcionalização do aparato estatal, na busca de assegurar os direitos fundamentais.¹⁹³

Importa salientar que, muito embora a ideia sobre a teoria do garantismo tenha sido pensada, em um momento inicial, com um viés direcionado para o campo do direito penal, objetivando o controle da sanha punitiva, quase sempre presente no poder estatal, buscando-se, naquele momento, a garantia da liberdade dos indivíduos, hodiernamente não se pode admitir que o garantismo esteja voltado apenas ao direito penal.¹⁹⁴ Por isso, pode-se, falar hoje em garantismo processual civil, garantismo constitucional, garantismo administrativo, tributário etc.

É comum a doutrina processual fazer uma correlação entre modelo processual dispositivo ou adversarial a regimes políticos mais voltados para a democracia, ou regimes não autoritários enquanto que o modelo inquisitivo estaria

¹⁹³ Grupo do Ativismo Judicial. Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF. IBMEC-RJ, UFU e PUC-Rio. Revista Eletrônica do MPF. Ano I, N° 1 – 2009, p. 1-23. O Grupo do Ativismo Judicial é integrado pelo professor Alexandre Garrido da Silva, Universidade Federal de Uberlândia, Anna Federici Araujo, Bacharel em Direito pela PUC-Rio, Bernardo Medeiros, Mestre em Direito pela PUC-Rio, Daniella Peçanha, graduanda de Direito do Ibmec-RJ, Eduardo Pereira Vals, graduando em Direito do Ibmec-RJ, Fernando Gama, Universidade Federal Fluminense, Havine Santos Muri Rodrigues, Bacharel em Direito pelo Ibmec-Rio, Jorge Chalub, Mestre em Direito pela PUC-Rio, José Ribas Vieira, Ibmec, PUC-Rio, Julliano Castro, graduanda de Direito do Ibmec-RJ, Karine Souza, graduanda de Direito do Ibmec-RJ.

¹⁹⁴ STOEBERL, Jorge e NOVELLI, Rodrigo Fernando. *O garantismo e o acesso à informação*. Justiça do direito, v. 27, n. 1, jan./jun. 2013 - p. 148-160. “Em que pese a teoria do garantismo ter sido concebida sob o enfoque do direito penal, tentando limitar o poder punitivo estatal frente às garantias de liberdade dos indivíduos, não se pode falar que hoje a teoria do garantismo esteja direcionada somente para o âmbito do direito penal.”

mais próximo dos regimes autoritários. Porém, essa relação nem sempre se confirma. Alicerçado nessa afirmação, surge a chamada doutrina do garantismo processual “que tem por objetivo proteger o cidadão dos abusos do Estado, caracterizado, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz”. O garantismo, como dito alhures, tem como principal idealizador Luigi Ferrajoli e conta com seguidores importantes como, Juan Montero Aroca na Espanha, Alvarado Velloso na Argentina, Luis Correia de Mendonça em Portugal, Franco Cipriani na Itália, Hugo Caveró no Peru e Glauco Gumerato Ramos no Brasil.¹⁹⁵

Para Glauco Gumerato Ramos,¹⁹⁶ o processo sob a ótica garantista, deve ser visto como instrumento de “debate republicano e democrático”, de forma que o poder estatal não poderia ultrapassar as premissas traçadas na Constituição em favor das partes envolvidas na demanda, sob pena de se admitir uma invasão de um de atribuições de um Poder em outro. O que, pela teoria da separação dos Poderes não seria possível.

¹⁹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 207-217. “A doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina. A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário. É desse contexto que surge uma doutrina denominada de garantismo processual, que tem por objetivo proteger o cidadão dos abusos do Estado, caracterizado, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz. Esse pensamento funda-se na doutrina do filósofo italiano Luigi Ferrajoli, que esboçou uma teoria do garantismo para o Direito. Há ardorosos defensores desta concepção, destacando-se Juan Montero Aroca (Espanha), Luis Correia de Mendonça (Portugal), Franco Cipriani (Itália) e Hugo Caveró (Peru). Esse pensamento já foi denominada no Brasil de ‘neoprivatismo processual’. Para essa corrente, a própria discussão sobre a boa-fé no processo revela traços autoritários. Há evidente exagero. Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda que apenas metaforicamente, de modo civilizado e sob supervisão do juiz, as partes ‘guerreiam’ por seus interesses? Ademais, como afirma Leonardo Greco, ‘bem aplicado, esse princípio... serve com certeza mais adequadamente ao processo liberal’, pois serve à proteção dos direitos subjetivos dos litigantes, ‘pois a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade’”

¹⁹⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. *Expectativas em torno do novo CPC*. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual. In *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Ano 23, nº 90, abril/junho 2015, p. 213-225. “... o garantismo processual – meu postulado como jurisdicionado, cidadão e processualista – concebe o processo como um método de debate republicano e democrático, onde o poder não pode subjugar ou ir mais além das garantias constitucionais das partes demandantes. É dizer: maneja-se o processo jurisdicional de acordo com o previsto no plano das garantias estabelecidas contra o eventual arbítrio que irracionalmente pode partir do poder estatal. Os poderes do Estado são e devem ser harmônicos entre si e por isso o garantismo processual é forte na convicção de que o protagonismo judicial fomentado pelo ativismo é – sem prejuízo de outros – um obstáculo à concretização da regra constitucional da separação dos poderes.”

Desse modo, admite-se que o garantismo é o instrumento de que os indivíduos dispõem, no Estado Democrático de Direito, em que o Poder emana do povo e se encontra alicerçado no ordenamento jurídico, de conseguir o máximo de liberdade em face do Estado. Em resumo, segundo Jorge Stoeberl e Rodrigo Fernando Novelli,¹⁹⁷ o garantismo funciona “como uma política em que prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo, pautado na validade da norma e na sua efetividade.”

Roberto Carlos Batista¹⁹⁸ assevera que sob a ótica do garantismo, todos os Poderes ficam obrigados a basear suas atuações tendo em mira os direitos fundamentais, de maneira que, eventual distanciamento do ato em relação a esses, inevitavelmente levaria à sua invalidação.

2. A igualdade formal, a igualdade material e o garantismo processual

Aqui não é o campo propício para se fazer uma longa análise sobre o conceito de igualdade, até porque este trabalho não cuida do tema na sua inteireza. No entanto, para melhor entendermos o tema garantismo, necessário se faz uma rápida digressão sobre o tema igualdade. De acordo com o texto constitucional, mais precisamente com o *caput* do artigo 5º e também com o inciso I do mesmo artigo, que cuida dos direitos e das garantias fundamentais, há expressa previsão no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. No campo do direito processual civil, o artigo 139, I, CPC/2015 prevê que o juiz assegurará às partes, igualdade de tratamento. Evidentemente que o tratamento igualitário deve ser dispensado àqueles que se encontram na mesma situação, quer dizer, deve tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, pois dar o mesmo tratamento a pessoas desiguais seria a desigualdade flagrante.¹⁹⁹

¹⁹⁷ STOEBERL, Jorge e NOVELLI, Rodrigo Fernando. *O garantismo e o acesso à informação*. Justiça do direito, v. 27, n. 1, jan./jun. 2013 - p. 148-160.

¹⁹⁸ BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa julgada nas ações civis públicas: Direitos humanos e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 227. “Os legisladores, em especial, jamais deveriam intentar qualquer iniciativa de inovação no ordenamento sem essa preocupação, porquanto, num sistema hierárquico de normas, baseado em axiomas, os valores superiores são o pressuposto de validade de todo e qualquer produto normativo.”

¹⁹⁹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª ed. Rio de Janeiro, Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26 “A regra da igualdade não consiste senão

Importa salientar que ao almejarmos a noção de igualdade, sem dúvida, é porque nos sentimos em um ambiente social em que há desigualdade. O direito pode e deve funcionar como instrumento eficaz na busca dessa igualdade. Como afirma Dirceu Pereira Siqueira,²⁰⁰ “a sociedade moderna é uma sociedade de classes em que a desigualdade está presente de maneira preponderante.”

Não há muita divergência, no campo doutrinário, quanto à afirmação de que a noção sobre igualdade comporta uma bipartição. Um conceito de igualdade voltado para a seara da formalidade, ou seja, aquela que emana do texto legal, e também uma igualdade voltado ao plano material, qual seja, aquela que se ampara na situação fática enfrentada pelo indivíduo. No campo da igualdade formal, deve se ter como meta atingir a igualdade material. Quer dizer, nenhuma valia tem a afirmação, contida no texto constitucional, de que a saúde é direito de todos, ou seja, igualdade no campo formal, se o Estado não proporciona condições para se materializar esse direito, quer dizer, meios de acesso à saúde pública, o que seria a igualdade no campo material.

A doutrina, no entanto, apresenta a diferenciação conceitual entre igualdade perante a lei e igualdade na lei. Porém, admite que essa diferença não pode ser considerada estanque, nem absoluta, mas que serve como elementos divisores entre os conceitos de igualdade formal, que traz consigo uma carga semântica mais de cunho negativo, relacionada, portanto, a uma postura de abstenção do ente estatal e a chamada igualdade material, essa sim, carrega consigo uma noção de positividade do Estado, de forma que o ente político tem que agir, tem que atuar para concretizar essa modalidade de igualdade.²⁰¹

em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.”

²⁰⁰ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Igualdade e legitimidade: a atuação do poder Judiciário na conformação de valores sociais – a concretização do direito à alimentação*. “Nessa senda, é possível observar que, muitas vezes, o ter direitos não significa sua efetividade em termos de implementação, de modo que a exclusão social com origem em diversos fatores (sejam sociais ou econômicos) macula os menos privilegiados e de outro lado engrandece aqueles que podem ser considerados incluídos socialmente.”

²⁰¹ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 132.

A noção de igualdade formal traz o sentido de que somos, em princípio, iguais, por isso, devemos receber o mesmo tratamento, independentemente das características de natureza pessoal, que aparentemente poderiam sugerir. As pessoas são, naturalmente, diferentes umas das outras. Enfim, a noção de igualdade formal atua como filtro contra as possíveis agressões cometidas pelo próprio Estado.²⁰²

Depois de lançar questionamentos a respeito da utilidade, pertinência e necessidade dessa bipartição entre igualdade perante a lei e igualdade na lei e admitir que essa diferenciação guarda simetria com a ideia de igualdade formal e igualdade material, Jefferson Carús Guedes²⁰³ conclui afirmando que existe doutrina propondo a superação da divisão.

Como visto, ainda predomina a divisão entre igualdade formal e material, embora a formal funcione como o alicerce na busca da consecução da plena igualdade material, ou seja, a primeira tem como escopo maior conseguir a segunda. Porém, quando nos referimos ao garantismo, não podemos nos afastar da noção de que ele é o instrumento que tem como meta garantir e concretizar os direitos fundamentais.

Adolfo Alvarado Velloso²⁰⁴ assevera que garantismo ostenta o sentido de que, acima da lei comum, existe uma lei maior, que é a Constituição, ou seja, o estrito respeito à teoria da pirâmide jurídica desenvolvida por Hans Kelsen. Isso, porém, não quer dizer que as bandeiras do solidarismo, do ideal de justiça, da verdade, do comprometimento do juiz com seu tempo e com a sociedade, com o litigante mal assistido arrebatam adeptos com muita rapidez, mas quem não quer a justiça? Quem não quer a verdade. No entanto, para os garantistas, não se trata de abandonar definitivamente tais bandeiras, mas o que não pode é uma sobreposição

²⁰² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 287. “O princípio da igualdade formal proclama que todos são criados iguais e merecem igual tratamento, atribuindo a todas as pessoas o mesmo valor perante a lei, independentemente dos seus rasgos peculiares ou da sua condição social. Essa vertente do princípio isonômico se liga originalmente aos desafios assumidos pelo Estado liberal de abolição de privilégios injustificados e continua a ter fundamental importância no Estado Democrático de Direito. O princípio da igualdade, visto sob o ponto de vista formal, atua como barreira à arbitrariedade. A arbitrariedade, entendida como diferenciação de tratamento injusta, absorve no seu conceito a sua expressão mais repulsiva, a discriminação.”

²⁰³ GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 133-134.

²⁰⁴ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Tirant lo blanch alternativa. Valencia, 2005, p. 303-304.

às normas constitucionais. Continua afirmando o referido autor que, os códigos processuais de países nazi-fascistas e comunistas buscavam um juiz altamente comprometido com a filosofia política predominante nesses sistemas.

Ora, como se observa, se o garantismo tem forte compromisso com a prevalência das normas constitucionais, se o movimento garantista postula que o processo seja um instrumento de garantia do cidadão que objetiva a declaração daquilo que acredita ser direito seu ou seu interesse legítimo e como o Estado retirou do cidadão o uso da força, deve esse mesmo Estado garantir, na solução dos conflitos, um terceiro imparcial e que as partes estejam em igualdade processual.²⁰⁵ Essa noção de igualdade, aqui referida, não nos parece que possa se contentar com uma igualdade formal, mas sim com uma igualdade efetiva, material.

No Brasil, a Constituição garante, como direito fundamental dos indivíduos, o acesso ao Poder Judiciário para defender direito lesado ou ameaçado de lesão. A expressão aqui empregada, há de ser entendida como acesso à Justiça e não parece aceitável que, o provimento dado pelo Poder Judiciário ao cidadão que bateu às suas portas, na busca da Justiça, seja amparado em fatos não verdadeiros. Enfim, a noção de igualdade, nesse plano, só pode ser a igualdade material. Portanto, se o garantismo é o compromisso com a Constituição, resta possível ao Judiciário, atuar por si só, caso necessário, para prestar um provimento jurisdicional pautado na verdade fática.

Isso, não nos parece ser razão para considerar violado o mandamento da imparcialidade do juiz. Sobre a questão específica da imparcialidade do julgador, assevera Andrea A. Merói²⁰⁶ que esta é a principal ênfase do garantismo processual, sendo entendida como a exigência de que juiz ocupe a posição de um verdadeiro terceiro em relação às partes envolvidas no litígio, sem relação de subordinação hierárquica em relação a qualquer parte, o que se traduz na independência e sem interesse no resultado da solução do litígio, o que corresponde à imparcialidade propriamente dita.

²⁰⁵ MEROI, Andrea A. *Algunas prospectivas del proceso civil y garantismo*. In Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, nº 90, abril/junho2015, p. 37-57.

²⁰⁶ MEROI, Andrea A. *Algunas prospectivas del proceso civil y garantismo*. In Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, nº 90, abril/junho2015, p. 37-57.

3. O garantismo processual e a mitigação da teoria da separação dos Poderes

O grande argumento da doutrina garantista é na linha de que, no modelo republicano, há divisões de tarefas bem delineadas tanto no texto constitucional, como na legislação ordinária. Enfim, para os garantistas, a ideia de separação dos Poderes, tal como pensada por Montesquieu, deve ser rigorosamente obedecida, sob pena de se cometer interferência indevida de um Poder em outro. O garantismo, de acordo com Lenio Luiz Streck e Jânia Maria Lopes Saldanha²⁰⁷, deve ser visto “como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos e por essa razão pode ser considerado o traço mais característico, estrutural e substancial da Democracia”. Enfim, o Estado Democrático, para os garantistas, não pode admitir a interferência de um poder na seara do outro.

No entanto, a doutrina moderna vem defendendo uma mitigação desse rigor atinente à ideia de separação dos Poderes, de maneira que, no cenário jurídico atual, não há mais espaço para a rigidez da separação dos Poderes, tal como pensada, em seu início por Montesquieu. E isso se deve, fundamentalmente, à mudança evolutiva de um modelo de Estado de Direito para um sistema de Estado Democrático Constitucional, em que o conceito de poder ganha traços de unicidade e o ente estatal assume obrigações de cunho social, de forma que todas as funções desempenhadas pelo Estado submetem-se “ao império e soberania da Constituição”.²⁰⁸

Nesta senda, de defesa da mitigação do rigor na separação dos Poderes, Daniel Sarmiento²⁰⁹ afirma que a leitura clássica, a respeito desse tema, que defendia uma separação bastante rígida das funções de cada Poder, no neoconstitucionalismo, ao contrário, deve ceder espaço para o denominado “ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais” em que as teorias sobre a democracia substantiva acabam por dar legitimação ao Poder Judiciário para impor

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz e SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Ativismo e garantismo na corte interamericana de direitos humanos*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 395-427.

²⁰⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 119.

²⁰⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *As novas faces do ativismo judicial*. In FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (Orgs.). Salvador: Juspodivm, 2013. p. 73-113.

aos demais Poderes, principalmente quando estão em discussão os direitos fundamentais e a proteção de grupos minoritários.

Ainda que a separação das funções do Estado, ou dos Poderes, seja indispensável para se evitar o totalitarismo, nos tempos atuais, resta indiscutível que essa cisão não pode ser encarada de forma estanque, de maneira que, não há espaço, atualmente, para se evitar o diálogo entre elas. Basta observarmos o processo legislativo em que há nítida participação do Legislativo e do Executivo e o Judiciário atua na sua aplicação, é o que se convencionou chamar de sistema de pesos e contrapesos. Como destaca João Carlos Navarro de Almeida Prado²¹⁰, há determinados sistemas políticos em que a mitigação da separação é tão evidente, que mais se aproxima de um sistema de “colaboração entre os Poderes”, como se evidencia no modelo parlamentarista. Enfim, o sistema de separação rígido, em que a função do juiz limitava-se a pronunciar a vontade do legislador, hoje não é mais aceita ou pelo menos deve ser vista com reservas.

Há evidente preocupação, por parte dos constitucionalistas, na linha de desenvolver um modelo com maior integração entre as esferas de Poder do Estado, fortalecendo, sobremaneira, e o controle do Legislativo sobre os atos do Executivo, quando este atua no exercício de suas funções atípicas.²¹¹

Esse entendimento reforça o argumento de que, nos tempos atuais, o apego excessivo à teoria da separação dos Poderes ou das funções, não encontra amparo nos sistemas jurídicos dos Estados em que o sistema democrático vigora.

²¹⁰ PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. *A responsabilidade do Poder Judiciário frente ao ativismo judicial*. In AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.) Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 119. “No caso do Judiciário, sua concepção clássica era extremamente limitada, revolvendo à clássica e célebre afirmação de Montesquieu pela qual o juiz seria, singelamente, *a boca que pronuncia as palavras da lei*. Em sua obra maior, *Do Espírito das Leis*, o autor afirma que, na monarquia, por não comportar leis tão simples como no despotismo, seriam necessários tribunais. Nos governos republicanos, a lei deveria ser observada literalmente, sendo seus julgamentos expressão de seu texto exato. Assim, o juiz teria a incumbência de lavrar ‘as decisões que devem ser conservadas, aprendidas para que se julgue hoje como se julgou ontem’. Enfim, seria ele um ser inanimado, impedido de dosar a força ou o rigor da lei e interpretar o direito.”

²¹¹ CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial*. In AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.) Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 103. “Tal preocupação constitucional com a atribuição da função normativa ao Legislativo pode ser encontrada, também, no caso de controle preventivo de constitucionalidade feito pelo chefe do Poder Executivo através do veto fundamentado, pelo fato de a última palavra sobre a interpretação constitucional cabe à deliberação realizada em sessão conjunta das Casas do Congresso Nacional, em até 30 (trinta) dias após o recebimento da mensagem de veto, pelo voto de maioria absoluta dos deputados e senadores, em escrutínio secreto.”

O argumento dos garantistas, no sentido de que uma postura ativa do juiz acaba por ferir o sistema de separação das funções do Estado, portanto, hoje não mais pode ser visto como razão absoluta.

4. Ativismo judicial e garantismo processual: uma convivência possível?

É inegável que ativismo judicial e garantismo processual são conceitos aparentemente opostos. Na medida em que o ativismo permite que o julgador tenha uma postura proativa na condução do processo, podendo agir, em muitos casos, sem a necessidade de provocação das partes e o garantismo processual, por outro lado, exige que a postura do juiz seja a de um terceiro desinteressado no resultado da lide, uma figura que funciona como um expectador da contenda judicial. Isso, a uma primeira vista, traz uma visão paradoxal das expressões.

Os defensores desse movimento doutrinário – ativismo judicial - propugnam uma maior participação da atividade judicial, de forma que o juiz seria dotado de Poderes aptos a criar a solução do conflito a ele submetido, dando maior protagonismo ao exercício da jurisdição.²¹² Como bem lembra Gustavo Gonçalves Gomes,²¹³ no ativismo, o julgador supera o campo estritamente jurisdicional e adentra ao terreno da política, fazendo uso do Poder Judiciário, como instrumento de concretização de políticas públicas e para resolver, concretamente, o problema a ele (juiz) apresentado. “Os magistrados buscam solucionar problemas políticos com o apoio de critérios jurídicos.” Várias são as razões que podem ser apontadas como justificadoras da existência do ativismo judicial, como a descrença nos Poderes, essencialmente políticos, a existência de leis que se tornam verdadeiras “letras mortas”, a má utilização dos recursos públicos, dentre outras.

²¹² AURELLI, Arlete Inês. *A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual / ativismo judicial*. In Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, nº 90, abril/junho 2015, p. 73-85

²¹³ GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 287-302. “Vários são os motivos justificadores da prática do ativismo judicial na atualidade. Isso se dá, entre outras razões, pelo desprestígio da lei, o descrédito da política, o sucateamento da administração pública, a ineficiência de gestão dos recursos públicos. Dessa forma, observando a absoluta impossibilidade de o Poder Público resolver determinadas questões individuais ou até mesmo coletivas, o magistrado traz para si a responsabilidade de buscar soluções plausíveis para os casos que lhe são submetidos.”

Baseado no que a doutrina especializada entende sobre esse assunto, Gustavo Gonçalves Gomes²¹⁴ apresenta, de forma sintetizada, as vantagens e as desvantagens encontradas no ativismo judicial. Como pontos positivos, podem-se indicar: a) uma melhor conscientização das pessoas sobre o verdadeiro Estado Democrático de Direito; b) dá maior valor ao constitucionalismo com destaque para os valores traçados na Constituição; c) concretiza um maior e mais eficaz acesso ao Poder Judiciário; d) expande as conquistas sociais através do Poder Judiciário; e) de um modo geral, valoriza mais o direito e coloca em evidência o sistema dos pesos e contrapesos. Como pontos que recebem as maiores críticas da doutrina estão: a) a debilitação dos poderes constituídos pelo povo; b) certa falta de legitimação em razão o acesso aos cargos do Poder Judiciário não ser por meio da participação do povo; c) beneficiaria um pequeno grupo de pessoas, já que, poucas pessoas batem às portas do Judiciário com o objetivo de conseguir a concretização de um direito; d) o Judiciário assumiria uma postura midiática que não condiz com suas funções precípuas; e) poderia acabar por causar um atrofiamento e acomodação dos demais Poderes encarregados de praticar o protagonismo na implementação das políticas públicas.

Garantismo processual pode, perfeitamente, ser entendido como uma linha doutrinária, sempre mirando para as normas constitucionais e, ao mesmo tempo em que relativiza os poderes do julgador, incentiva a mais ampla participação dos litigantes no desenrolar da atividade jurisdicional, tudo isso em nome do devido processo legal. Os adeptos do garantismo sustentam que os poderes do juiz devem ser minimizados, para permitir a existência do Estado Democrático de Direito. Enfim, o juiz, no garantismo, não teria espaço para inovar na atividade de conduzir o processo, mas apenas seguir as normas estabelecidas pelo legislador e que estão em sintonia com a Constituição.²¹⁵

²¹⁴ GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 287-302.

²¹⁵ AURELLI, Arlete Inês. *A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual / ativismo judicial*. In *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Ano 23, nº 90, abril/junho 2015, p. 73-85.

Adolfo Alvarado Velloso,²¹⁶ depois de afirmar, categoricamente, que o processo judicial é a garantia mais eficaz que a Constituição põe à disposição de qualquer pessoa que, por ventura, tenha tido seu direito violado ou ameaçado de violação, possa se defender, pois somente através do processo judicial, as pessoas se igualam no campo jurídico, já que é nesse momento que o Estado se faz presente, através de um terceiro imparcial, proporcionando esse tratamento igualitário entre as partes, aduz que o garantismo não permite “tergiversação da norma fundamental”, pois se conforma com a postura do juiz que se preocupa com a resolução do conflito jurídico amparada no direito, assegurando a igualdade processual com imparcialidade e efetivando a tutela dos direitos independentemente de a quem o resultado da demanda possa beneficiar.

No entendimento de Lenio Luiz Streck e Jânia Maria Lopes Saldanha²¹⁷ o garantismo há de ser entendido como o instrumento técnico limitador dos Poderes do Estado e seria o alicerce da Democracia, porque seria a forma de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos frente ao Estado. Em síntese, “o garantismo é uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito.” Admitem ainda que a ideia garantista se ampara na perspectiva de Democracia social idealizada por Luigi Ferrajoli.

²¹⁶ VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. Tradução: Glauco Gumerato Ramos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 13-34. “A transcendência da visão *garantista* é óbvia em nosso mundo e, particularmente, à disciplina do direito processual. Há temas que são eminentemente *técnicos* (preclusão, por exemplo), ao passo que há outros que são decididamente *políticos* (aquilo que os juízes *podem* ou *não podem*, por exemplo). E tudo que é político tem a ver com o exercício do *Poder*, condicionado desde sempre por um cúmulo de fatores conhecidos: a economia, a sociologia, o direito, a igreja, as forças armadas, os sindicatos, os meios de comunicação etc.” (destaques no original).

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz e SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Ativismo e garantismo na corte interamericana de direitos humanos*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 395-427. “O garantismo, assim, deve ser entendido como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos e por essa razão pode ser considerado o traço mais característico, estrutural e substancial da Democracia: garantias tanto liberais como sociais expressam os Direitos Fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais débeis em relação aos mais fortes, tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas.

A perspectiva garantista de Ferrajoli tem como base um projeto de Democracia social, que forma um todo único com o Estado social de Direito: consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado na maximização das liberdades e na minimização dos poderes, o que pode ser representado pela seguinte fórmula: Estado e Direito mínimo na esfera penal, graças à minimização das restrições de liberdade do cidadão e à correlativa extensão dos limites impostos à atividade repressiva; Estado e Direito máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.”

Glauco Gumerato Ramos²¹⁸ admite que o debate entre ativismo judicial e garantismo processual tem servido para dividir os estudiosos do processo civil na América Latina, muitas vezes, com “chumbo trocado” em nome de uma discussão ideológica, e isso acaba provocando uma separação entre os processualistas.

No trabalho acima referido, Glauco Gumerato Ramos traz uma explanação bastante elucidativa sobre a compreensão do que seja ativismo judicial e garantismo processual, afirma que, no ativismo, permite-se que o juiz assuma uma postura mais invasiva na busca da resolução dos conflitos, que, eventualmente, possam encontrar uma boa solução no plano legislativo. Com isso, ao juiz é concedido o poder de criar, incrementando a jurisdição. Por outro lado, no garantismo, empresta-se mais ênfase ao processo e, por conseguinte, o *due process law* que funciona como principal pilastra legitimadora da decisão judicial. Enfim, no ativismo, o juiz se preocupa com a solução do conflito, mesmo que as partes não demonstrem empenho nesse sentido. No garantismo, o processo assume a função de um caminho, cujo destino final, depende sempre do efetivo debate e atuação das partes. Conclui afirmando que os garantistas objetivam implementar as mesmas estruturas dogmáticas do pensamento inicialmente elaborado para o direito processual penal, por Luigi Ferrajoli, à seara do direito processual civil.

²¹⁸ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 255-271. “Para uma rápida compreensão daquilo que é defendido por ambas as correntes, é possível adiantar que o *ativismo judicial* defende uma postura mais contundente do juiz para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao magistrado um poder criativo que em última análise valoriza o compromisso constitucional da *jurisdição*, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação. Já o *garantismo processual* defende uma maior valorização da categoria fundamental *processo*, e conseqüentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o *ativismo*, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a atuação do juiz. Para o *garantismo*, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade.” (destaques no original).

Dentre os processualistas brasileiros, Glauco Gumerato Ramos²¹⁹ se apresenta como um dos ou o mais severo crítico do ativismo judicial. Chega a afirmar que juiz ativista não é juiz. Sustenta que a postura ativista é um atributo inerente ao lado político do Estado, ficando a cargo do Executivo e do Legislativo e que, quando se pensa em Estado Democrático não seria possível admitir um juiz dotado de tal atributo. Questiona ainda que se o Poder Judiciário tem suas características peculiares da imparcialidade e da imparcialidade²²⁰ isso seria incompatível com a função jurisdicional. A postura ativista há de ficar a cargo dos outros integrantes do processo, mas não pelo julgador “ativistas devem ser os integrantes do Ministério Público, da Advocacia Pública ou Privada, da Defensoria Pública, das ONGs que representam os interesses metaindividuais etc, não o juiz.” Ainda, a respeito da distinção entre os termos imparcialidade e imparcialidade, Adolfo Alvarado Velloso²²¹ esclarece que ninguém pode ser, ao mesmo tempo, acusador e juiz na mesma causa.

²¹⁹ RAMOS, Glauco Gumerato. *Poderes do juiz: ativismo (= autoritarismo) ou garantismo (= liberdade) no Projeto do novo CPC*. In ROSSI, Fernando et alii (Coord.). *O futuro do Processo Civil no Brasil – Uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Obra em homenagem ao advogado Claudiovir Delfino. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2011, p. 705-711. Na defesa do garantismo processual, continua o autor: “O juiz é um escravo da lei e um servo da Constituição. Quando isso é deixado de lado inverte-se a lógica das engrenagens nas quais se opera o Estado Democrático de Direito. Ao juiz cabe interpretar e aplicar a lei criada pelo legislador, e não substituir-se a este para fazer deste ou daquele processo o palco para realização da ‘justiça’ que naquele momento se revela a mais adequada à própria cabeça, à cabeça deste ou daquele juiz. Isso não é processo; é arbítrio! Não há segurança jurídica que resista a esta dinâmica. E por mais bem-intencionado que seja o juiz arbitrário, a Constituição não lhe autoriza e não lhe legitima exercer a função jurisdicional fora dos limites estabelecidos pela lei e – acima de tudo – garantidos pela Constituição. A análise do direito em geral, e do processo em especial, desde a perspectiva da Constituição, é um importante postulado dogmático que herdamos após a 2ª Guerra Mundial. Por isso não se pode permitir que o juiz escape dos confins estabelecidos pelo devido processo.”

²²⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal*. In DIDIER JUNIOR, Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.) *Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial*. Salvador. Juspodivm, 2008, p. 101-105. Parte da doutrina indica a diferença semântica entre os termos imparcialidade e imparcialidade, a exemplo de Antônio do Passo Cabral, para quem imparcialidade significa uma situação de total “isenção de ânimo para o julgamento, o afastamento do sujeito em relação aos interesses materiais em disputa: imparcialidade, portanto, é *albeação*, indiferença à vitória de um ou outro”. Por outro lado, a imparcialidade seria “a condição do Estado-juiz, típico *status* de um terceiro, não no sentido das intervenções de terceiro, mas significante da figura de um *tertium* ao qual é atribuída a solução do litígio quando vedada a autotutela, substituída pela justiça estatal”.

²²¹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. 1ª ed. – Rosário: Júris, 2010, p. 20-21. “la Idea de imparcialidad indica que el tercero que actúa em calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente esse carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)”.

Como se observa, a essência das ideias imaginadas pelos ativistas, pelo menos a uma primeira vista, e as defendidas pelo pensamento garantista, vão de encontro umas das outras. Daí a tentativa de se buscar um ponto de equilíbrio entre as duas concepções.

4.1. Seria a cooperação o ponto de equilíbrio entre ativismo e garantismo?

A doutrina garantista sinaliza para um caminho alternativo ao processo civil moderno, alicerçando suas ideias na noção de Estado Democrático que se legitima na defesa e “na garantia das liberdades e dos direitos dos particulares e não na prossecução de fins próprios.”²²² Tudo isso deve ser aplicado a todas as funções do Estado, mormente à jurisdicional.

O autor, referido no parágrafo anterior, dá a entender que um modelo processual de cooperação intersubjetiva, com a presença de um juiz colaborante, que não poderia interferir na delimitação do caso concreto, deveria fazer uso de instrumentos capazes de criar uma adequação entre a realidade endoprocessual e extraprocessual. Isso permitiria alguns poderes ao juiz, principalmente no aperfeiçoamento e requerimento de produção de provas. Assim, poderia ser uma boa alternativa entre o garantismo e o ativismo judicial. Ora, já que o processo, naturalmente, é uma sequência de atos encadeados que caminha para um ato final, o julgamento da causa e a “actividade do juiz tem como antecedente necessário, mesmo que remoto ou mediato, a iniciativa de uma das partes; a actividade do réu liga-se necessariamente à do autor ou a uma decisão do juiz.”²²³

²²² MENDONÇA, Luis Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. Disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mfg_ma_2749.doc. Acesso em 29fev.2016. “Um dos princípios democráticos postula que a sociedade é o produto da vontade dos indivíduos em se associar. Ao indivíduo é reconhecido um estatuto ontológico próprio e autónomo, distinto da sociedade e superior a ela; a consideração do homem como um fim em si mesmo, o que vale dizer da sua autêntica qualidade e dignidade de pessoa humana, pressupõe, numa situação de pluralidade de seres humanos em relação uns com os outros, que qualquer um deva reconhecer tal qualidade e dignidade ao outro e, por conseguinte, renunciar a tratá-lo como um simples meio.”

²²³ MENDONÇA, Luís Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. Disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mfg_ma_2749.doc. Acesso em 29fev.2016.

Destaca que a colaboração entre as partes, no direito português, existe desde 1926 e a colaboração entre o Tribunal e as partes consta da reforma ocorrida em meados da década de 90 do século passado.²²⁴

Mariana França Gouveia²²⁵ afirma que o juiz colaborante, para o português do Brasil, seria o juiz cooperador, seria aquele que em primeiro plano se posicionaria num patamar de igualdade com as partes, com uma postura mais democrática possível, em vez de uma situação de autoritarismo, e, em segundo plano, um juiz que demonstra preocupação com a causa em discussão. Seria um juiz que não ficaria atrás de algum biombo, seria aquele juiz que ficaria próximo das partes e de seus advogados mantendo um diálogo com estes sem sobreposição de ideias e sempre buscando a melhor solução para o conflito.

Arlete Inês Aureli²²⁶ destaca que o princípio da cooperação, se devidamente aplicado e bem compreendido pelos atores do processo, sem dúvida, terá a função de impedir que o juiz adquira ascendência sobre os interesses das partes, e assim, evitam-se eventuais abusos de poder por parte dos juízes. Conclui no sentido de que a cooperação é uma solução razoável, funcionando como ponto de equilíbrio

²²⁴ MENDONÇA, Luís Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. Disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mfg_ma_2749.doc. Acesso em 29fev.2016. “Cooperação das partes (e de terceiros, estranhos ao processo) com o tribunal já existe no nosso ordenamento, desde o Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926 (artigos 27.º e 28.º). O legislador de 95 apenas ampliou o âmbito dessa cooperação. No que se refere à posição recíproca dos diversos sujeitos processuais, os deveres de respeito, correcção e urbanidade (artigo 266.º-B) não apresentam também novidade, constituem regras de civilidade e de deontologia elementares e, em última análise, são supérfluas (já antes da reforma e do artigo 155.º, muitos juízes marcavam os julgamentos ou outras diligências, na medida do possível, com o acordo dos advogados). A grande novidade da reforma de 95/96 reside propriamente nos deveres de colaboração do tribunal com as partes.”

²²⁵ GOUVEIA, Mariana França. *Regime processual experimental anotado*. Edição e reimpressão 2006. Edições Almedina, p. 13. ISBN: 9789724029337.

²²⁶ AURELLI, Arlete Inês. *A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual / ativismo judicial*. In *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Ano 23, nº 90, abril/junho2015, p. 73-85. “O princípio da cooperação, que é a tônica do novo código de processo civil, tem por base a junção dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório e da ampla defesa. Ele preconiza a colaboração de todos os sujeitos do processo para a efetiva busca pela justiça, redimensionando o princípio do contraditório com a participação efetiva das partes na busca da verdade, as quais terão direito de influenciar na convicção do juiz. E mais, por ele, o juiz deixa de ser mero expectador do conflito entre as partes, para passar a ter uma participação mais ativa como sujeito do diálogo processual. Assim, há um redimensionamento do contraditório que passará a ser mais valorizado porque deixará de ser apenas uma regra formal para ser instrumento indispensável no aprimoramento da decisão judicial. Busca-se uma condução cooperativa do processo pelo juiz e pelas partes, sem que haja destaques entre um ou outro, mas com vivo e interminante diálogo a ponto de se poder dizer que a sentença será fruto das discussões travadas ao longo de todo o processo. No entanto, não haverá paridade no momento de proferir a decisão, eis que as partes não decidem com o juiz, pois esta atividade é manifestação do poder.”

entre o ativismo judicial e o garantismo processual, “permitindo a efetivação do princípio do devido processo legal, segundo o modelo constitucional do processo.”

A questão da cooperação, sem dúvida, ganha relevo especial com o novo Código de Processo Civil, deixando claro no artigo 6º que os sujeitos do processo, aqui vale lembrar que o dispositivo normativo não se reporta apenas às partes interessadas, refere-se aos “sujeitos do processo”, logo, deve-se entender que, nessa expressão, estão incluídos todos os atores que participam da cena processual, juízes, promotores, em alguns casos, peritos etc. No mesmo artigo, determina o legislador que a cooperação deve caminhar para uma resolução de mérito da causa, de forma justa e efetiva, observando um tempo razoável. A duração razoável do processo é postulado constitucional, integrando o rol exemplificativo dos direitos e das garantias fundamentais, de acordo com o artigo 5º, LXXVIII, com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004.

5. O garantismo processual e a impossibilidade de iniciativa do juiz em matérias processuais restritas às partes

A concepção liberal e garantista sobre processo, bastante difundida no século XIX, lastreava-se, em primeiro lugar, na natureza privada dos direitos que eram levados ao juiz e, em segundo plano, a garantia da existência de um juiz imparcial, de maneira que as partes assumiam a função de verdadeiros donos do processo. Predominava, naquela época, a economia liberal com destaque para o direito de propriedade e tudo isso fazia supor a existência de um processo civil alicerçado no princípio da oportunidade, por ficar a iniciação do processo dentro da esfera de vontade das pessoas, portanto, a discricionariedade era mais evidente. Não havia, portanto, espaço para faculdades atribuídas ao juiz. Era a utilização, na íntegra, do brocardo “ne procedat iudex ex officio” em relação ao início do processo.²²⁷

Essa visão garantista do processo civil impede que o juiz produza provas que não foram requeridas pelas partes interessadas no deslinde da causa, por serem elas as titulares do processo, principalmente quanto à iniciativa probatória, de forma

²²⁷ AROCA, Juan Montero. *El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria. In Proceso civil e ideología. Um prefacio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos.* AROCA, Juan Montero (Coord.). Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 141.

que é defeso ao juiz tomar a iniciativa de produção de qualquer meio de prova, *ex officio*, que possa ter influência no resultado final da demanda, uma vez iniciado o processo, depois de haver a delimitação do objeto pelas partes, são estas os únicos atores da cena processual que têm a iniciativa probatória.²²⁸

No entanto, na sistemática processual brasileira vigente, de acordo com o art. 370 do CPC/2015, a possibilidade de atuação *ex officio* do juiz, na produção de provas, é patente. De acordo com o Novo Código de Processo Civil, por dar primazia ao julgamento com mérito da causa, parte da doutrina ainda admite que essa atuação *ex officio* do julgador teria caráter supletivo. No entanto, parece haver predominância, entre os doutrinadores nacionais, no sentido de que os julgadores têm ampla *iniciativa probatória*.²²⁹

A ideia central do garantismo reside, fundamentalmente, em superar a noção de publicização do processo, que se caracteriza, primordialmente, por dar mais poderes ao juiz na condução material do processo. Em resumo, o garantismo é uma corrente doutrinária que vai de encontro ao modelo processual inquisitivo, defendendo, com veemência um modelo processual calcado no sistema adversarial. Dessa maneira, a incumbência de carrear elementos probatórios ao processo, visando à formação do convencimento do juiz, terceiro e imparcial, fica a cargo das partes.²³⁰ Na mesma linha, o pensamento de Luís Correia de Mendonça²³¹ para

²²⁸ AROCA, Juan Montero. *El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritária. In Proceso civil e ideologia. Um prefacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensayos.* AROCA, Juan Montero (Coord.). Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 143.

²²⁹ LINS, Karina Loureiro Ribeiro. *Reflexões sobre o poder instrutório do juiz e a distribuição do ônus probatório das partes a partir de uma análise dos sistemas processuais adotados na doutrina brasileira.* Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=11bd0ff5338b2653>. Acesso em 1º mar 2016. “Analisando-se os dois modelos de Estado: o Estado reativo, minimalista que busca apenas proteger a ordem e constituir-se em foro para solucionar os conflitos que os cidadãos não conseguiram dirimir e o Estado ativo que busca uma teoria global das condições ótimas de vida, e tenta utilizá-la como base de programas teoricamente onicompreensivos de melhoramentos morais e materiais dos cidadãos, temos que o Brasil mais se aproxima do Estado Ativo, estabelecendo no artigo 1º da CF/88, o Estado Democrático de Direito. A respeito, o processo é visto não apenas como mero mecanismo de conflito, mas como um instrumento de realização dos objetivos do Estado e deve-se reconhecer que o artigo 130 do CPC tem legitimidade constitucional, devendo ser interpretado no sentido de que o juiz tem amplos poderes de iniciativa probatória. Destarte, independente da posição adotada sobre os poderes de atuação *ex officio* do juiz na instrução probatória, é firme na doutrina e jurisprudência a natureza de ordem pública do direito à prova invocado pelas partes, ante a busca por uma decisão justa. Desta feita, as decisões referentes ao direito de prova não são alvo de preclusão judicial.”

²³⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Reflexões sobre o garantismo processual: Será o modelo adversarial a única medida certa para essa doutrina?* In DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 429-441. “Essa condição ‘natural’ é violada quando se permite ao magistrado imiscuir-se na produção de provas, para determina-las de ofício.”

quem a posição do julgador como terceiro (terzietà), o vocábulo entre parênteses é utilizado pelo autor, quer dizer, como um ator à parte da cena processual, figurando como um estranho aos fatos e ao objeto central da demanda, resta incompatível com a simples possibilidade de desempenhar tarefas próprias das partes legitimamente interessadas. Enfim, a concepção de processo, construída no garantismo, traduz-se na ultrapassagem da noção objetivista e juspublicista da jurisdição.

Discorrendo sobre o papel a ser desempenhado pelo juiz, à luz do garantismo processual, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto²³² aduz que, agora existe um redimensionamento do papel desenvolvido pelo julgador na seara jurídica, pois a jurisdição é a responsável por garantir aos cidadãos que a norma inválida seja refutada do sistema. Ressalta que, no Estado Constitucional de Direito, a vinculação do juiz à Lei, como ocorria no Estado Paleopositivista de Direito, cede espaço para um modelo em que sua vinculação, agora, passa ser à Constituição, já que é nesse diploma que se encontram os valores fundamentais da sociedade.

No mesmo caminhar, inadmitindo a possibilidade de o juiz agir *ex officio*, em situações que seriam da alçada das partes, Omar Abel Bernabentos²³³ para quem o juiz não pode se transformar em um super-homem que investiga provas, principalmente, relacionadas à causa que cabe a ele julgar. Ressalta que o caminho do razoável, que deveria ser a trilha natural, resta abandonada para se enveredar por uma perigosa escalada processual de autoritarismo e poder.

Enfim, segundo Lorena Miranda Santos Barreiros,²³⁴ os adeptos do garantismo processual defendem, como muito empenho, um modelo processual tipicamente adversarial, por ser este sistema, o que melhor se adequaria à teoria defendida por essa corrente, afastando, portanto, o modelo processual inquisitorial, por ser este, recheado de autoritarismo.

²³¹ MENDONÇA, Luís Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. Disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mfg_ma_2749.doc. Acesso em 29fev.2016.

²³² NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. *Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização [tese]: o garantismo e a estreita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal*. Orientador: Sérgio Urquhart Cademartori. Florianópolis, SC, 2011, p. 132.

²³³ BERNABENTOS, Omar Abel. *Teoría general unitária del derecho procesal*. Rosario: Editorial Juris, 2001, p. 85.

²³⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Reflexões sobre o garantismo processual: Será o modelo adversarial a única medida certa para essa doutrina?* In DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 429-441.

Omar Abel Bernabentos²³⁵ adverte sobre os perigos de se imaginar um Poder Judiciário onipotente, pois difundir a mensagem na defesa de maiores poderes para os Juízes, com o objetivo de alcançar o bom, o justo e o verdadeiro, caminha-se para a parcialização da questão. Lembra ainda que uma das maiores críticas formuladas ao positivismo jurídico, residia exatamente, na exaltação da onipotência do Legislador e essa crítica foi a responsável pelo descrédito do positivismo jurídico clássico. Aponta, como exemplo desse risco de excesso de poderes aos Juízes, a decisão proferida, na Argentina, no ano 2000, que ficou conhecido como o caso do juiz Perrota, que decidiu, de acordo com sua conveniência, proibir o exercício do futebol profissional em todo o país, ao argumento de que a prática daquele esporte, no horário noturno, era causa de aumento da violência.²³⁶

6. O garantismo processual e as demandas em que se busca a implementação de políticas públicas

Quando nos referimos ao tema políticas públicas, vem-nos a lembrança de que se cuida de campo fértil para a atuação administrativa sob o manto da discricionariedade.²³⁷ Há evidentes razões para isso, em primeiro plano, pode-se pensar que, em razão de normalmente não dispor a Administração Pública de orçamento para implementar todo tipo de política, resta ao Agente Público eleger as prioridades, e isso, é a materialização da discricionariedade. De outro turno, as políticas públicas, naturalmente, trazem consigo um campo de escolha a ser preenchido pela atuação do Administrador Público. Não podemos nos afastar da

²³⁵ BERNABENTOS, Omar Abel. *Teoría general unitária del derecho procesal*. Rosario: Editorial Juris, 2001, p. 105. “No se ha reparado lo suficiente (o no se ha querido reparar) em los riesgos que supone para la ‘gente de a pie’ potenciar la ‘omnipotencia’ de cualquiera de los poderes públicos en un Estado de Derecho (y esa prevención, lógicamente, rige también para con el poder jurisdiccional). Y conste que no me anima (ni milito) en ninguna tendencia política extrema. No creo en los extremismos de izquierda ni de derecha. No creo un mensaje nihilista el que se formula. Se trata de un mensaje democrático y garantista, cosa que es bien distinta.”

²³⁶ BERNABENTOS, Omar Abel. *Teoría general unitária del derecho procesal*. Rosario: Editorial Juris, 2001, p. 123.

²³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdiccional*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 48. “Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto a fim de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.”

ideia de que as políticas públicas, que normalmente almejam a concretização dos direitos de natureza social, demandam do Estado um custo naturalmente mais elevado do que a concretização dos direitos civis. Não há dúvidas de que a efetivação de direitos sociais, a exemplo da implementação de uma política de saúde e educação públicas de boa qualidade, gera um impacto mais significativo no orçamento do ente estatal.²³⁸

Também é verdade que na definição de políticas públicas, em regra, há pouca ou quase nenhuma participação das pessoas a que se destinam tais políticas, pois normalmente ficam a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo e a participação popular nesses Poderes, salvo algumas manifestações pontuais, que são ainda bastante tímidas. Há muitas razões para ser assim, pois caso haja abertura de uma participação ampla da sociedade, na formulação de qualquer política pública, corre-se o risco de não se implementar nada, pois dificilmente se chegaria a um projeto viável e que possa contar com a maioria da vontade de seus integrantes.²³⁹

Essa situação reforça a tese de que a implementação de políticas públicas é um campo de larga atuação da discricionariedade administrativa. Tudo isso caminha para se repensar o conceito de discricionariedade administrativa,²⁴⁰ que para a

²³⁸ DANIEL, Juliana Maia. *Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas*. Disponível em <http://www.veirano.com.br>. Acesso em 02março2016. “Nessas situações, além de toda a interpretação possível, remanescerá sempre ao administrador alguma discricção em sua escolha diante da situação concreta. Se por um lado a carga semântica aberta dos princípios e direitos fundamentais é indispensável para atingir o comportamento ótimo exigido do administrador na aplicação da norma, por outro, a margem de liberdade acaba propiciando arbitrariedades pelo agente Estatal.”

²³⁹ DAL BOSCO, Maria Goretti e DALLA VALLE, Paulo Roberto. *Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf. Acesso em: 03março2016. “O que se percebe é que a elaboração dos planos de governo, que encerram as políticas públicas em todas as áreas da Administração, costuma ficar sob a responsabilidade do Executivo, que acaba por ceder apenas em alguns setores, conforme o nível de pressão dos atores sociais, e do Legislativo, responsável por algumas mudanças provocadas, igualmente, pela interferência de grupos de pressão, e boa parte fruto de negociações políticas, não raro, distanciadas das verdadeiras expectativas das populações. O modelo de elaboração de políticas públicas, assim, na maioria dos casos, passa ao largo das reais expectativas das populações e, portanto, é natural que, ao final, essas políticas cheguem a destoar, de modo significativo, das demandas populares. (...) O administrador público, portanto, só pode escolher suas prioridades de forma discricionária depois de cumprir com o básico, pois, enquanto não o fizer, vedada se mostra a destinação de recursos para finalidades outras, cuja natureza foge à urgência das necessidades fundamentais dos administrados.”

²⁴⁰ DAL BOSCO, Maria Goretti e DALLA VALLE, Paulo Roberto. *Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf. Acesso em: 03março2016. “Esse novo conceito de discricionariedade implica ressaltar que hoje, quando a litigiosidade ganhou parâmetros de infinitude

doutrina mais atual, deve ser encarada de forma diversa do conceito tradicional. Não podemos nos afastar da ideia que o Estado Democrático de Direito submete-se às regras do ordenamento jurídico, logo não basta que o ato de natureza administrativa esteja de acordo com os diplomas legais, se estiver em conflito com os direitos tutelados pelo ordenamento, pode e deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.²⁴¹

Nos tempos atuais, é uma realidade que o Poder Judiciário poder inferir no chamado mérito do ato administrativo, que antes era considerado intocável, desde que esse ato, ainda que praticado sob o pálio da discricionariedade administrativa, ultrapasse os limites da razoabilidade e os parâmetros de constitucionalidade. Isso, é importante dizer, não significa, por si só, invasão pelo Poder Judiciário na esfera administrativa. A Constituição garante que nenhuma ameaça ou lesão ao direito, pode ser afastada do exame pelo Judiciário. Não é difícil perceber que grande número das omissões voluntárias do Poder Público ocorre no campo das políticas públicas, a razão talvez resida no fato de que a implementação dessas políticas exige um fazer, em palavras mais diretas, exige dinheiro, que quase sempre é curto nos orçamentos públicos. Essa realidade exige que o Poder Judiciário se faça mais presente no controle dessas políticas que buscam a concretização de direitos fundamentais e sociais. Isso, reiteramos, não é invasão de atribuições.²⁴²

e o Judiciário defronta-se com a discussão de valores como os da propriedade e da função social, da propriedade e dos direitos ambientais, dos consumidores, dos menos favorecidos, entre outros, o papel desse Poder não pode continuar igual ao que este desempenhava no século XIX.”

²⁴¹ DAL BOSCO, Maria Goretti e DALLA VALLE, Paulo Roberto. *Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf. Acesso em: 03março2016. “Isso implica dizer que a Administração tem o dever, sob essa ótica, de realizar os direitos fundamentais dos cidadãos, no maior grau possível, observando, sempre, o interesse geral. Logo, o tradicional controle dos atos administrativos que se faz no Brasil, partindo-se da existência de uma decomposição em conteúdo, forma e pressupostos, com o objetivo de atestar-lhes a conformidade e legalidade, é insuficiente e incompleto, já que um ato pode, até, conter todos os requisitos legais, mas estar em confronto com direitos tutelados pelo ordenamento.”

²⁴² DANIEL, Juliana Maia. *Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.veirano.com.br>. Acesso em 02março2016. “Uma vez legitimado, não resta dúvida acerca da possibilidade de intervenção do Judiciário na hipótese de discricionariedade excessiva por parte da administração (o vício da arbitrariedade por ação acima exposto). Realmente, se o agente estatal atua contrariamente à finalidade prevista na lei ou na Constituição, a doutrina e os Tribunais não têm grandes dificuldades em reconhecer a possibilidade de intervenção para declarar a inconstitucionalidade do ato e sua nulidade, uma vez que a própria Carta Constitucional prevê mecanismos para sindicabilidade dessas situações. O problema reside, contudo, nas hipóteses de omissão arbitrária da Administração Pública, isto é, nas situações em que o agente estatal deixa de cumprir o dever prescrito na norma, geralmente de caráter programático. (...) Não é difícil prever que a maior ocorrência de omissões arbitrárias dá-se exatamente no campo das políticas públicas, cuja

A discricionariedade administrativa há de ser empregada pelo administrador público sem perder de vista os princípios que direcionam a Administração Pública em geral, mormente aqueles que integram o art. 37 do texto constitucional. O administrador público tem o dever de buscar o melhor resultado possível com o menor desperdício de energia.²⁴³

O garantismo, sem dúvida, traz reflexos na atuação do juiz como operador do direito. Na verdade, exige-se uma postura bem peculiar do juiz garantista. É sabido que, na seara do Direito Processual Civil Garantista, o juiz não toma iniciativa durante o desenrolar do processo. Ou seja, nesse modelo, o juiz não produz provas *ex officio*, não age sem provação das partes. Enfim, é uma figura que não demonstra nenhuma preocupação com o resultado final do processo. Sua preocupação é permitir que as partes tenham as garantias, relativas ao processo respeitadas. E ainda, muita preocupação para que seus atos não sejam considerados como invasivos da esfera dos outros poderes. É dizer, a máxima atenção à ideia de separação dos Poderes. No entanto, na atualidade, a própria doutrina garantista, vem sinalizando no sentido de que, o garantismo não pode se preocupar apenas em proteger as liberdades, pois, hoje, “representa uma forma de identificar a Democracia constitucional própria do Estado Constitucional de Direito”²⁴⁴, abandonando, assim, a conceituação garantista comum ao chamado Estado Liberal.

implementação exige um dever prestacional por parte do Estado-Administração e, como tal, impacta nos cofres públicos. A realidade nua e crua é que, na maior parte dos casos, o governo e as maiorias parlamentares são a expressão de um mesmo partido político ou uma coalizão de partidos. Logo, destaca-se a verdadeira autonomia do Legislativo diante do Poder Executivo, pois grande parte das leis aprovadas são de iniciativa do próprio governo. Esse, por sua vez, dispõe de um grande poder regulamentar e de planejamento, autorizado pela Constituição e atribuído pela legislação ordinária. Diante dessa realidade, torna-se necessária uma atuação mais presente do Poder Judiciário no controle de políticas públicas que realizam direitos fundamentais sociais, afastando as atuações da Administração que se desviam das prioridades deixando de assegurar tais direitos aos cidadãos. Por essa razão é que o Judiciário, no controle de políticas públicas, deve ser visto como uma das funções da soberania do Estado em ação, atuando no suprimento da ausência do legislador ou da Administração.”

²⁴³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 685.

²⁴⁴ NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. *A teoria geral do garantismo e a estrita legalidade aplicada a direitos sociais: o exemplo da lei 12.010/2009*. In *Direitos sociais e políticas públicas II* Coleção Conpedi/Unicuritiba. Organizadores: Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano Rego Feitosa / Vladimir Oliveira da Silveira / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. Curitiba – PR. Vol. 26 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014, p. 63-85. “O que se pode extrair disso é uma mudança fundamental que se dá com a alteração na concepção do Estado de Direito – e sua passagem para um Estado Constitucional de Direito – e a compreensão do Garantismo não mais como apenas uma mera proteção dos direitos de liberdade em relação ao Estado, ou diante dele, entendimento histórico da expressão. Se antes era assim entendido, o que gerava uma função jurisdicional típica do liberalismo calcada na ideia de

Embora o conceito de garantismo moderno já comece a se distanciar de sua concepção clássica, reinante na época do Liberalismo, ainda é muito tímida essa tendência, predominando a noção mais tradicional de garantismo, de modo que o juiz não pode agir sem provocação das partes. Isso, sem dúvida, funciona como uma barreira a mais quando se cuida de implementação de políticas públicas, pois, nestes casos, há, na prática, invasão de um Poder no outro, ainda que existam sérias razões para a chamada atuação ativista do Judiciário.

O exercício garantista da função jurisdicional demanda uma postura ativa tanto na estrutura, como na operatividade do Poder Judiciário. O juiz passivo não se atenta às exigências do Estado Social de Direito. A elevada procura por justiça exige reformas que permitam alcançar a satisfação das necessidades sociais, mediante análise da realidade na qual os juízes devem exercer sua função.²⁴⁵

Nos tempos atuais, o juiz converteu-se numa figura que dirige o processo, mais precisamente nas faculdades processuais, sem influenciar naquilo que pode ser seu resultado. No processo civil moderno, o juiz não pode conservar a atitude passiva que tinha no processo de outros tempos. É um princípio do direito público moderno que o Estado tenha se interessado pelo processo civil, com o objetivo de realizar a melhor justiça possível.²⁴⁶

7. O garantismo processual e controle do mérito do ato administrativo

Ainda é forte o entendimento na doutrina administrativista brasileira, mormente a mais tradicional, no sentido de que o ato administrativo, dotado de

separação dos poderes, agora a concepção de Garantismo representa uma forma de identificar a Democracia constitucional própria do Estado Constitucional de Direito.”

²⁴⁵ POSADA, Socorro Vásquez. *El garantismo en el ejercicio de la función judicial*. In *Garantismo y crisis de la justicia*. 1ª edición, Universidad de Medellín, p. 107-126.

²⁴⁶ BENAVENTE, Omar Sumaria. *La sociedad de la decepción: el sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del proceso*. In *Garantismo y crisis de la justicia*. 1ª edición, Universidad de Medellín, 2010, p. 181-212.

discricionariedade e quando praticado no campo permitido pela lei, não cabe ao Judiciário examiná-lo quanto ao seu mérito, quer dizer, quanto à conveniência e oportunidade. Ou seja, mesmo sendo possível a prática de mais de um ato, e a Administração tendo feito a opção por um deles, não cabe ao Judiciário interferir na escolha.²⁴⁷ Joachim Andreas Krell²⁴⁸ adverte que a discricionariedade, na época do Estado Polícia, era vista como uma forma de soberania do governante, porém, após a Revolução Francesa, esse panorama passou por profundas mudanças.

Na mesma senda, José Carlos Abraão,²⁴⁹ para quem, no Brasil, ainda se encontra uma forte resistência ao controle do mérito dos atos administrativos, por parte do Poder Judiciário.

Caminhando, porém, em sentido oposto ao acima referido, a doutrina mais moderna vem sinalizando no sentido de que, atualmente, todo ato de natureza administrativa, mesmo os que são praticados dentro da esfera da discricionariedade da Administração Pública, comportam controle judicial, não que essa modalidade de controle signifique invasão de um Poder em outro, mas com amparo nos princípios que regem o direito, pois o ordenamento jurídico comporta uma análise sistêmica.²⁵⁰

²⁴⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.88. “Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da conveniência e da oportunidade, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração.”

²⁴⁸ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 8, dez. 2004, p. 177- 224. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos.pdf. Acesso em: 06mar2016. “No antigo Estado de Polícia da Europa dos séculos XVI a XVIII, a *discricionariedade* ainda era considerada genuína expressão da soberania do monarca. Com o advento da Revolução Francesa, iniciou-se uma crescente preocupação com a proteção dos direitos individuais do cidadão, especialmente a sua liberdade e sua propriedade.”

²⁴⁹ ABRAÃO, José Carlos. *Controle dos atos administrativos: Limites à discricionariedade*. 2006. (Dissertação de Mestrado em Direito) Faculdade Estadual de Direito do Norte-Pioneiro. Universidade Estadual do Paraná. Jacarezinho, p. 53. “Em geral, no Brasil há resistência ao controle judicial do mérito dos atos do poder público, aos quais se reserva amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, em que as decisões do órgão ou do agente público são insindicaáveis quanto à sua conveniência e oportunidade.”

²⁵⁰ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 8, dez. 2004, p. 177- 224. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos.pdf. Acesso em: 06mar2016. “Não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase “pós-positivista”, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais,¹⁶³ os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa “principalização” do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade,

Não se nega que a Administração Pública, por óbvio, tem que manter um campo de atuação sem a interferência dos outros Poderes. Afinal, trata-se de uma das funções que integram o tripé da divisão das funções do Estado. Porém, essa margem de liberdade não pode e nem deve ser exercida de maneira absoluta, como, aliás, nenhum dos Poderes pode usar de suas funções de maneira absoluta. A doutrina tem indicado que os limítrofes dessa atuação livre são os princípios gerais do Direito que, atualmente, são fontes também do Direito Administrativo.²⁵¹

Para os seguidores do garantismo processual, a contenção dos poderes do juiz resulta dos princípios que direcionam o Estado Democrático de Direito e tem como benefícios ao jurisdicionado a transparência, a previsibilidade nas decisões e também a segurança jurídica.²⁵²

Facilmente perceptível que, para a doutrina garantista, a interferência do Poder Judiciário nos atos de natureza administrativa, é coisa inaceitável, pois isso representaria uma indevida invasão de um Poder em outro. No entanto, como visto nos parágrafos anteriores, a doutrina moderna está bastante receptiva com a possibilidade de intervenção do Judiciário nessa seara, mesmo quando se trate da prática dos chamados atos discricionários, desde que praticados em desacordo com os princípios gerais do direito ou em confronto com algum outro princípio de natureza constitucional.

proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários.”

²⁵¹ ABRAÃO, José Carlos. *Controle dos atos administrativos: Limites à discricionariiedade*. 2006. (Dissertação de Mestrado em Direito) Faculdade Estadual de Direito do Norte-Pioneiro. Universidade Estadual do Paraná. Jacarezinho, p. 83. “Preocupam-se os doutrinadores em realçar a importância dos princípios gerais do Direito como fonte do Direito Administrativo. Até o preâmbulo das constituições passa a ser visto como tal precisamente pelo fato de consagrar valores por tanto tempo desvinculados do Direito.

Todos esses valores são dirigidos ao legislador, aos magistrados e ao administrador público. A lei que os contrarie será inconstitucional. Eles atuam como limites à discricionariiedade administrativa – como poder jurídico que é -, à qual não é limitada só pela lei em sentido formal, mas pela ideia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes e declarados a partir do preâmbulo da Constituição.”

²⁵² GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 287-302.

Para a doutrina garantista, a função do juiz não é inovar, nem estabelecer ritos próprios na condução do processo. Deve agir em sintonia com a atividade desempenhada pelas partes.²⁵³

Assim, a interferência do Poder Judiciário na esfera administrativa, mormente quando se cuida de ato administrativo discricionário, resta impossível porque isso representaria uma indevida invasão na esfera de outro Poder. Para Juliano Raro Monteiro,²⁵⁴ o ponto de equilíbrio entre o ativismo judicial e o garantismo processual deve ser pautado pelo princípio da separação dos Poderes que é uma cláusula pétrea e garantia fundamental dos indivíduos. Não podemos nos olvidar, no entanto, de que o Judiciário tem como função primordial, garantir e efetivar o direito, amparando-se nos princípios jurídicos. Isso, porém, não significa que o Poder assuma as funções típicas das outras esferas de Poder.²⁵⁵

Luiz Henrique Urquhart Cademartori, dissertando sobre a discricionariedade administrativa, afirma que o modelo tradicional, em que o agente público era visto como mero aplicador de regulamentos, hoje se encontra superado, dando lugar a um modelo de Administração Pública que concede alto grau de autonomia no exercício de suas funções, com liberdade para praticar atos autônomos, dentro dos parâmetros fixados pelo legislador. Sob uma segunda ótica do conceito de discricionariedade, afirma que, implementada a medida e caso o administrado se sinta lesado em seus direitos, deverá levar o caso ao Judiciário, onde a questão será profundamente analisada e o resultado, pode ser diverso daquele alcançado pelo Administrador e isso não significa invasão de um Poder em outro.²⁵⁶

²⁵³ GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 287-302.

²⁵⁴ MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo judicial: um caminho para a efetivação dos direitos fundamentais*. In AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 157-176.

²⁵⁵ MARCO, Cristhian Magnus e HUMENHUK, Hesterston de. *Os atos administrativos na sociedade de informação e a eficácia dos direitos fundamentais*. In *Revista do Direito UNISC*, ISSN: 1982-9957 Santa Cruz do Sul Nº. 47 | p. 50-77 | SET-DEZ 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>

²⁵⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhartigo *Discricionariedade Administrativa*. Curitiba: Juruá. 2001, p. 180-181. “Com respeito a como deva ser concebida a discricionariedade num enfoque garantista, esta deve ser observada em dois níveis diferentes dentro do ordenamento jurídico. No primeiro nível, considera-se a discricionariedade em abstrato, a qual não pode deixar de ser plenamente aceita no ordenamento. Isto porque, dentro do sistema normativo, a lei em tese faculta muitas vezes ao agente público a adoção de medidas em uma ou outra direção, ou de uma ou de outra forma, transferindo-lhe a competência para interpretar o sentido da lei que ordena a adoção da providência de me extrativa mais adequada ao interesse social conforme a situação apresentada.

A respeito do tema, calha mencionar o entendimento de Alexandre Morais da Rosa que, ao julgar Ação Civil Pública ajuizada contra o município de Joinville – SC, determinou que o município requerido efetivasse a matrícula de 2.948 crianças que se encontravam em fila de espera de vaga para educação infantil. Interessante é que para proferir esta decisão, o magistrado buscou fundamentos na teoria do garantismo, como se observa de trecho do *decisum*.²⁵⁷

Justifica-se tal âmbito de discricionariedade, em função de que se encontra superado o antigo modelo burocrático-administrativo descrito por Weber, no qual o agente público era concebido como simples autômato, executor de regulamentos detalhadas e precisos, caracterizando a função administrativa como simples execução direta da lei. Tal visão, hoje, é substituída pelo modelo descentralizado de gestão administrativa, o qual confere às diversas unidades da Administração Pública, uma ampla autonomia no desempenho de funções da sua competência a qual se baseia na possibilidade de adoção de medidas autônomas dentro de parâmetros gerais fixados pela lei. Agora, considerando um segundo nível da discricionariedade, ou seja, no campo de aplicação concreta, entende-se que, implementada medida, caso o destinatário alegue lesão a direitos, o ato administrativo será levado à via judicial devendo ser aqui amplamente analisada pelo julgador. Portanto, o juiz não somente pode como deve apreciar - não se confunda com a substituição de decisões - na sua inteireza, quaisquer atos oriundos do poder público, tendo como parâmetros as garantias constitucionais e os direitos fundamentais cuja diretriz política estará referida à primazia do administrado frente à administração. Para efetuar tal controle, deverá o órgão judiciário considerar os pressupostos de validade do ato em questão (motivo, a finalidade e causa), verificando se foi observada uma relação de adequação axiológico-constitucional, do ato administrativo, com aquilo que, no caso concreto possa ser o razoável, proporcional, moral, de interesses do cidadão e demais exigências principiológicas. Portanto, sob o parâmetro garantista de validade, deverão ser observados todos os aspectos substanciais dados medidas do poder público, discricionários ou não, em consonância com os direitos fundamentais do ponto de vista axiológico"

²⁵⁷ Ao julgar a ACP N° 038.03.008229-0 ajuizada pelo Ministério Público contra o município de Joinville, o Magistrado fundamentou sua decisão na teoria garantista, como se infere do seguinte trecho do julgado: "Antes de analisar a pretensão deduzida, cumpre-me esclarecer de onde analisarei o pedido de violação de Direito Fundamental: a partir do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli. Para tanto será exposta a racionalidade da proposta, fundamentadora da conclusão posterior sobre o pleito deduzido. O *garantismo jurídico* apesar de ter sua origem vinculada ao Direito Penal, evoluiu para alcançar foros de Teoria do Direito. Luigi Ferrajoli indica quatro frentes *garantistas*. A primeira está vinculada à revisão da *teoria da validade*, que preconiza uma diferenciação entre *validade/material e vigência/formal* das normas jurídicas. A segunda frente pretende o reconhecimento de uma dimensão substancial da democracia, suplantando o caráter meramente procedimental desta. Já na terceira, do ponto de vista do Juiz, se propõe uma nova maneira de ver a *sujeição à lei* somente por ser lei - aspecto formal - pretendendo que esta sujeição se dê somente quando conjugadas a forma e o conteúdo das normas. Por fim, observa a relevância da *ciência jurídica*, cujo papel deixa de ser meramente descritivo, mas ganha contornos críticos e de projeção do futuro.

Com efeito, a *Teoria Geral do Garantismo*, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à *dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais*, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantiar a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material*, na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, tendo-se em vista a supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CF, artigo 5º, § 2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos." Disponível em: http://www.conjur.com.br/2003-mai-30/juiz_manda_prefeitura_matricular_2948_crianças_sc_1?pagina=4. Acesso em 09mar2016. (Destques no original).

8. O princípio dispositivo e o garantismo processual

Depois de admitir que o termo “dispositivo” é carregado de dubiedade, José Roberto dos Santos Bedaque²⁵⁸ afirma que parte da doutrina o emprega para indicar a falta de poderes processuais por parte do juiz. Diz ainda que os processualistas alemães indicam dois aspectos relacionados a esse princípio, mas todos relacionados aos poderes do julgador. Sendo que o primeiro está ligado à propositura da ação e o segundo relacionado à estrutura interna do processo.

Também parte da doutrina emprega esse princípio para indicar o modelo de condução do processo em que o juiz fica atrelado aos atos processuais das partes, em posição oposta ao princípio inquisitivo que concede ao julgador maiores poderes na direção do processo. De outro lado, importa lembrar que a noção conceitual do princípio dispositivo deve se limitar aos sujeitos processuais envolvidos na demanda cível e isso, não obrigatoriamente, significa dotar o juiz de superpoderes, apenas podendo fazer uso desse poder nos processos em que se verifica uma patente desigualdade que justifique essa postura ou nos casos que se busque evitar condutas atentatórias à dignidade da justiça.²⁵⁹

Sem dúvida, o princípio dispositivo tem sido largamente utilizado como forma de conter os poderes instrutórios do julgador. Em palavras diretas, esse princípio significa que a “vontade relevante e decisiva do processo é das partes: consiste no poder das partes de dispor do processo civil, determinando com a sua atuação o início, o objeto, o desenvolvimento e o término do processo.”²⁶⁰

Adolfo Alvarado Velloso²⁶¹ apresenta o princípio dispositivo como sendo um método bilateral em que os sujeitos, naturalmente desiguais, discutem a demanda em condições de igualdade jurídica, tendo um terceiro que atua com autoridade

²⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 93-94.

²⁵⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 46-47.

²⁶⁰ CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 279.

²⁶¹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. 1ª ed. – Rosário: Júris, 2010, p. 29-30. “Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de poder impulsorio, ha de aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de prueba que ellas aporten y debe resolver conforme con el mandato legal y ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas.”

sobre a condução da causa, dirigindo e regulando o debate para ao final sentenciar. O entendimento da doutrina majoritária, no sistema processual dispositivo, é que as partes são donas absolutas do impulso processual, cabendo a elas ativar ou paralisar a marcha do processo e são elas que fixam os termos exatos do litígio a ser resolvido pelo juiz.

Adverte Fredie Didier Júnior²⁶² que não existe um modelo processual puramente dispositivo nem completamente inquisitivo, o que há, na realidade, na formação de cada procedimento, é a combinação de características do sistema adversarial e inquisitorial. Conclui que: “Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente dispositivo ou inquisitivo.” Assim, o mais adequado é fazer a classificação de acordo com a predominância das características de cada um dos sistemas.

Na mesma senda, Humberto Theodoro Jr,²⁶³ depois de apresentar as definições dos princípios inquisitivo e dispositivo, sendo o primeiro caracterizado pela liberdade que o juiz dispõe para a instauração e a condução da relação processual, enquanto que o segundo, dispositivo, caracteriza-se por ser atribuição das partes, tanto na iniciativa como na condução do processo, desempenhando o juiz a função de mero expectador, conclui afirmando que: “Modernamente, nenhum dos dois princípios merece mais a consagração dos Códigos, em sua pureza clássica. Hoje as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva.”

Sob a ótica garantista, cabe destacar que, efetivamente, há uma necessidade de que a decisão seja proferida com amparo na verdade dos fatos. O garantismo tem proporcionado uma mudança no campo do direito processual, não apenas no âmbito penal, mas também no campo do processo civil onde ainda se encontra muita resistência à possibilidade de o juiz tomar iniciativa probatória, mesmo se sabendo que a prova não se destina a uma das partes e sim, que tem como objetivo permitir que o julgador profira uma decisão mais próxima da situação fática ocorrida. Enfim, essa iniciativa oficial, justifica-se em nome de uma boa prestação

²⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 207-217.

²⁶³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 29.

jurisdicional. No entanto, vem ganhando corpo o pensamento em sentido contrário, conforme destaca Fernando Gama de Miranda Netto²⁶⁴ para quem “vem ganhando espaço a ideia de que o juiz deve desempenhar papel ativo na produção de provas, porque com a atividade instrutória do magistrado tem-se a garantia de que se busca a verdade.”

Importante não perder de vista que a formação do processo encontra fundamentos no texto constitucional e é dever do juiz velar pela efetividade da tutela dos interesses discutidos em juízo. De igual modo, cabe destacar que a partir da segunda metade do século XX surgiu um movimento importante consistente na constitucionalização das garantias processuais que objetivam garantias em favor das partes. Assim, a atribuição de certa iniciativa probatória ao juiz não o torna um juiz autoritário nem fascista. De modo que essa iniciativa seja bem delimitada, ou seja, ficar limitada aos fatos discutidos no processo, protegendo-se, desse modo, o princípio dispositivo. As fontes probatórias devem se encontrar indicadas na causa, evitando-se, assim, uma atuação inquisitiva capaz de vulnerar a imparcialidade judicial.²⁶⁵

É fundamentalmente no princípio dispositivo que se alicerça a doutrina garantista, pois a atitude do juiz, principalmente quanto à instrução probatória, caso não seja precedida de um requerimento das partes, seria lesão ao referido princípio. No entanto, o princípio dispositivo, na atualidade, não comporta o rigor de outrora. Tal princípio vem passando por mitigação no seu conteúdo, dando lugar para maior atuação do juiz, mesmo sem provocação das partes em razão do caráter publicista que o processo adquiriu nos últimos. Atualmente, não há mais espaço para um juiz que assuma a mera função de espectador da disputa judicial que as partes levaram até ao Poder Judiciário. A finalidade preponderante do processo, que é a pacificação

²⁶⁴ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Notas sobre a influência do direito material sobre a técnica processual no contencioso judicial administrativo*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume IV Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. www.redp.com.br ISSN 1982-7636. “O movimento garantista tem ensejado verdadeira revisão metodológica no Direito Processual, especialmente no campo do processo penal, exigindo que o julgamento seja realizado por um juiz imparcial, equidistante das partes. Tal movimento parece, no entanto, pouco influente no outros ramos do Direito Processual. No campo do processo civil, a escassez de iniciativas instrutórias oficiais constitui, ao lado da inobservância de prazos pelos agentes do juízo e da motivação superficial ou lacunosa da decisão, alvo de críticas dirigidas à atuação do juiz no que diz respeito à condução do processo e à resolução da lide.”

²⁶⁵ JUNOY, Joan Picó I. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*. In *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Coordenador Juan Montero Aroca, p. 109-127.

social através da solução de conflitos, acaba por exigir do juiz que deixe a posição de espectador, alheio à causa e assuma uma posição ativa, impulsionando o feito, produzindo provas e buscando conhecer *ex officio* de circunstâncias que antes dependiam de requerimento das partes.²⁶⁶

A consequência natural dessa mudança é que a noção de juiz como “convidado de pedra”, sob o frágil argumento de assegurar sua imparcialidade e por isso, era defeso atuar sem provocação, atualmente está perdendo espaço, pois, deve se exigir do juiz uma atuação que busque a efetiva igualdade entre as partes, não apenas no plano formal. Assim, “exige-se do juiz, no que concerne aos poderes instrutórios, que busque suprir a deficiência probatória das partes com a sua atuação *ex officio*.”²⁶⁷

Sem dúvida, um dos motes mais decantados pelos garantistas é a preservação da imparcialidade do juiz. Não se discute tal importância, pois juiz parcial não deve exercer seu mister. No entanto, calha lembrar que o magistrado, ao agir na condução do processo, inclusive no campo da produção das provas, sem necessariamente ser provocado pelas partes, não significa que ele seja parcial nem que sua atuação, nessas hipóteses, seja capaz de ferir o princípio dispositivo. Aliás, mais próximo da parcialidade está o juiz que, percebendo a hipossuficiência de uma das partes, não toma o cuidado de evitar esse desequilíbrio.²⁶⁸ Lembramos, o processo é um instrumento de resolução de conflitos e de efetivação do direito. Buscando sempre que possível o ideal de justiça. Enfim, o processo não pode se prestar ao pequeno papel de servir de palco para uma disputa em que vencerá sempre quem encenar melhor.

Desse modo, a atuação do magistrado, com o escopo de prestar a jurisdição da forma mais justa e adequada possível, mesmo que sem provocação das partes,

²⁶⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. Malheiros Editores. 25ª ed. São Paulo, 2009, p. 70.

²⁶⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Teoria Geral do Processo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª tiragem 2012, p. 57.

²⁶⁸ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Teoria Geral do Processo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª tiragem 2012, p. 62. “Ressalte-se que se busca, quando se fala em imparcialidade, que as partes estejam equidistantes do juiz. A equidistância, por sua vez, somente ocorrerá se o juiz buscar para perto de si, na mesma proporção da outra, a parte menos favorecida na relação que se iniciou. A princípio, por força das vantagens de uma das partes, a semelhança de distâncias é inexistente. Portanto, parcial será o juiz que, quedando-se inerte, não promover diligências no sentido de trazer a parte mais frágil na relação jurídico-processual para próximo de si, preservando-se, assim, a conhecida equidistância.”

não quebra o mandamento da imparcialidade do julgador, nem fere o princípio dispositivo. A esse respeito, vale destacar que o Código de Processo Civil de 2015, em vários dispositivos, mas nos referimos aqui mais especificamente, ao artigo 139 que traz a possibilidade de juiz agir sem provocação das partes, como, exemplificativamente, tomar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial. Dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. Determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais. Dentre outras possibilidades.

9. Críticas ao garantismo processual

O garantismo processual, tal qual o ativismo judicial, não está imune a críticas, ao contrário, muitas são as posições que discordam da corrente garantista. Uma das mais contundentes reside em não apresentar caminhos para resolver as questões que envolvem a proteção dos direitos e demandam maior celeridade e força na decisão, exigindo-se, assim, uma postura do Estado mais intervencionista, sem que haja prévia oitiva da parte contrária na demanda. Para a corrente garantista, situações que se antecipam os efeitos da tutela requerida, sem antes ouvir a parte contrária, seriam contrárias ao devido processo legal.²⁶⁹ Não podemos nos afastar da realidade em que muitas vezes, diante do caso concreto, necessário se faz a antecipação do provimento jurisdicional vindicado, antes da concreção da bilateralidade processual, ficando, portanto, o exercício do contraditório para um momento futuro, mas isso não quer dizer que houve violação às regras processuais, há, apenas uma postergação desse direito.

É inegável que a doutrina garantista coloca em posição de maior evidência as cláusulas de natureza processual, destacando-se, primordialmente, o mandamento constitucional do devido processo legal. De modo que, a imparcialidade do julgador,

²⁶⁹ NETO, Armênio Clovis Jouvin. *Garantismo processual x ativismo judicial. Algumas reflexões sobre o conflito entre as duas teorias*. In *O Direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. Coord. Arlete Inês Aurelli et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 71.

o contraditório processual e a ampla defesa formam o alicerce do provimento judicial. Ao contrário do que defendem os ativistas em que o juiz tem como escopo maior, resolver o problema, sem que haja, necessariamente, previsão legislativa ou até sem requerimento da parte. “Para o garantismo, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade.”²⁷⁰ No entanto, essa posição é objeto de críticas por valorizar mais a forma do que o conteúdo, ou seja, colocar como principal meta a preservação das regras processuais, em sacrifício do direito material em si, não é fazer justiça nem atinge a jurisdição seu objetivo fundamental que é a pacificação social.

O ativismo judicial chega a ser considerado por parte da doutrina como uma “forma virulenta de pragmatismo jurídico.” De maneira que o julgador que assume uma postura ativista estaria disposto a transgredir aquilo que a Constituição estabelece; as decisões anteriores da mais alta corte do Judiciário; as tradições construídas pela cultura política. Enfim, o juiz ativista fecha os olhos para tudo isso fazendo valer sua vontade ou seu ideal de justiça aos demais órgãos de poder estatal. O direito, como um sistema, abomina qualquer forma de ativismo judicial.²⁷¹

Outra severa crítica dos garantistas contra o movimento ativista judicial reside na afirmação de que o juiz, ao agir *ex officio* na produção de provas, perde a condição de terceiro imparcial, logo, não poderia julgar a causa. A crítica não se sustenta, como bem assinala Giovanni Verde²⁷², “En realidad, cuando el juez ejercita poderes instructorios oficiosos, no los ejercita a favor o contra una parte, sino en función de la completa y correcta determinación de los hechos.” Outra ressalva que se faz ao garantismo reside no fato de que, como esse sistema se aproxima do modelo processual adversarial, acaba refutando qualquer outro modelo que não guarde proximidade com esse sistema, procurando fazer uma correlação entre o

²⁷⁰ RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451/452.

²⁷² VERDE, Giovanni. Apostila. In AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 169.

sistema que concede poderes ao juiz para produzir provas, sem provocação da parte, como um sistema autoritário e nem sempre isso se confirma.²⁷³

O garantismo também sofre críticas por procurar resolver os conflitos apenas com base no ordenamento e na hermenêutica. De modo que o campo de resolução fica bastante limitado.²⁷⁴ Diversamente do que ocorre com o ativismo judicial.

Consta ainda das críticas ao garantismo extremado, o fato de que o juiz, ao ser provocado para apresentar a solução ao caso concreto, principalmente, em situações que envolvem o direito à saúde, e, em consequência, o próprio direito à vida, de acordo com o que assegura o artigo 196 da Constituição Federal, situação em que a resolução do problema exige uma postura invasiva do Poder Judiciário no campo naturalmente reservado ao Poder Executivo. Dentro da ótica garantista, o problema concreto jamais poderia ser resolvido pelo Judiciário, ainda que esteja em situação de risco um direito fundamental.²⁷⁵

²⁷³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Reflexões sobre o garantismo processual: Será o modelo adversarial a única medida certa para essa doutrina?* In DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 429-441.

²⁷⁴ POSADA, Socorro Vásquez. *El garantismo en el ejercicio de la función judicial*. In *Garantismo y crisis de la justicia*. 1ª edición, Universidad de Medellín, p. 107-126.

²⁷⁵ CARVALHO, André Castro. *O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos*. In AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do (coord.) *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 13-45.

CAPÍTULO - IV

O ATIVISMO JUDICIAL

Impossível falar sobre ativismo judicial sem antes fazer uma breve digressão a respeito da teoria da separação dos Poderes, ainda que de maneira bastante superficial, pois este tema não é o objetivo central desse trabalho.

1. O ativismo judicial e a separação dos poderes

A noção de separação dos Poderes, da forma que atualmente se estuda, não é tão antiga. É inquestionável, porém, que a ideia de separação é bastante antiga. Ainda na época da Antiguidade Clássica, com lastro nas teorias desenvolvidas por Platão e por Aristóteles, passou-se a aceitar a tese de que o Estado desempenhava, independente de qual modelo adotasse, três funções primordiais, quais sejam: a função de legislar, a de julgar e a de executar.²⁷⁶

Essa conceituação sobre a separação dos Poderes ampara-se na chamada Constituição mista, que seria aquela Constituição que contou, na sua formação, com a participação de diversos grupos sociais ou também naquela Constituição que permite, no exercício do poder estatal, a participação de vários segmentos da sociedade, em vez de ser este poder exercido por uma única pessoa. Essa modalidade de Constituição é distinta da chamada Constituição pura em que somente uma classe social ou pequeno grupo exerce o Poder Político do Estado.²⁷⁷

Já demonstramos, em passagem anterior, que o Poder é uno. A rigor, o que se dividem são as funções, mas a unicidade do Poder faz parte da ideia de Estado soberano.

Como visto, não foi Montesquieu o primeiro estudioso a cuidar da separação dos Poderes (ou das funções) do Estado, mas foi quem lhe atribuiu a sistemática que na atualidade se estuda. Essa teorização da separação dos Poderes pensada pelo Barão de La Brède (título dado a Montesquieu), sem dúvida, constitui um dos

²⁷⁶ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Cap. 1.p. 21.

²⁷⁷ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional. Uma contribuição para o Estudo das suas origens e Evolução*, 1989, p. 33.

pilares ou talvez o pilar mais importante para manutenção do equilíbrio e da estabilização do Estado Democrático.²⁷⁸

É indiscutível que a sociedade evolui, que os tempos mudam, que as necessidades das pessoas também se modificam e, como o direito é um fenômeno social, também se modifica de acordo com as mudanças enfrentadas pela sociedade. Assim, torna-se fácil perceber que a teoria da separação dos Poderes, idealizada por Montesquieu exige algumas mudanças para sua adaptação à sociedade de hoje. Queremos dizer com isso que, o formato dado por Montesquieu à teoria da separação dos Poderes não mais ostenta o rigor da época em que foi pensada. A teoria sobre a separação dos Poderes não é, e talvez nunca tenha sido, uma teoria hermética. Quer dizer, não se trata de teoria absoluta. A relativização da teoria de Montesquieu reforça a harmonia entre os Poderes. Isso se verifica bem na Constituição Brasileira de 1988 que traz situações em que o Legislativo julga (art. 52, I), em que o Executivo cria normas (art. 62) e também em que o Judiciário edita normas de natureza legislativa (art. 96, I, "a"). Importa ressaltar que o embrião da ideia de separação dos Poderes foi desenvolvida com o objetivo de conter o Poder uno e indivisível do Estado sobre os cidadãos, ou seja, com o intuito de assegurar as liberdades dos indivíduos frente ao Poder do Estado.²⁷⁹

²⁷⁸ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Cap. 1.p. 26. "A mais conhecida obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, publicada em 1748, discorre sobre formas de governo, autoridade política e tripartição dos poderes, dentre outros assuntos, os quais influenciaram as doutrinas do direito constitucional e da ciência política; por isso, é considerado pensador contemporâneo, embora tenha vivido durante a fase do iluminismo. Nesse livro, falou acerca da legalização da autoridade, para evitar a violência e a arbitrariedade, e apresentou a Teoria da Tripartição dos Poderes.

Tal teoria expôs tanto a distribuição, a limitação e o controle do poder político, quanto à distribuição racional do Estado. Apresentou igualmente a tese de que há três tipos de governo: monárquico, republicano e despótico, cada um com características distintas. Na monarquia, o poder recai sobre uma só pessoa, é regido por regras fundamentais; na república, a procura pelo bem comum, público, e pela virtude resulta na associação de todos; no despotismo, também ocorre o monopólio, mas sem leis regulamentares. Enquanto a monarquia e a república recorrem às leis para governar, o despotismo emprega a arbitrariedade.

A tripartição de poderes funda-se na liberdade e na justiça, sem as quais a sociedade se instalaria em bases instáveis. A liberdade política se torna fundamental, ainda que as leis se configurem como instrumento de poder, pois regem as relações entre governantes e governados. A natureza humana está sujeita a erros e "[...] todo homem que tem o poder é levado a abusar dele [...]". Tudo se perderia caso a mesma pessoa ou os mesmos governantes, ou grupo dos governados, exercessem simultaneamente os três poderes: criar leis, executá-las e julgar crimes e litígios dos cidadãos. A fim de que não houvesse abusos, é imprescindível que o poder contenha a ele próprio; por isso, a divisão é fundamental".

²⁷⁹MATTOS, Karina Denari Gomes de. *Ativismo Judicial: Limites da criação judiciária no Estado de Direito*. ISSN 1677-1281. Presidente Prudente, 2011, p. 12. "Alerta-se, então, que não se apresenta o estudo da Separação de Poderes como axioma do Estado de Direito ou teoria impenetrável e indiscutível do modelo adotado pela Constituição de 1988, mas como a adoção historicamente

Essa tripartição dos Poderes, de acordo com Montesquieu, baseia-se no ideário de justiça e de liberdade dos indivíduos frente ao Estado, de maneira que sem ela, a sociedade ficaria sem base sólida. A liberdade política apresenta-se indispensável, mesmo que as leis sejam resultado da demonstração de poder que regula a convivência entre os governantes e os governados.²⁸⁰

No modelo de Estado em que vivemos hoje, diversamente do que ocorre no modelo *laissez faire*,²⁸¹ o Estado assume o papel de protagonista na direção dos rumos a serem seguidos pela sociedade. Isso exige, por outro lado, que o rigor, inicialmente estabelecido sobre a separação dos Poderes, comporte significativa mitigação. Sob esse ângulo de visão, o processo judicial também ganha destaque como instrumento de transformação social. Quer dizer, no modelo de Estado social, o processo deixa de ser apenas um palco de litigância dos interesses privados. Nesse formato, a presença do Estado torna-se mais presente na vida das pessoas, de maneira que o processo ganha relevo como instrumento de efetivação de direitos e também como meio de defesa das pessoas.²⁸²

utilizada pelos Estados Modernos para uma divisão funcional e equilibrada desta atividade tão complexa que é o governo dos povos.

Desenvolvida e incorporada ao constitucionalismo por Montesquieu, (2000) no século XVIII, originariamente foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos, ao limitar o poder uno e indivisível do Estado 'Leviatã'. Nessa concepção das funções típicas entre três órgãos independentes, autônomos e harmônicos entre si: os Poderes Executivo (função administrativa), Legislativo (função legislativa) Judiciário (função julgadora).

²⁸⁰ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Cap. 1.p. 26.

²⁸¹ COSTA, Fernando Nogueira da. Fundamentos e Limites do Princípio do "Laissez-Faire" ou da Não-Interferência Governamental. In História do Pensamento Econômico. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.wordpress.com>. Acesso em: 14ago2016. "*Laissez-faire* é hoje expressão-símbolo do liberalismo econômico, na versão mais pura de Capitalismo de que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência. Esta Filosofia Econômica tornou-se dominante nos Estados Unidos e nos países ricos da Europa, durante o final do século XIX até o início do século XX. Nesta era, conhecida por ser dominada por "barões-ladrões", os carteis e trustes a desmitificaram. Ela é parte da expressão em língua francesa "*laissez faire, laissez aller, laissez passer*", que significa literalmente "*deixai fazer, deixai ir, deixai passar*". A sua origem é incertamente atribuída ao comerciante Legendre, que a teria pronunciado em reunião com Colbert, no final do século XVII: *Que faut-il faire pour vous aider?* perguntou Colbert. *Vous laissez faire*, teria respondido Legendre."

²⁸² SILVA, Carlos Augusto. O processo civil como estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da política no Brasil. Cap. 1, págs. 8-9. "Se um Estado objetiva deixar os rumos da sociedade ao alvedrio dos atores sociais, a sociedade civil ocupa posição de destaque no cenário político. Ao Estado descaberia papel preponderante, com poder de transformação social. Nesse tipo de Estado, a forma assumida pelo processo judicial é mais relevante do que o conteúdo da decisão.

Sob outra perspectiva, ao Estado caberia estabelecer visões sobre o que é bom para a sociedade e, conseqüentemente, dirigi-la pelo caminho escolhido. As instituições sociais poderiam ser moldadas de acordo com o desiderato estatal. A presença do Estado nos mais diversos aspectos da vida social é maciça. A administração da justiça e a formatação do processo judicial. O processo judicial não poderia passar incólume ao dirigismo estatal. O processo judicial deixa de ser visualizado

Dissertando sobre a ideia de separação dos Poderes e ativismo judicial, Elival da Silva Ramos²⁸³ esclarece que o embrião do Estado democrático se desenvolve sob a égide da juridicização do Poder. O ordenamento se estrutura a partir de um ato de soberania do Estado, de forma que os órgãos de Poder não podem ficar submissos uns aos outros. O denominado Estado constitucional se estrutura pela noção de que o próprio Estado deve obediência ao ordenamento jurídico e o elemento norteador desse modelo de Estado é a separação dos Poderes.

O que resta indiscutível, nos tempos atuais, é que o rigor da separação das funções do Estado ou a separação dos Poderes, comporta boa flexibilização. As premissas tradicionais do Estado, concernentes à divisão dos Poderes, bem como a demarcação entre o Estado e a sociedade civil, em decorrência dos aspectos democrático, econômico, caracterizado por um mercado que vivencia a livre concorrência e também pelos ares que povoam a democracia política, em que o Parlamento assume a função de órgão estatal responsável por fazer valer a vontade do povo, contribui para uma profunda transformação sobre a ideia inicial sobre a separação dos Poderes.²⁸⁴

Na mesma senda, concernente à relativização da separação dos Poderes, José Rodrigo Rodriguez afirma que o Brasil vive um momento de abertura das

como mera disputa entre sujeitos privados, indiferente ao interesse estatal. A condução dos processos judiciais deve, nessa visão ativa do Estado, ser controlada por agentes estatais.”

²⁸³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed. Editora Saraiva, 2010. “Portanto, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins²⁶⁹, o que, à evidência, está sujeito a toda sorte de condicionamentos históricos, não se podendo, por exemplo, impugnar a cientificidade do modelo concebido por Montesquieu, no século XVIII, tendo em vista a implantação de um Estado democrático-liberal, com os olhos voltados para o *welfare state* de nossos dias. Esse elemento é o que mais profundamente mergulha no tempo, por estar relacionado à própria ideia de divisão de trabalho. Em segundo lugar, propõe-se que essas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, o que exige dotar-se cada uma delas de determinadas prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, estando a eles vedada, por outro lado, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam. É de se acrescentar, ainda, que a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade³⁷¹, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado. Esse ponto ótimo do rateio de funções entre os Poderes [estruturas orgânicas independentes] deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade. Nesse terceiro aspecto reside a contribuição inovadora da proposta veiculada no *Espírito das leis*, porquanto se na *Política* de Aristóteles já se fez um inventário das funções estatais, nada autoriza a concluir que o Estagirita ‘observasse empiricamente ou desejasse teoricamente a atribuição dessas três funções a diferentes órgãos’.”

²⁸⁴ BARCELONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. *La formación del jurista. Capitalismo monopolista y cultura jurídica*. 3ª ed. Madri. Civitas, 1988, p. 19.

instituições, de modo que o Poder Executivo cede espaço para participação direta do povo, através dos diversos conselhos. O Legislativo ao admitir leis de iniciativa popular e do próprio Judiciário tem-se mostrado cada vez mais presente no cenário político e admitindo a participação direta do povo, como ocorre com a realização de audiências públicas.²⁸⁵

Importa lembrar que, pelo menos para parte da doutrina, a existência de um Poder Judiciário ativo não causa nenhuma lesão ao princípio da separação dos Poderes ou separação das funções, por isso a noção de separação não pode ser vista como uma coisa absoluta, sendo perfeitamente possível, comportar alguma relativização. Ademais, no caso Brasil, que vive um Estado Democrático de Direito social, de forma que todos os Poderes têm uma parcela a cumprir na efetivação dos mandamentos previstos na Constituição.²⁸⁶

O que não se pode negar é que, no Estado Social, a função de concretizar os direitos previstos na Constituição não deve ficar a cargo de apenas um dos Poderes, todos devem atuar nesse sentido, suprimindo inclusive as lacunas eventualmente deixadas por um ou outro, de forma que as pessoas não fiquem sem a quem recorrer, mormente quando se trata da implementação de qualquer política pública.

Também é certo que a justicialidade, com o intuito de fazer valer determinados direitos, demanda a existência de uma nítida separação dos Poderes,

²⁸⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro) – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 186. “No Brasil, o momento é de redesenho das instituições em todos os níveis, desde a abertura do Executivo para a participação popular direta por meio de conselhos variados, conferências nacionais e agências reguladoras, até a mudança de função do Poder Judiciário, cada vez mais ativo na arena política pela escolha entre as várias alternativas técnico-jurídicas definidas em função do material normativo e do contexto de cada decisão.”

²⁸⁶ PAULA, Sturion Alexandre de. *Ativismo judicial no Processo Civil – Limites e Possibilidades Constitucionais*. Cap. 9, p. 202-203. “Há muito tempo vem se observando algumas decisões do Poder Judiciário em questões até então concebidas como atribuições exclusivas dos demais Poderes, judicializando políticas públicas sob o manto da efetividade das normas e princípios constitucionais. Embora muito criticada tal postura, mormente por quem acredita que os três Poderes possuem funções estanques, o que a nosso ver é um ledó engano, dado que a República e o Estado brasileiro são unos, sendo apenas repartida suas funções em três Poderes, possibilitando-se o sistema de freios e contrapesos, o que significa em hipótese alguma que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não se comuniquem e, principalmente, não possuam idênticos deveres quanto aos fundamentos e objetivos republicanos consagrados no texto constitucional.

Em sendo, portanto, um único Poder, uma única República, um único Estado Democrático de Direito social, é dever de todos os Poderes agir ativamente no cumprimento dos preceitos constitucionais, de forma que não há ingerência de Poderes quando um ou mais destes se omitem quanto a um crédito atribuído ao cidadão ou à sociedade e outro venha a concretizar tal crédito, deixando-se patente, ainda, que ao Poder Judiciário não é dada a faculdade de manifestar-se ou não diante de uma ameaça ou lesão ao direito, mas sim o dever de realizar a prestação jurisdicional, monopólio estatal. Ressalte-se que a Constituição brasileira obriga o Poder Judiciário a dizer o direito (artigo 5º, XXXV).”

porém, atualmente, não mais se exige essa separação de forma quase que extremamente rígida.²⁸⁷

2. Ativismo judicial e a judicialização da política

A doutrina brasileira,²⁸⁸ aponta várias razões justificadoras da judicialização da política que, a título exemplificativos pode-se apontar: a própria ideia de separação dos Poderes; a ineficiência operacional dos órgãos de detêm poder; o sistema democráticos; os vários meios de se exercitar os direitos políticos na atualidade e a utilização do Poder Judiciário, por grupos de oposição, para questionar determinados atos que se apresentam como ameaça ao exercício de algum direito. Também está entre as razões da judicialização da política o controle de constitucionalidade, a constitucionalização do direito infraconstitucional, que ganhou relevância após a Segunda Guerra Mundial, e também a postura de atuação do Poder Judiciário que não sofre nenhum desgaste, de natureza eleitoral, quando toma decisões que não encontram boa aceitação no seio da sociedade, diferentemente do que ocorreria se fossem tomadas por agentes políticos que dependem do voto popular para serem reconduzidos ao poder periodicamente.

As primeiras noções sobre o ativismo judicial remontam ao direito norte-americano, em razão de ter sido nos Estados Unidos que o Poder Judiciário ganhou relevância frente aos demais Poderes. Nessa época, inúmeros temas, comumente afeitos às demais esferas de Poder, foram objeto de discussão no Poder Judiciário. Com isso, muitos dos temas que seriam da esfera Legislativa ou Executiva foram

²⁸⁷ FILHO, José Geraldo Alencar. *Judicialização da política e ativismo judicial: Estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial*. Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2011, p. 106-107. “Por um tempo fora compatível que o chamado exercício da justicialidade de direitos necessitava de uma separação ente poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, porto que fosse necessário que aquele que criasse o direito não pudesse dispor de sua aplicação e interpretação, a pretexto de exercício de um poder tirano, o que não mais acontece.

No entanto, apontamos para o fato de que uma omissão legislativa crescente, haja vista a falta de estrutura dos próprios poderes legislativos, sobretudo em países periféricos e em desenvolvimento, talvez porque seus políticos são despreparados, afora a falta de uma cultura política de escolha dos representantes e seriedade das eleições, além da própria inadequação prática do Poder Legislativo para exercer de forma célere e efetiva, a tutela dos fatos sociais e anseios, por meio do direito legislado; induzem a ingerência maior dos demais Poderes da República para solucionar os casos que estão ficando sem solução.

²⁸⁸ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Cap. 1.p. 67.

decididos pela Corte Suprema. Com amparo nesses fatos, parte significativa da doutrina aponta a jurisprudência norte-americana como o berço do movimento chamado ativismo judicial.²⁸⁹

Na mesma linha do acima indicado, é a lição de Luiz Roberto Barroso para quem o ativismo judicial teve origem na jurisprudência norte-americana e como marco inicial a decisão sobre a segregação racial e outras causas envolvendo direitos fundamentais.²⁹⁰

No entanto, essa afirmação no sentido de que o surgimento do ativismo se deu na jurisprudência norte-americana, não é consenso na doutrina nacional. Nessa trilha, afirma João Carlos Medeiros de Aragão²⁹¹ que o termo 'ativismo judicial' teria sido empregado pela primeira vez no final do Século XIX por Franz Klein com o objetivo de justificar a posição proativa de alguns julgadores na resolução de algumas controvérsias. Em 1916, na Bélgica, o termo ganha destaque na imprensa.

Ainda a respeito de quando o Judiciário assumiu a postura de Poder, com força para interferir na seara política do Estado, Dalmo de Abreu Dallari afirma que isso adquiriu aspecto de consagração com o caso *Marbury vs. Madison* oportunidade em que a Corte Suprema dos Estados Unidos da América, em 1803, seguindo o entendimento exarado no voto do Presidente da Corte, John Marshall consagrou a doutrina do controle dos atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo, podendo, inclusive proferir a nulidade.²⁹²

²⁸⁹ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Cap. 1.p. 59.

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br>. Acesso em 17set.2015. "As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973)".

²⁹¹ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*.

²⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 91.

Sobre a origem do termo, Geórgia Lage Pereira Carmona²⁹³ afirma que esse tema tem causado muita celeuma no meio doutrinário e jurisprudencial. Basicamente em relação à origem e o campo de abrangência. Sobre essa temática conclui afirmando que: “Para Carlos Eduardo de Carvalho, o termo surgiu na Bélgica, em 1916. Segundo a professora Vanice Regina Lírio do Valle, o termo ativismo judicial foi citado pela primeira vez pelo jornalista americano Arthur Schlesinger.”

Flávia Santiago Lima e Glauco Salomão Leite²⁹⁴ afirmam que a discussão em torno da expressão ativismo judicial já não é tão recente, fazendo parte das discussões acadêmicas, entre os constitucionalistas e os cientistas políticos norte-americanos e também frequenta os debates no seio da opinião pública em geral. Dizem que a expressão foi utilizada pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr, em 1947, com o objetivo de apontar a divisão ideológica existente entre os membros da Suprema Corte dos Estados Unidos. Assim, chamou um grupo de ativistas. Nessa classificação estavam os juízes Hugo Black e William O. Douglas. Ao outro grupo ele denominou de “campeões da autocontenção” que era integrado por Felix Frankfurter e Robert Jackson. O grupo liderado por ‘Black-Douglas’ tinha a crença de que a Corte Suprema tinha o dever e podia desenvolver uma função de natureza afirmativa, principalmente, quando se pretendia alcançar a “promoção do bem-estar social.” De modo que, o Direito e política seriam esferas inseparáveis e por isso, o Judiciário tinha que atingir resultados, com suas decisões, “socialmente desejáveis.”

²⁹³ CARMONA, Geórgia Lage Pereira. *A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 19set2015.

²⁹⁴ LIMA, Flávia Santiago e LEITE, Glauco Salomão. *Ativismo judicial ou autocontenção? A decisão vinculante no controle difuso de constitucionalidade e suas repercussões institucionais*. R. do Instituto de Hermenêutica Jurídica. – RIHJ. Belo Horizonte, ano 12, nº 16, p. 93-113, jul./dez. 2014. “Para os adeptos da autorrestricção, o direito se manifesta por meio de uma linguagem objetiva, de sorte que se afastar do seu sentido seria uma atitude considerada inapropriada por parte do magistrado. Com isso, almeja-se resistir a intromissões judiciais para ser deferente à vontade dos outros poderes estatais, com apoio no postulado da separação dos poderes e na confiança sobre o processo democrático. Curioso notar que, mesmo mostrando simpatia pelo ativismo judicial atribuído ao grupo “Black-Douglas”, Schlesinger reconhece que essa posição representa riscos para o regime democrático. Por isso, sugere que o ativismo judicial deve se limitar à proteção dos direitos e liberdades individuais. Em seu texto, Schlesinger não se preocupa em discutir o papel adequado do Poder Judiciário, restringindo-se a descrever a Suprema Corte norte-americana em um específico momento histórico: o ano de 1947 representava uma década após o fim da Era *Lochner*, período em que o Tribunal foi bastante criticado por proferir decisões baseadas em doutrinas do liberalismo econômico. Além disso, o autor não deixou claro quais critérios poderiam ser utilizados para adjetivar uma decisão como ativista, o que traz dificuldades na tentativa de uma abordagem mais adequada sobre a forma de agir das Cortes. A rigor, em vez de articular fundamentos e princípios para discutir práticas ativistas, Schlesinger enfatiza traços subjetivos dos juízes da Suprema Corte, personificando o ativismo judicial e a autocontenção.”

De outra banda, Frankfurter e Jackson defendiam a tese de que havia um plano divisor, que tinha como meta conter as decisões judiciais, respeitando, assim, as escolhas políticas delineadas pelo Poder Legislativo e pelo Executivo.

As locuções ativismo judicial e judicialização da política, embora parte da doutrina as considere sinônimas, disso, a rigor não se trata. A judicialização é termo que comporta carga semântica ampla, tanto pode ser utilizado no sentido de que determinada questão seja analisada na esfera judicial, tendo-se essa via como a preferida para se buscar a solução de conflitos como também pode ser empregado com o intuito de indicar a ampliação do Poder Judiciário em razão da elevada quantidade de processos judicializados. A judicialização se apresenta como a técnica de interferência do Poder Judiciário nas instituições de natureza político-social ela é resultado da competência que o Judiciário ostenta para examinar os atos produzidos tanto pelo Legislativo como pelo Executivo.²⁹⁵

A judicialização da política está mais próxima da ideia de modificação de temas políticos em jurídicos, mormente quando estamos diante de questões relacionadas aos direitos e garantias fundamentais, casos em que normalmente se exige uma atuação do Judiciário para preservá-las. Já a noção de judicialização da política, por sua vez, decorre da própria ideia de equilíbrio entre os órgãos do Estado dotados de poder. Torna-se mais evidente o aspecto indicador da judicialização da política, quando o próprio jurisdicionado provoca o Judiciário e também quando os demais órgãos do Estado passam a aceitar as decisões oriundas do Judiciário, na sua esfera de atuação. “A judicialização da política pode ocorrer independentemente do ativismo judicial e este também pode se verificar sem aquela.”²⁹⁶

²⁹⁵ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Cap. III, item 3.2.2, p.66. “Assim, pode-se considerar que a judicialização se configura como o fenômeno da influência do Poder Judiciário nas instituições político-sociais. Tate e Vallinder a conceituaram bem como examinaram as causas e as condições em que tal evento ocorre. Eles entendem que tanto a politização da justiça como a judicialização da política são expressões correlacionadas, pois exprimem as consequências da difusão do Judiciário no processo de decisão das democracias atuais. Consoante Vallinder, responsável pela conceituação do termo, a judicialização da política ocorrer de alguns modos, sobretudo na atuação dos tribunais no que tange à revisão dos atos do Executivo e os do Legislativo com fundamento no sistema de freios e contrapesos e na Constituição, bem como no aumento dos métodos de tomada de decisão judicial, contexto no qual se destaca a relação até inexorável entre política e direito”.

²⁹⁶ SOARES, José Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010, Cap. 1, p. 07.

Ainda apontando as diferenças entre ativismo judicial e judicialização da política, esclarece João Carlos Medeiros de Aragão²⁹⁷ que o ativismo judicial resulta de opções a serem tomadas pelo julgador no momento de aplicar e interpretar as normas de natureza constitucional, enquanto que, por judicialização entende-se a adoção de certo referencial constitucional. Enfim, quando os demais poderes repassam para o Poder Judiciário o encargo de tomar determinada atitude que normalmente seria da esfera Administrativa ou Legislativa, ficando o Judiciário com a missão de estabelecer normas de comportamento, temos a judicialização da política.

A judicialização da política está relacionada à possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, que é uma garantia constitucional de todos, sejam pessoas físicas, jurídicas ou até entes sem personalidade, com o objetivo de estancar ou de evitar lesão ou ameaça a qualquer direito. Por outro lado, com sentido diverso, está o ativismo judicial que ocorre quando o juiz adota uma postura, tomando a iniciativa para concretizar direitos e garantias. A doutrina aponta, basicamente, três modalidades de ativismo judicial. a) ativismo em favor dos direitos constitucionais; b) ativismo judicial legislativo e c) proativismo judicial.²⁹⁸

²⁹⁷ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Cap. III, item 3.2.4, p.68.

²⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. STF – ativismo sem precedentes? Fonte: O Estado de São Paulo, 30/05/2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br>. Acesso em 15ago2016. “No ativismo pró-direitos fundamentais, o juiz adota postura ativa em favor da concretização dos direitos e das garantias do cidadão. Atua por conta própria, proativamente. Exemplo: todas as vezes que o juiz ou o tribunal concede um habeas corpus de ofício ele atua por conta própria, em favor da liberdade individual. Esse ativismo é distinto da judicialização, porque nesta o juiz assume atitude passiva (ne procedat iudex ex officio).

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos.

Mas existe outro tipo de ativismo judicial - o ativismo judicial legislativo - que consiste em o juiz tangenciar a atividade legislativa para complementar o ordenamento jurídico, ou seja, para dar os contornos finais do Direito. O STF está fazendo disso uso constante nas suas súmulas vinculantes.

No ativismo judicial que complementa o Direito há uma espécie de intromissão do Judiciário na função legislativa. O juiz, nesse caso, revela (a palavra está sendo utilizada sem conotação religiosa) o Direito existente no ordenamento jurídico. Ele ativa o sentido e a extensão de um princípio, por exemplo. Do princípio democrático de que todo o poder emana do povo o Supremo Tribunal Federal extraiu a regra da fidelidade partidária, que impede o político de mudar de partido injustificadamente depois da eleição. Essa regra não estava expressamente prevista, mas latente, no ordenamento.

Uma terceira espécie de ativismo judicial ainda pode ser destacada. Neste caso, o juiz assume uma postura legiferante inovadora, ex novo, ou seja, aqui o Judiciário inova o ordenamento jurídico. Invade totalmente a função legislativa. Trata-se de um proativismo, visto que o juiz se antecipa ao legislador

Na mesma linha de pensamento, Luís Roberto Barroso²⁹⁹ assevera que a *judicialização* corre quando algumas questões que se apresentam com uma elevada carga política ou social são resolvidas pelo Poder Judiciário, quando o esperado é serem da alçada dos demais poderes.

É bem verdade que os termos ativismo judicial e judicialização da política guardam proximidade, mas não se cuida de expressões com a mesma carga semântica, como bem esclarece Luís Roberto Barroso ‘são primos’, logo fazem parte da mesma família, mas isso não significa equivalência semântica.

José dos Santos Carvalho Filho³⁰⁰ afirma que a judicialização da política se caracteriza no momento em que matérias de natureza social são carreadas ao Poder Judiciário com o objetivo de que este possa resolver o conflito materializado e busque a pacificação da sociedade através do exercício jurisdicional.

Elival da Silva Ramos³⁰¹ afirma que o ativismo judicial se caracteriza quando a função típica do Poder Judiciário que é julgar e resolver conflitos resta ultrapassada para além dos limites que lhe foram postos pelo ordenamento jurídico.

A judicialização da política é fruto de situações que muitas vezes são alheias à função jurisdicional, mas com ela relacionadas. Em muitos casos decorrem da inoperância do Estado em implementar determinados direitos dos cidadãos que se

do futuro e cria, ele mesmo, uma nova regra, que não pode ser inferida de nenhuma outra fonte normativa existente. No proativismo, o juiz muda, por conta dele, o rumo do ordenamento.”

²⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: www.oab.org.br/editora/revista. Acesso em 21set.2015. “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

³⁰⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho, *Ativismo Judicial e Política*, Revista Jurídica Consulex, Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

³⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129 “(...) exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.”

encontram previstos no texto constitucional, mas sem nenhuma efetividade. De outra banda, o ativismo é fruto de uma interpretação que ultrapassa as fronteiras inicialmente traçadas pelo legislador para o Poder Judiciário.³⁰²

O termo ativismo está relacionado à situação em que o juiz faz uso de seu poder com o objetivo de concretizar decisões de natureza política e que realizam políticas públicas. O ativismo pressupõe uma escolha na decisão judicial na direção de uma política pública. Quando nos referimos ao termo judicialização da política, não podemos nos afastar da ideia de houve um hiato na esfera de atuação do Poder Legislativo, permitindo que o Judiciário, nessa situação, possa interferir até em questões de natureza interna do Legislativo.³⁰³

Importa salientar que a expressão *ativismo judicial* não está imune a severas críticas por parte da doutrina.³⁰⁴ Para quem a expressão acaba sendo empregada

³⁰² SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 169-189.

³⁰³ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Cap. III, item 3.2.4, p.68-69. “Dessa forma, constata-se que ativismo judicial e judicialização da política não podem ser entendidos como equivalentes semanticamente, nem podem ser confundidos um com outro. O ativista é aquele magistrado que se vale de seu poder para realizar decisões políticas, as quais resultam em políticas públicas; que não restringe suas decisões aos princípios da segurança jurídica nem da coerência com o direito; e que refuta decisões dos outros poderes. O ativismo judicial significa que houve tomada de decisão política, a escolha por determinada linha de atuação política – com o juiz como protagonista político. Pode-se dizer que o ativismo decorre do aumento da desconfiança do Legislativo por parte da população.

Quanto à judicialização da política, a ideia é que, ao encontrar uma lacuna na atuação do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal analisa, julga e decide ações e atos normativos, inclusive os de caráter interno, originados daquele poder.

Desse modo, ainda se encontra certa dificuldade de identificar o ativismo judicial em razão dos problemas referentes à interpretação da Constituição. Para que dada decisão seja efetivamente considerada como ativismo judicial, é necessário que o parâmetro que o caracterize não seja passível de suscitar opiniões divergentes, como as corretas leitura e interpretação de uma norma constitucional.”

³⁰⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial, *in* As novas faces do ativismo judicial, Juspodivm. Salvador, 2013, p. 388-389. “Mesmo no país em que cunhada pela primeira vez, a expressão *ativismo judicial* padece de indeterminação semântica geradora de confusões doutrinárias. Bradley Canon, em artigo seminal na busca da descrição das características concretas de uma decisão ativista, inicia o seu texto declamando justamente da difusão por comentaristas de concepções disparatadas e desarticuladas do fenômeno, capazes de retirar seriedade ao termo e de deixar os que desejam entender a discussão desamparados, numa ‘babel desconexa’.

A própria nomenclatura *judicial activism* surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a *Fortune*, ‘entre propagandas de whisky e Aqua Velva’. O autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947. Não estava motivado por nenhum propósito de declinar alguma teoria do papel do Judiciário; ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais, vistas como a melhor explicação para as polarizações de mérito nas questões levadas ao Tribunal. Tratava-se, pois, de um relato de mexericos com o evidente intuito de cativar um público

sem o cuidado devido e padece de precisão conceitual e por isso causa situações inusitadas e embaraçosas. Até em países onde a expressão foi utilizada inicialmente, não se goza de precisão semântica e mesmo lá, continua causando embaraços no meio doutrinário. Ainda no mesmo contexto, afirma o citado autor que a expressão continua sendo utilizada sem preocupação com os elementos que a constituem.

Ricardo Lewandowsky³⁰⁵ rejeita a expressão ativismo judicial porque o Judiciário só age por provocação. Como a Constituição é baseada em princípios, há um espaço muito grande para a atuação do Judiciário, por isso melhor seria falar em protagonismo judicial. A ideia de ativismo pode induzir ao entendimento de que o Judiciário seria um invasor do espaço destinado aos outros Poderes. Hoje, o Juiz tem uma atividade bem mais criadora, mas que possui limites que não podem ser ultrapassados e esses limites são aqueles traçados na Constituição.

Nos Estados Democráticos, o direito e a política, mesmo não vivendo uma simbiose, em muitos casos, andam muito próximos, às vezes, trilhando o mesmo caminho. Basta pensarmos na hipótese de controle de constitucionalidade preventivo, quando um parlamentar ajuíza ação de controle de constitucionalidade contra a tramitação de projeto de lei que ele (parlamentar) considera inconstitucional. Sobre as dificuldades em se visualizar a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial, mas sem negar a relação entre ambos é o entendimento de Clarissa Tassinari.³⁰⁶

Vale ainda lembrar que a função desempenhada pelo Poder Judiciário não se deve limitar apenas a prestar a jurisdição, quem julga também deve ter consigo a preocupação de não se afastar das diretrizes traçadas pela Constituição e essa

leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade.

³⁰⁵ LEWANDOWSKY, Ricardo. Vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CMSGagfmEyk>. Acesso em 15ago2016.

³⁰⁶ TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário. Porto Alegre, 2013, cap. 2, item 2.1.1, p. 29. "Não se pode esquecer que, da mesma forma que a relação Direito e Política possibilita uma leitura como a que foi acima exposta, também a Política, quando considerada um fator externo de incidência eventual no âmbito jurídico, dá azo a posicionamentos diametralmente opostos. Nesse sentido, se a Política deixa de ser a *mola propulsora* para a constituição do conteúdo jurídico-constitucional, passando a ser utilizada como uma espécie de *argumento corretivo* do Direito, o que usualmente ocorre pela via judicial, e, então, ela acaba sendo considerada aquilo que Lenio Streck denomina de 'predador externo da autonomia do Direito'. Mais uma vez, vale a pena referir: é por causa desse último perfil que assume a articulação entre Direito e Política que ativismo judicial e judicialização da política tendem a ser confundidos".

vinculação faz com que, havendo um desleixo por parte do Executivo e do Legislativo, resta ao Judiciário se preocupar em atender as demandas que veiculam direitos e garantias fundamentais já inseridas no texto constitucional. Nos últimos anos, o que tem ocorrido, com maior destaque no caso do Brasil, é que o Executivo tem demonstrado maior preocupação com temas mais voltados para a economia e, de forma abusiva, fazendo uso do expediente da Medida Provisória e essa situação, na prática, faz com que o Legislativo ocupe grande parte de seu tempo, analisando essas medidas, de forma que, resta ao Judiciário, a missão de concretizar políticas públicas com o intuito de fazer valer os direitos fundamentais. Isso se justifica porque é também função do Poder Judiciário zelar pela Constituição.³⁰⁷

3. O protagonismo assumido pelo Judiciário em razão do ativismo

O termo protagonismo deriva de protagonizar, expressão de origem grega formada pelo radical protos que significa o primeiro, o principal e “agonistes” que significa lutador, competidor.³⁰⁸ Enfim, traduz a ideia daquele que assume o principal papel em determinado evento.

A transposição dessa expressão para o campo jurídico, não passou por profundas mudanças de significado. Essa função de protagonista assumida pelo Judiciário decorre primordialmente da grande expansão por que passou esse Poder nas últimas décadas, principalmente, com o fim da Segunda Guerra Mundial, período em que as questões relacionadas à judicialização da política passou a ser uma realidade. Várias são as razões apontadas pela doutrina para justificar essa função desempenhada pelo Judiciário, como por exemplo, ser este o único meio de

³⁰⁷ PAULA, Sturion Alexandre de. *Ativismo judicial no Processo Civil – Limites e Possibilidades Constitucionais*. Cap. 9, p. 203-204 “Diante da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo em atender as demandas sociais e os direitos e garantias fundamentais já constitucionalizados, vez que o primeiro tem se preocupado há anos muito mais com questões econômicas e emissão de medidas provisórias, ao passo que o segundo na análise destas medidas provisórias e em discussões de pouca monta para a sociedade, relegando o mister que se lhes são exigidos, restou ao Poder Judiciário a tarefa de implementar parcela das políticas públicas, que representam a concretização dos direitos fundamentais. Esta incumbência possui maior imperatividade por se tratar de uma função da Constituição econômica.

³⁰⁸ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro, p. 641.

o direito acompanhar as mudanças por que passam as sociedades do período pós-industrial.³⁰⁹

Para outros, esse fenômeno se deve, fundamentalmente, ao fato ocorrerem constantes violações aos direitos individuais e também em decorrência da precariedade por que ainda passam os direitos sociais. “Fala-se em protagonismo judicial para fazer referência a esse fenômeno, o qual tem sido crescente, em busca da concretização de direitos fundamentais, em especial dos chamados direitos fundamentais sociais.”³¹⁰

Trindade,³¹¹ apresenta várias espécies de ativismo judicial, dentre elas destacamos as seguintes:

- a) ativismo contramajoritário que se verifica quando tribunais assumem postura contrária àquela assumida por outros órgãos que foram eleitos democraticamente;
- b) ativismo não originalista esse ocorre quando, durante a interpretação feita pelos órgãos do Judiciário, desconsideram a intenção levada em consideração na elaboração do texto ou deixam de lado concepções estritas contidas nos termos legais;
- c) ativismo precedente quando os tribunais deixam de lado entendimento já firmado em julgamentos precedentes;

³⁰⁹ TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. GARANTISMO, *hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre de Moraes da Rosa.... (et al.); (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Streck, André Karam Trindade – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.109.

³¹⁰ FREITAS, Ana Teresa Silva de. *Protagonismo judicial no Brasil: em busca da concretização de direitos fundamentais sociais*. Revista de Políticas Públicas, São Luís, Número Especial, julho de 2014, p. 379-384. “A precarização dos direitos sociais, a violação dos direitos individuais e, sobretudo, a exclusão social tornam cada vez mais indispensável a garantia efetiva desses direitos fundamentais, movimentando o Judiciário brasileiro em demandas individuais e coletivas para tornar efetivos os direitos, constitucionalmente estabelecidos e que deveriam integrar políticas públicas sociais ou que, embora as integrem, não encontram concretização real. Fala-se em protagonismo judicial para fazer referência a esse fenômeno, o qual tem sido crescente, em busca da concretização de direitos fundamentais, em especial dos chamados direitos fundamentais sociais. O Judiciário passa a ter um papel de destaque no controle da constitucionalidade, seja da ação ou da omissão dos demais poderes do Estado.”

³¹¹ TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. GARANTISMO, *hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre de Moraes da Rosa.... (et al.); (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Streck, André Karam Trindade – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.111.

- d) ativismo jurisdicional ocorrem quando os tribunais adentram a searas reservadas aos outros órgãos do poder, de modo a violar a competência de outras esferas de poder;
- e) ativismo criativo esse ocorre quando os órgãos do Poder Judiciário criam, materialmente, novos direitos;
- f) ativismo remediador esse tipo de ativismo aparece quando os Tribunais, fazendo de sua força, determinam obrigações positivas aos outros órgãos integrantes dos poderes ou atuam de modo a controlar a atuação de medidas tomadas por esses órgãos que não integram o Judiciário;
- g) ativismo partisan: ocorre quando a decisão judicial buscam atingir, com suas decisões, determinado grupo social ou até mesmo partidários.

Para Luís Roberto Barroso,³¹² a noção sobre o ativismo judicial está intimamente ligada a uma ideia de maior participação do Poder Judiciário na efetivação dos valores e objetivos traçados pela Constituição, ainda que para isso, seja necessária uma atuação no espaço, normalmente reservado às outras esferas de poder. Destaca que o ativismo tem várias formas de se manifestar, como a utilização diretamente das normas constitucionais em situações não expressamente referidas pelo texto maior e sem necessidade de se esperar a manifestação do legislador ordinário a esse respeito. A própria declaração de inconstitucionalidade das leis e de outros atos normativos é uma forma de ativismo judicial e ainda a imposição de condutas ou abstenções a serem observadas pelos outros Poderes, mormente quando se trata de implementação de políticas públicas.

O ativismo judicial possibilita ao juiz deixar a posição de escravo da lei. Porém, esse poder não pode ultrapassar o campo da discricionariedade, sob pena de lesão ao mandamento contido do artigo 2º da Constituição que estabelece a separação e harmonia dos Poderes.³¹³

³¹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 14jan2016.

³¹³ BATISTA, Neimar e PARODI, Ana Cecília. O ativismo judicial como meio para efetivação da função do processo: Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8985. Acesso em 23ago2016.

3.1. Dimensões atribuídas ao ativismo judicial³¹⁴

Depois de admitir as várias acepções do ativismo judicial, o autor em que aqui nos amparamos, apresenta, basicamente, cinco aspectos ou dimensões do ativismo judicial que são: a) a possibilidade de anular atos advindos de outras esferas de Poder. Essa vertente do ativismo judicial é, sem dúvida, a que mais sofre críticas da doutrina, principalmente quando o ato anulado ostenta constitucionalidade defensável, pois se o ato admite mais de uma possibilidade de interpretação dada pelo legislador, não caberia ao Judiciário fazer a opção por uma delas; b) desrespeito ao precedente judicial, tanto na vertente horizontal como vertical. Sob essa ótica, o ativismo judicial se caracteriza por se distanciar de interpretações anteriormente empregadas em situações análogas, sem que se apresente uma justificativa plausível. Aqui, importa destacar que isso, tanto pode ocorrer em relação aos precedentes horizontais ou aos precedentes de natureza vertical. No Brasil, essa situação é bastante comum; c) a possibilidade de criação do direito pelo Judiciário. Essa vertente do ativismo ocorre quando o juiz, a pretexto de interpretar o direito, acaba por criar um novo direito, desrespeitando os limites de suas atribuições;³¹⁵ d) possível desvio da metodologia interpretativa. Essa vertente do ativismo judicial se apresenta quando o órgão jurisdicional tem uma metodologia de julgamento, e de interpretar as leis, já bastante difundida entre os operadores do direito e, repentinamente, abandona-se esse método de aplicação do direito; e) julgamentos guiados pelo resultado. Essa vertente do ativismo judicial equivale, no campo administrativo, ao desvio de finalidade, pois a decisão judicial é tomada visando a fim já previamente determinado.

Importa destacar que, quanto mais sensíveis forem os direitos envolvidos na demanda, maior campo existe para o ativismo judicial. É dizer. Quando valores

³¹⁴ Para maior aprofundamento do tema tratado neste tópico, recomenda-se a leitura do trabalho de: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro*. Interesse público. Belo Horizonte, ano 14, nº 72, mar./abr. 2012.

³¹⁵ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro*. Interesse público. Belo Horizonte, ano 14, nº 72, mar./abr. 2012. “A concepção de ativismo judicial ligada a essa vertente reside na certeza de que haveria uma radical separação entre política e direito, entre legislação e interpretação. A legislação, ato por excelência de criação da norma jurídica, seria uma atividade exclusiva do legislador, ao passo que a interpretação se resumiria ao ato de mera aplicação da lei ao caso concreto. Quando a corte fosse além do texto legal, inovando na fixação de critérios jurídicos não contidos expressamente nas regras postas, ela estaria exercendo a função legislativa, o que configuraria um ativismo judicial.”

como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade estão em risco, há mais razão legitimadora do ativismo judicial. Nessa linha de entendimento, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal,³¹⁶ por seu órgão pleno, admitindo ser lícito ao Poder Judiciário determinar que a Administração Pública execute obras em estabelecimentos prisionais, sendo esta intervenção do Judiciário legitimada em razão do interesse supremo da dignidade da pessoa humana. Portanto, sem que se considere intromissão indevida de um Poder na seara reservada ao outro.

4. O princípio dispositivo e o ativismo judicial: uma conciliação possível

De antemão, vale lembrar que o termo *princípio* aqui será utilizado como elemento norteador da decisão, como estrutura de fundamento e não no sentido de espécie normativa.

Importa também destacar que, não é tarefa fácil indicar, com precisão, o que seja puramente princípio dispositivo e o que seja princípio inquisitivo. Como leciona Fredie Didier Jr,³¹⁷ não existe um princípio totalmente desvinculado um do outro, o que há, e por isso se classifica de uma ou de outra forma, é a preponderância de determinadas características. Apresenta também, o autor aqui referido, como marco indicador de um ou de outro sistema, a forma como se manifestam os poderes atribuídos ao Juiz, de modo que, quando esses poderes ocorrem de forma completamente desvinculada e independente da vontade das partes, estamos mais próximos do modelo inquisitivo. Por outro lado, quando as partes desempenham papel importante nos atos processuais, estamos mais ao lado do dispositivo.

Parece não haver muita discussão na doutrina, a respeito do tema, quanto à afirmação de que pelo princípio dispositivo, o julgador deve se ater, ao proferir o julgamento, somente àquilo que as partes afirmaram e conseguiram provar, sendo

³¹⁶ RE nº 592581-RS – Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 13/08/2015. Órgão Julgador: Pleno. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 17ago2016.

³¹⁷ DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil, vol. 1, cap. 2, p. 122-123. “Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são constituídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais. Não é possível afirmar que o modelo brasileiro é totalmente dispositivo ou inquisitivo. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas.

defeso ao julgador buscar fatos não referidos pelas partes. É a consagração das expressões latinas *ne procedat iudex ex officio e ne eat iudex ultra petita partium*.³¹⁸

Também, na tentativa de apresentar um conceito mais preciso para o princípio dispositivo, José Roberto dos Santos Bedaque sugere que a expressão princípio dispositivo fosse empregada quando estivesse se referindo a uma relação de direito material disponível e que pudesse ter reflexo na esfera processual.³¹⁹

Fredie Didier Jr.³²⁰ afirma que há um equilíbrio na doutrina a respeito desse tema, por isso, conclui afirmando que o modelo brasileiro é o cooperativo.

O que não podemos perder de vista é que a existência do princípio dispositivo não pode ser visto como um empecilho ao ativismo judicial. É inegável que a ciência processual se desenvolveu ao longo dos anos e ainda está em evolução, como normalmente ocorre com toda ciência. O processo, atualmente, não é mais visto como mero instrumento de realização de direitos subjetivos. Desempenha importante papel na sociedade, funcionando como poderoso instrumento de pacificação social. Sob essa ótica de análise e de evolução do processo, parece não haver mais espaço para um juiz completamente passivo, alheio aos anseios dos jurisdicionados, sob pena de se transformar em um agente estatal prestador de um dever jurisdicional da pior qualidade. Aqui, encontra-se amparo o entendimento de

³¹⁸ BARBIERE, Maurício Lindenmeyer. *O princípio dispositivo em sentido formal e material*. “Segundo o princípio dispositivo, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes. Ditos requisitos se expressam pelos aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio e ne eat iudex ultra petita partium*. Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e o obriga a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeiras.

As partes determinam e fixam o objeto do processo, não podendo o juiz decidir fora, além ou aquém do pedido. Daí o que dispõe o artigo 2º do Código de Processo Civil, que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional se não quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais, expressão atual do aforismo romano *ne procedat iudex ex officio*. A parte, sendo titular do direito controvertido no processo, é quem melhor saberá agir para vê-lo reconhecido em juízo. Ao juiz cabe julgar. À parte cabe alegar os fatos do seu interesse e prová-los.”

³¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 97. “Diante de tanta polêmica em torno da terminologia adequada para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo da exata configuração deles, preferível que a denominação ‘princípio dispositivo’ seja reservada tão somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim correspondente à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual.”

³²⁰ DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil, vol. 1, cap. 2. Item 2.12.2.

José Roberto dos Santos Bedaque e de José Carlos Barbosa Moreira quando afirmam que o princípio dispositivo deve ficar restrito aos casos de direito material disponível. O processo civil atual não tem mais espaço para o Juiz neutro, desinteressado com o resultado da causa. O juiz tem o dever de se preocupar em prestar uma jurisdição comprometida com a justiça, procurando, se for o caso, suprir eventuais falhas ocorridas no curso da instrução.³²¹

Também, é importante lembrar que essa adequada prestação jurisdicional deve contar com a colaboração daqueles que, de alguma maneira, atuam no processo. De forma que o ativismo judicial não possa, nem deva ser visto como uma justificativa para que se abandonem as regras do processo, nem como um meio de criação de superpoderes para o juiz.³²²

A sistemática processual vigente admite espaço, tanto para o sistema dispositivo, como se observa pela leitura de alguns artigos do CPC de 2015, a exemplo do que ocorre nos artigos 2º, 141, 373 e 493 em que se observa um nítido viés dispositivo, como para uma postura ativista do julgador facilmente perceptível nos artigos 139, 370, 385, 461 e 481. Esse equilíbrio parece tangenciar para a linha da cooperação no processo. Por isso afirma Maria Elizabeth de Castro Lopes³²³ que “a conciliação entre o princípio dispositivo e o ativismo judicial deve ser buscada na palavra-chave *colaboração*, para que o processo produza o resultado que dele se

³²¹ BARBIERE, Maurício Lindenmeyer. *O princípio dispositivo em sentido formal e material*. “Hoje, para o processo, como instituto fundamental do direito processual, em primeiro lugar está o interesse da coletividade, já que sua finalidade é a realização do direito e da paz social. O processo é um instrumento de atuação da própria Constituição cujas regras, abstratamente formuladas e que representam direitos e garantias fundamentais, são operacionalizadas através de meios que o Processo Civil oferece aos jurisdicionados (...). Dentro dessa perspectiva, não se há de conceber a passividade do juiz. A paz social, fim último do processo, jamais será atingida se o magistrado não participar ativamente da produção da prova. O princípio dispositivo deve limitar-se ao campo do direito material, representando a liberdade que as partes têm para praticar atos processuais visando a disposição de seus direitos subjetivos. O direito processual moderno procura equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo na instrução processual, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e de uma instrução que conduza a decisão conforme o direito subjetivo material, realizando justiça. É preciso abandonar o comportamento desinteressado do juiz tradicionalmente conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo. Esta constitui-se em expressão da publicização do processo no tempo presente”.

³²² LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio dispositivo e ativismo judicial. “Ativismo judicial não deve significar hipertrofia de poderes do juiz, nem liberdade para descumprir regras processuais, sob pena de sofrermos as consequências de um processo autoritário. Não se pode admitir que o juiz, a partir de um difuso e muito particular sentido de justiça (ALVARADO VELLOSO) despreze normas processuais, agindo como se fosse legislador. Por outro lado, não podemos confundir ativismo judicial com discricionariedade. O juiz não pode julgar segundo critérios de conveniência ou oportunidade. Apesar de o juiz ter certa margem de liberdade na apreciação dos fatos e das normas, não se pode afirmar que, estando presentes os requisitos legais, ele possa deixar de conceder uma tutela simplesmente pelo fato de achar que não é conveniente ou oportuna.”

³²³ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio dispositivo e ativismo judicial.

espera”. A respeito da ideia de cooperação processual, importa destacar que no Código de Processo Civil de 2015, consta referência expressa sobre a cooperação no processo, artigo 6º da Lei 13.105/15.

Destarte, temos que o princípio dispositivo não é e nem pode ser imaginado como empecilho para a atividade do magistrado na condução do processo. Perfeitamente possível a existência de um Juiz ativo sem que isso fira o conteúdo do princípio dispositivo. Fechamos esse tópico com as palavras de Maria Elizabeth de Castro Lopes³²⁴ para quem o “*princípio dispositivo e ativismo judicial* não são concepções conflitantes mas, quando bem compreendidos, caminham juntos para a garantia da efetividade do processo.”

5. Os poderes e os limites da atuação *ex officio* do juiz na condução do processo

Admitir que o juiz pode agir *ex officio* na condução do processo não parece ser objeto de tantos questionamentos. No entanto, há controvérsias mais significativas quando se trata de saber até que ponto o juiz pode utilizar-se dessa liberdade. Ora, se afirmamos que o juiz pode ter liberdade para atuar no processo, isso, sem dúvida, decorre do fato de que os juízes são independentes e juiz independente somente aflora em Estados Democráticos. Seguramente, onde não há democracia, não existem juízes com independência para atuar. Porém, não podemos nos olvidar de que quanto mais poderes e independência do agente público, maior o risco de se cometer abusos.³²⁵ Daí a necessidade de se tentar estabelecer um marco teórico de limitação dos poderes do magistrado, mormente quando se cuida de sua livre atuação.

³²⁴ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio dispositivo e ativismo judicial.

³²⁵ HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, Processo e Constituição*. Florianópolis, 2013, capítulo 3, item 3, p. 109. “A independência dos juízes é uma conquista democrática; contudo, quanto mais independentes são os juízes, como todo núcleo de poder, existe maior tendência ao cometimento de abusos, e, portanto, de violação da própria democracia que lhe deu origem.”

Mauro Cappelletti³²⁶ aponta quatro fatores limitadores da função criadora do Poder Judiciário que, em resumo, seriam. Primeiro o fato de que ao cidadão comum seria mais fácil ter acesso ao direito legislado do que aquele direito que foi criado pelo Judiciário. Dessa maneira, a função desempenhada pelo Poder Judiciário estaria mais afeita ao casuísmo, dependendo, sensivelmente, do desenrolar do caso concreto. Alerta, porém, que mesmo os juízes mais criativos nunca devem perder de vista essa debilidade do direito jurisprudencial. O segundo ponto limitador estaria intimamente ligado ao primeiro, e consiste em se atribuir, com frequência, eficácia retroativa às decisões proferidas pelo Judiciário. Essa criatividade judiciária entraria em conflito com a certeza e a previsibilidade. Destaca ainda que há uma fragilidade no campo da certeza e da previsibilidade. Existe, por outro lado, “no direito jurisprudencial um benefício potencial, justamente pela possibilidade de se dar maior peso à equidade e à justiça do caso concreto”. O terceiro fator limitador da força criadora do Judiciário consiste no fato de que o julgador seria um zeloso criador do direito, porém, sem os devidos equipamentos para desempenhar tal função. Para os que assim entendem, os julgadores não dispõem de nenhuma possibilidade de desenvolver as investigações necessárias para “uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos”, pois sequer teriam os recursos financeiros de que dispõem o Legislativo e o Executivo. O quarto aspecto limitador à criatividade do Judiciário consistiria no fato de que, no modelo democrático, seria assegurada a independência aos juízes, mas essa independência teria um reflexo negativo, porque quanto mais independência, mais estariam os julgadores desobrigados de “prestar contas de suas decisões ao povo.”

Mauro Cappelletti afirma ainda que os juízes, especialmente os integrantes dos Tribunais Superiores, podem ter atribuições de regulação dos procedimentos do processo, como, aliás, ocorre em muitos países que seguem o modelo da “Common

³²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993, p. 90-91 “Chego, finalmente, à observação de que os juízes são por natureza conservadores. A história, segundo penso, provou que essa observação, no máximo, contém meia verdade. Os juízes, como todas outras pessoas e grupos no mundo, podem ser progressistas e ativistas ou conservadores e até reacionários, em consequência de muitas circunstâncias entre as quais, obviamente, os sistemas de educação jurídica e de seleção judiciária. É verdade, como vimos, que os juízes profissionais, especialmente os mais velhos, e assim de regra justamente os das cortes superiores, demonstram em muitos países ser pouco sensíveis às finalidades sociais, tipicamente perseguidas pelo moderno *welfare state*. Também já vimos, porém, que hoje o cenário do ‘terceiro ramo’ tornou-se muito mais complexo do que antes.”

Law”, pois são eles, os juízes, que trabalham no dia a dia com o processo. Porém, quando assim agem, não estão investidos da função jurisdicional e sim, como verdadeiros legisladores.³²⁷

A Constituição de 1988 passou a exigir dos juízes uma postura bem mais atuante, exigindo que suas decisões ocupem maior espaço no seio da sociedade. Evidentemente que essa cobrança ao Judiciário o torna mais próximo do povo e com isso, cada vez mais exigido em sua atuação. Isso se torna mais visível quando se está diante de um caso que envolve a concretização de um direito fundamental.³²⁸

Continua o autor citado acima afirmando que a função de decidir não pode ficar atrelada e preocupada apenas em oferecer uma resposta jurisdicional ao conflito apresentado, pois se assim age o julgador, corre o risco de se afastar da real necessidade de julgar, quer dizer, da efetiva análise das peculiaridades do caso, sem analisar o reflexo que a decisão, ali proferida, “produzirá na realidade material e como ela terminará se constituindo, ou não, em um instrumento de proteção dos direitos fundamentais e de garantia da supremacia da Constituição.”

Importante não nos distanciarmos da ideia de que a existência do ativismo judicial deve-se, fundamentalmente, ao fato de que a sociedade dos tempos atuais não se dá por satisfeita nem se contenta com uma deficiente prestação dos serviços de natureza pública. O Estado, por meio dos Poderes Legislativo e do Executivo, tem se mostrado incapaz de atender, de maneira satisfatória, às necessidades do povo, que, sem dúvida, crescem em ritmo excessivamente rápido.³²⁹ Tudo isso traz a inquietação de se delimitar até que ponto o ativismo judicial pode ir, sem invadir a esfera de atuação dos demais poderes.

³²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993, p. 80.

³²⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Rev. direito GV vol.8 n.1 São Paulo Jan./Jun. 2012. Acesso em 14jan2016. “No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação. Uma característica própria do nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade.”

³²⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Rev. direito GV vol.8 n.1 São Paulo Jan./Jun. 2012. “O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população.”

A doutrina aponta como elemento limitador do ativismo judicial o fato de os integrantes do Judiciário, tanto o juiz de primeira instância, como o ministro da mais alta Corte, para ascenderem aos cargos da carreira, não passam por um processo de eleição com a participação direta do povo, ou seja, os integrantes do Judiciário não ostentam uma representatividade popular e nem passam por um processo de prestar contas à população de seus atos.³³⁰

Dissertando sobre essa possível falta de representatividade dos integrantes do Judiciário, Luís Roberto Barroso³³¹ aponta, basicamente, duas razões para afastar esse argumento. A primeira razão é de natureza normativa, que seria no sentido de que a Constituição, emanada do povo e ela dá essa função ao Judiciário. A justificativa de natureza filosófica consiste no fato de que o Estado Democrático Constitucional resulta da junção de duas premissas. Primeiro, o constitucionalismo, que significa limitação do poder e respeito aos direitos fundamentais. Segundo, a democracia que representa a soberania do povo.

³³⁰TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Rev. direito GV vol.8 n.1 São Paulo Jan./Jun. 2012. “O déficit democrático do Judiciário no enfrentamento dos assuntos de maior gravidade enfraquece a legitimidade do Estado como agente de promoção da paz social e do desenvolvimento humano, pois as escolhas políticas fundamentais, quando feitas pelo Judiciário, não possuem a representatividade popular necessária e, em consequência, não podem ser cobradas pelo próprio povo, como ocorre, por exemplo, com o “juízo pelas urnas” ao qual os membros de cargos eletivos do Executivo e do Legislativo são submetidos, no mínimo, a cada quatro anos.”

³³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. “O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito.

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.”

Afinal de contas, mas até aonde iriam os limites do ativismo judicial? O ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello,³³² deu a entender que fazer valer a primazia da Constituição Federal seria o ponto limitador do ativismo judicial praticado por aquela Corte.

Nossa opinião, sem nos afastarmos muito do pensamento da maioria da doutrina, é que o norte do ativismo judicial é o parâmetro da razoabilidade e, como se sabe, apenas diante do caso concreto é que se pode aferir essa condição. Ou seja, diante da situação das partes, dependendo da natureza do direito que se pleiteie em juízo, tudo isso deve ser levado em consideração para a limitação do ativismo judicial. O importante é termos em mente que o ativismo judicial não pode alcançar ares de atuação ilimitada.³³³

Embora a ideia de separação das funções estatais, ou separação dos Poderes, não tenha caráter absoluto, a maior prova disso que afirmamos aqui é que a Constituição admite o controle de constitucionalidade das leis feito pelo Judiciário. Não se defende, pois, aqui, que o Poder Judiciário possa substituir os Poderes Executivo e o Legislativo nem manipular suas atuações. O campo de ação do Judiciário é o espaço para exercer o controle de constitucionalidade das leis e resolver os conflitos com o intuito de assegurar a democracia e proteger os direitos fundamentais.³³⁴

³³²Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Carlos Ayres Britto na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 19/04/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>. p. 9-10. Acesso em 14jan2016. “A ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos. Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”

³³³ MACHADO, Clara Cardoso. *Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno*. Disponível em: http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf. Acesso em 18jan2016. “Em outros termos, não se tenciona um ativismo judicial indiscriminado, mas uma atuação baseada, concomitantemente, na racionalidade das decisões judiciais – com uma análise prévia e ponderada dos impactos de suas deliberações para a sociedade – na afirmação de direitos fundamentais, na ampliação da cidadania e na concretização do princípio da fraternidade.”

³³⁴ MACHADO, Clara Cardoso. *Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno*. Disponível em: http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf. Acesso em 18jan2016. “Na verdade, do ponto de vista jurídico-sociológico, o ativismo judicial decorre, em larga

Enfim, apenas diante da situação concreta é que se pode visualizar os limites do ativismo judicial, apenas no campo da atuação prática é que se pode delimitar o campo de atuação do Judiciário, quando se examinam casos inerentes aos demais poderes.³³⁵

6. O ativismo judicial nas demandas em que se busca a efetivação de políticas públicas

É sabido que a implementação de políticas públicas requer gastos. Também é recorrente, mais precisamente no caso do Brasil, que todos os administradores, de todas as esferas de governo, vez por outra, estão reclamando que as necessidades da população ultrapassam a capacidade orçamentária dos poderes públicos, seja na esfera federal, estadual ou municipal, aqui se inclui também a situação do Distrito Federal. O que nos parece inquestionável é que os serviços públicos no Brasil, são deficientes. Basta imaginarmos a situação da saúde pública, da segurança, as escolas, dentre outros. O argumento dos administradores é sempre na mesma linha, falta dinheiro para melhorar tais serviços. Essa situação tem feito com que muitas pessoas procurem o Poder Judiciário com o objetivo de garantir fornecimento de medicamento, um leito hospitalar, um procedimento cirúrgico, uma vaga na creche escolar etc. Quando o Poder Judiciário é acionado, tem que dar uma resposta concreta a quem pede.³³⁶

medida, de uma crise de representatividade democrática que instaura a necessidade de intervenção do Poder Judiciário com o intuito de conter os abusos e as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, e realizar a justiça social. Todavia, como toda atividade exercida pelos poderes constituídos deve estar pautada nos preceitos delineados pelo constituinte originário, faz-se necessário traçar limites e possibilidades para o ativismo judicial, a fim de que não haja hipertrofia do Judiciário e, conseqüente, descaracterização do princípio da separação dos poderes.”

³³⁵ NUNES, Ana Luísa Tarter, COUTINHO, Nilton Carlos, LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 208-222. “Assim, o ativismo judicial deve pautar-se segundo os interesses em discussão no caso concreto, adotando-se a decisão mais apta ao atingimento dos fins objetivados pela norma, respeitando-se as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal e os atributos e características inerentes à atuação de cada um dos ‘poderes’ constitucionalmente estabelecidos”.

³³⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (organizador.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131. “Não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua

Dessa forma, a decisão judicial que determina a internação do paciente, que determina que o poder público forneça a vaga em creche pública ou em uma particular, mas custeada pelo ente estatal, tem repercussão nas questões orçamentárias, ainda que de forma indireta. Importa destacar que as questões de natureza orçamentárias são elaboradas pelo Executivo e com anuência do Legislativo.³³⁷

É indiscutível que a escolha do administrador público, ao tomar qualquer medida que envolva política pública, está amparada em certo grau de discricionariedade. Podemos imaginar uma situação em que determinada esfera de governo tem disponibilidade financeira para construir uma escola com capacidade para atender determinado número de alunos, porém, há nessa mesma localidade, carência de hospital público. Como dissemos, não há recursos financeiros que comportem a construção da escola e do hospital ao mesmo tempo. Nessa situação hipotética, seria possível a intervenção do Judiciário para determinar o que seria construído em primeiro lugar? A nós, parece que não, por caracterizar, o exemplo imaginado, uma típica situação de pura discricionariedade administrativa e limitação financeira e também porque tanto a escola como o hospital são de elevada importância para a população. Ainda que a saúde e a educação sejam direitos fundamentais e de importância inquestionável e qualquer que seja a escolha do Administrador Público, na situação hipotética apresentada, não foge ao campo da razoabilidade. Nessa linha, afirma Clara Cardoso Machado³³⁸ que “os juízes não devem substituir o Executivo nas escolhas orçamentárias para satisfação de direitos fundamentais sociais, mas podem e devem examinar se as medidas eleitas são idôneas e razoáveis à concretização de tais direitos.” Não podemos deixar sair de nosso campo de percepção que, além de o Administrador dispor de um campo

universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.”

³³⁷ MACHADO, Clara Cardoso. *Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno*. Disponível em: http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf. Acesso em 18jan2016. “Questão bastante controvertida, que tem gerado inúmeras polêmicas do ponto de vista jurídico, político e econômico, relaciona-se à intervenção jurisdicional no orçamento por via indireta, através de decisões judiciais que determinam realocação de recursos para cumprimento de obrigação de fazer no mesmo exercício financeiro, sob o fundamento da aplicabilidade direta e imediata de direitos fundamentais sociais.”

³³⁸ MACHADO, Clara Cardoso. *Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno*. Disponível em: http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf. Acesso em 18jan2016.

regado de discricionariedade, na escolha das prioridades administrativas, também enfrenta limitações legais e constitucionais quanto aos limites dos gastos públicos, como ocorre com a lei de responsabilidade fiscal e na própria Constituição que impede o início de programas que envolvam gastos públicos, sem que haja inclusão na lei orçamentária anual.³³⁹

Também, na mesma trilha de entendimento segundo o qual, quando a decisão do Administrador Público não for razoável, ainda que dentro da sua esfera de discricionariedade, pode o Judiciário interferir na escolha do destino das verbas públicas é o pensamento de Dirley da Cunha Júnior³⁴⁰ ao afirmar que quando a Administração Pública não adota medida, no mínimo, dotada de razoabilidade, visando ao interesse público, tal situação permite que seja questionada na via judicial.

Como se vê, não há uma linha demarcatória nítida indicadora dos limites do ativismo judicial. Há, na doutrina, indicação de que, quando a situação estiver relacionada ao mínimo existencial,³⁴¹ o provimento jurisdicional deve ostentar força executiva imediata dessa política pública.³⁴²

³³⁹ MACHADO, Clara Cardoso. *Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno*. Disponível em: http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf. Acesso em 18jan2016. “Além da discricionariedade de meios, impõe-se como limite à intervenção judicial nas escolhas orçamentárias a observância de regras e princípios constitucionais que regem os gastos públicos. As vedações expressas no artigo 167, CF/88, que proíbem o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual ou mesmo a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários, sob pena de constituir crime de responsabilidade (artigo 85, VI, CF/88), precisam ser levadas em consideração pelo Judiciário no momento de exigir a efetivação de direitos fundamentais sociais.”

³⁴⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 472-473. “Imaginemos a hipótese do Prefeito de um pequeno Município, carente de mais postos de saúde, comprometer os recursos públicos disponíveis em obras voluptuárias ou de embelezamento da cidade, como a construção de um piscinão ou o asfaltamento das vias principais da urbe. No caso alvitrado, está claro que o poder público adotou uma providência não ideal ou não razoável, porque não atendeu às prioridades locais e ao interesse público mais emergente. Essa atuação do poder público pode ser, sem dúvida, contrastada judicialmente.”

³⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (42), 1990, p. 69-70. “Há um direito às condições *mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. (...). O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se converte uma na outra ou se coimplicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa.”

³⁴² MACHADO, Clara Cardoso. *Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno*. Disponível em: http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf. Acesso em 18jan2016. “É óbvio que se a ausência da política pública atingir direito ao mínimo existencial, aferido no caso concreto pelo Judiciário, o provimento jurisdicional deve consistir na execução imediata da política pública, fato que implicaria, numa análise superficial, necessidade de alteração da lei orçamentária no mesmo exercício financeiro. Entretanto, com o intuito de evitar mudanças no

A dificuldade de apontar com precisão até que ponto vai a intervenção do Judiciário nas questões administrativas, mesmo em se cuidando de implementação do mínimo existencial, também é enfrentada por Ricardo Lobo Torres,³⁴³ para quem, independente de contraprestação, cabe à Administração implementar prestações positivas visando a assegurar a garantia dos direitos subjetivos dos cidadãos.

Resta inquestionável que, havendo omissão do Poder Público na implementação de políticas públicas, ou prestação defeituosa dessas políticas previstas no plano constitucional, ocorre uma violação direta aos direitos fundamentais e isso abre espaço para que o Poder Judiciário possa interferir em um campo, originariamente, reservado a outra esfera de poder. Porém, a exigência constitucional do dever de fundamentar as decisões judiciais, que é denominada pela doutrina, reserva de consistência, acaba servindo de elemento de contenção do ativismo judicial em determinadas situações.³⁴⁴

Importante destacar que a prática do ativismo judicial não traz nenhum prejuízo ao processo, pois todas as garantias asseguradas pela Constituição são respeitadas, como contraditório, ampla defesa etc. A concessão de maiores poderes

orçamento e diminuir os impactos financeiros e alocatórios das decisões judiciais, parece razoável defender que o Juiz alegue, na fundamentação da decisão, e não no dispositivo da sentença, a viabilidade de utilizar verbas destinadas à reserva de contingência ou de fazer contingenciamento de despesas para garantia de direitos sociais fundamentais mínimos.”

³⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (42), 1990, p.74. “Se não há dúvida de que o Judiciário pode controlar as discriminações indevidamente introduzidas pelo Legislativo ou pela Administração para a garantia positiva dos direitos fundamentais e das condições de liberdade, resta certa dificuldade em determinar os limites da jurisdição nos casos de omissão do legislador. A doutrina sempre entendeu que não seria lícito ao juiz conceder prestações positivas, imunes aos tributos, ainda que necessárias às condições da liberdade, na ausência de previsão legal, por implicar em gasto público. Ultimamente, porém, a jurisprudência americana vem-se cristalizando no sentido de que é legítimo o controle positivo da jurisdição, através de julgados que acabam por influir dialeticamente na modificação ou criação da lei: os direitos dos presos e dos alienados mentais ao tratamento médico e à alimentação foram objeto do ‘*institucional reform litigation*’, gerando a obrigatória alocação de recursos públicos e as redefinições orçamentárias. Pontes de Miranda afirmava, categórica e pioneiramente: ‘É preciso que se crie, para todos, o direito subjetivo à educação. Porém, não só o direito subjetivo. Também a pretensão, a ação e o remédio jurídico processual’. A garantia do mínimo existencial, que é condição de liberdade, passa a ser assegurada, na nova Constituição, pelo mandado de injunção, que se concederá ‘sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’ (artigo 5º, item LXXII).”

³⁴⁴ NUNES, Ana Luísa Tarter, COUTINHO, Nilton Carlos, LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 208-222.

ao juiz não pode servir de argumento de que tal postura viola as garantias asseguradas aos jurisdicionados.³⁴⁵

7. O ativismo judicial e as questões judiciais que versam sobre o direito à saúde no Brasil

De acordo com o artigo 6º da Constituição de 1988, a saúde é um direito social. A Lei Maior, no artigo 194, garante a que a saúde é direito de todos e dever do Estado e este direito será assegurado através de políticas sociais e econômicas com o objetivo de proporcionar o acesso irrestrito e de maneira igual a todos que necessitem dos serviços de saúde pública. Portanto, a saúde, de acordo com o texto constitucional, é um direito subjetivo e que deveria ser fornecido pelo Estado, independentemente de qualquer contrapartida.

Importa destacar que, na atualidade, o direito à saúde mantém estreita relação com o direito à vida, que, sem dúvida, é o bem jurídico de maior importância para o ser humano. Da mesma forma, esse direito abrange também uma vida com qualidade. Portanto, umbilicalmente preso com a noção do princípio da dignidade da pessoa humana. O embrião do direito à saúde liga-se a dois aspectos históricos. Num primeiro momento, por causa do movimento de saúde pública nascido durante o século XIX e, no momento histórico seguinte, em razão do desenvolvimento dos

³⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Pierre Elie. *Gazeta Jurídica*, Brasília, 2016, p. 33-35. “Ao contrário do que afirmam alguns, o valor garantia, fundamental à ideia de processo, não fica comprometido com a concessão de maiores poderes ao juiz. Segundo essa corrente de pensamento, o processo ‘garantista’ é incompatível com o juiz ativo, preocupado com a justiça de decisão e, em consequência, inconformado com a falta de elementos necessários ao julgamento da pretensão com convicção. Esse juiz, segundo os que se intitulam garantistas, deve, por exemplo, limitar-se a receber e valorar as provas produzidas exclusivamente pelas partes, sob pena de tornar-se autoritário e transformar o processo em mecanismo antidemocrático. (...)”

O ativismo judicial na condução do processo é absolutamente compatível com a observância do contraditório, como demonstra com clareza Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. O interesse público, consubstanciado na produção de um resultado justo pela via processual, exige a participação do juiz na formação do conjunto probatório e na condução adequada do procedimento, adaptando-o, às necessidades do direito material em litígio. Mas essa intensificação da atividade judicial deve ser acompanhada do diálogo entre os sujeitos do processo, de preferência prévio, a fim de que as decisões judiciais resultem desse contraditório. É essencial assegurar às partes a possibilidade de influir na convicção do julgador, especialmente nas situações em que ele age de ofício. Em síntese, não há incompatibilidade entre o comportamento ativo do juiz, que revela interesse, e compromisso com a obtenção do resultado justo, e a efetivação do contraditório real.”

direitos sociais, durante o século XX. Esse direito é considerado por Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro “um direito primário por excelência”.³⁴⁶

Importa salientar que o texto constitucional fala em políticas sociais públicas e há várias leis que buscam a implementação de um serviço público universal e eficiente no Brasil. No entanto, essa realidade ainda parece distante da maioria da população, basta nos atermos aos noticiários no dia a dia, quase sempre envolvendo problemas com a saúde e também para a elevada quantidade de demandas judiciais objetivando uma ordem do Poder Judiciário para que o Executivo forneça medicamentos a quem não tem condições de comprar, atendimentos rotineiros, internações etc. O ponto nevrálgico é saber até aonde pode ir a intervenção do Judiciário em questões, essencialmente, afetas a outras esferas de poder.³⁴⁷ Enfim, o risco de invasão de um Poder em outro existe, embora, quando se trata de proteção ao mínimo existencial, essa intervenção seja justificada.

Assim, parte da doutrina defende que o Judiciário tenha uma postura inovadora, tanto no campo jurídico como no social, de maneira que suas decisões não sejam desprovidas de certo teor político. Porém, o ponto sensível é saber o

³⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang e MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro* - Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011, p. 30. “*Trata-se de um direito, que para além desta característica de condição de possibilidade do exercício pleno dos demais direitos, traz em seu bojo, pela sua estrutura normativa e possibilidade eficaz, a noção de transcendentalidade, no sentido de que, a mera proteção nacional, isolada, sem a devida cooperação inter-regional e internacional, não se torna suficiente para sua efetiva concretização. O direito à saúde assume, pelo menos, três dimensões quanto às ações e prestações que compõem seu conteúdo, isto é, a curativa, preventiva e promocional. Essas dimensões têm o condão de abranger tanto o aspecto ‘negativo’ do direito à saúde, consubstanciado na noção de respeito e proteção, quanto o lado promocional e positivo relacionado à ideia de qualidade de vida. Neste sentido é que se posicionou a Organização Mundial da Saúde – OMS ao definir, no preâmbulo da sua Constituição (16 de julho de 1946) o termo saúde como ‘estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doenças’. Ainda que os termos ‘bem-estar’ e ‘qualidade de vida’, envolvam um componente subjetivo dificilmente avaliável, eles indicam, no mínimo, uma abertura conceitual do termo saúde, ensejando a integração de outros elementos, ou posições jurídicas, que não somente a proteção e promoção da saúde física do indivíduo, mas também os aspectos relacionados à proteção do meio ambiente, o direito à educação, o direito à moradia, o direito ao saneamento básico, direito ao trabalho e à saúde no trabalho, o direito da seguridade social, direito à saúde psíquica, a garantia de uma morte digna, direito à informação sobre o estado de saúde, direito à assistência social e de acesso aos serviços médicos, dentre outros.*”

³⁴⁷ NETO, Othoniel Pinheiro. As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. (p. 1199-1226) Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. “Quanto ao Poder Executivo, a questão que se coloca é saber até que ponto o Judiciário poderá intervir nas políticas públicas de distribuição de medicamentos e outras prestações relacionadas à saúde, pois a alocação individual dos insumos pode caracterizar intervenção indevida na distribuição previamente estabelecida. Porém, o problema ainda é maior quando sequer a política pública existe, ou, se existe, não é executada.”

limite dessa atuação do Judiciário, em nome do ativismo judicial, sem cometer usurpação das funções, constitucionalmente asseguradas aos demais poderes. Como indica Silvio Dobrowski,³⁴⁸ esse campo largo de atuação do Judiciário não pode chegar ao ponto de se considerar um “governo de juízes”.

Parte da doutrina defende que, em se tratando de demanda que versa sobre o direito à saúde, por se cuidar de um direito social, a intervenção do Judiciário, nas questões essencialmente administrativas, estaria justificada. Por isso, que poucos são os casos em que os juízes indeferem pedido liminar, quando se trata de internação, fornecimento de medicamento etc.³⁴⁹ Exatamente por se tratar de situação que visa a tutelar um direito fundamental.

Sem dúvida, as críticas mais severas a essas decisões judiciais que determinam o fornecimento de um medicamento, uma internação, a matrícula numa escola, por exemplo, residem na possibilidade de essas decisões, quase sempre, proferidas sem uma análise da repercussão dela no orçamento público. De forma que haveria violação ao princípio da isonomia de tratamento, pois apenas aqueles que recorreram ao Judiciário tiveram seu direito atendido. É inquestionável também que essas demandas individuais, em grande número, são patrocinadas pela Defensoria Pública, pois se a pessoa não tem condições de pagar um tratamento de saúde ou comprar um medicamento, muito provavelmente também não terá condições de contratar um advogado particular. Sabemos também que nem todo município dispõe de Defensoria Pública com condições de atender a todos que necessitam de seus serviços. Portanto, o caminho mais adequado seria o ajuizamento de ações coletivas, com capacidade para alcançar um número

³⁴⁸ DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. Revista Sequência, Florianópolis, v. 16, nº 31, dez. 1995, p. 92-101.

³⁴⁹ NETO, Othoniel Pinheiro. As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. (p. 1199-1226) Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. “Os defensores da interferência judicial afirmam que o Poder Público não oferece seus serviços de maneira apropriada, deixando desamparados aqueles que têm direitos subjetivos a prestações positivas. Ademais, na seara da saúde, o caráter fundamental dos direitos sociais e sua aplicabilidade imediata concedem ampla legitimidade ao Judiciário para ordenar o fornecimento imediato de medicamentos, próteses, transplantes, cadeira de rodas e demais prestações garantidas constitucionalmente. Nesse ponto, importante destacar que o direito à saúde não encontra muita resistência na concessão de liminares, visto que tem amplo amparo constitucional, e ainda traz, muitas vezes, situações a serem resolvidas com urgência.”

expressivo de pessoas, e com isso, evita-se a quebra da isonomia de tratamento a pessoas que se encontram na mesma situação fática.³⁵⁰

Na mesma linha da crítica apontada acima, estão Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Cândido Alexandrino Barreto Neto³⁵¹ para quem a judicialização da saúde no Brasil tem feito com que muitas pessoas, em situações de enorme fragilidade, depositem suas esperanças nos representantes do Poder Judiciário, na tentativa de alcançar uma vaga em hospital ou o fornecimento de determinado medicamento, mas isso tem direta repercussão nos recursos do ente estatal e também acaba por causar uma lesão ao princípio da isonomia, pois os que procuram o Judiciário, não raramente, conseguem atendimento em detrimento de outras pessoas, com as mesmas necessidades, mas que continuam na fila de espera. Isso, para os autores aqui citados, traduz-se em uma intervenção indevida do Poder Judiciário no campo de atuação dos outros Poderes. De forma que, aquilo

³⁵⁰ NETO, Othoniel Pinheiro. As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. (p. 1199-1226) Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. “Nesse prisma, salutar também destacar outras críticas acerca da interferência judicial na distribuição das prestações sociais que aduzem que a situação pode provocar quebra do princípio da isonomia, visto que, a judicialização individual dos pleitos pode ocasionar situações desiguais, em que somente uma parcela da população teria acesso aos serviços públicos de saúde em virtude de ordens judiciais, situação ocasionada, inclusive, pela falta de Defensoria Pública em algumas partes do Brasil, acarretando afronta ao princípio da universalidade e igualdade na distribuição dos serviços públicos de saúde. Assim, os defensores dessa corrente apregoam que a tutela coletiva seria uma melhor opção na distribuição dos serviços públicos de saúde, já que, haveria mais possibilidade de respeitar o acesso universal e igualitário. Sobre esse argumento da preferência da tutela coletiva como via principal ou única, não se pode olvidar que ao ceifar a via individual estaríamos cometendo um crime ainda mais grave ao responsabilizar o cidadão pelas omissões e desarranjos institucionais ocasionados pelo poder público. Nada obstante, é salutar lembrar que o direito de acesso à justiça é um direito fundamental (XXXV do artigo 5º da CF) e, portanto, de aplicabilidade imediata.”

³⁵¹ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto e NETO Cândido Alexandrino Barreto. *Tobias Barreto e sua crítica ao Ativismo Judicial*. in REVISTA PENSAR – REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICA, Fortaleza, n. 14, jan./jun. 2009. “Na chamada judicialização da saúde brasileiros comuns com doenças raras depositam suas esperanças no juiz de direito que julgará seu pedido de mandamento judicial visando obrigar o Estado a fornecer tratamento médico não previsto pelo Sistema Único de Saúde. Decisão que interfere na autonomia política da gestão financeira de recursos e, ainda, a privilegiar os que peticionam em desfavor dos que aguardam em fila os medicamentos ou tratamentos para a mesma doença.

Conforme se observa nestes exemplos, o Poder Judiciário tem (indevidamente) interferido na atuação dos outros Poderes e por isso, angaria a simpatia de muitos brasileiros, mesmo que estes não sejam os detentores do voto. A esperança da ação política democrática – por isso mais demorada, a exigir a complexa formação de consensos mínimos – deslocou-se para o cenário judicial, ao invés de localizar-se na legitimidade dos eleitos e da heterogeneidade de suas ideias e debates. O debate político, então, restou a um colegiado, o qual possui uma legitimidade indireta, decorrente da Constituição, já que a legitimidade dos representantes eleitos decorre diretamente do povo, vale dizer, do próprio poder constituinte.”

que deveria ser objeto de decisão na esfera política, acaba sendo resolvida pelo Judiciário.

Não se nega, na atualidade, a importância do processo judicial como eficaz instrumento de implementação das políticas públicas. Isso se evidencia mais ainda, quando fazemos uma análise sob a ótica do processo coletivo, que demonstra a superação da máxima de que o processo era encarado como instrumento de solução de conflitos entre as partes litigantes. A tutela coletiva há de “equivaler à máxima coincidência entre a norma e o bem entregue ao jurisdicionado, na clássica concepção chiovendiana sobre o papel da jurisdição”. Essa função do processo não está imune a críticas, sendo a mais forte a que afirma que a judicialização excessiva da política acaba por lesar o princípio da separação dos Poderes, pois se o povo é quem contribui para a formação dos recursos financeiros do Estado é esse mesmo povo quem deve indicar os destinos dessa arrecadação, retirando, assim, a legitimação do Judiciário sobre essa questão.³⁵²

O dilema maior reside no fato de que a implementação desses direitos exige disponibilidade financeira. Sabe-se também que os orçamentos públicos nunca atingem, de maneira satisfatória, a todos que necessitam dos serviços de saúde pública, por exemplo. Quase sempre, na defesa do Estado-Administração, invoca-se a chamada reserva do possível.³⁵³

Na mesma trilha do entendimento acima delineado Fernanda Tercetti Nunes Pereira,³⁵⁴ para quem a obrigação imposta ao Executivo, através de uma ordem judicial proferida em ação individual, acaba por sobrecarregar, de forma desmedida, o equilíbrio orçamentário dos entes públicos, pois cada despesa pública tem sua previsão na lei que planeja os gastos das pessoas jurídicas de direito público.

³⁵² SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Grinover, Ada Pelegrin, Kazuo Watanabe, 2ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2013, p. 353-397.

³⁵³ NETO, Othoniel Pinheiro. As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. (p. 1199-1226) Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. “A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, por meio de um caso em que houve pedido de ingresso em uma universidade pública de medicina independente do número de vagas, sob o fundamento da liberdade de exercício de profissão. Diante disso, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht) resolveu negar o pedido, argumentando que as prestações estatais estão sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável.”

³⁵⁴ PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. *Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 290-308.

Com o objetivo de indicar os limites de atuação do Judiciário, José Herval Sampaio Júnior³⁵⁵ destaca que as funções típicas dos Poderes estão traçadas na Constituição, de maneira que não seria lícito ao Judiciário querer dar uma solução a todos os problemas que envolvem matéria relacionada às políticas públicas. Essa não seria a função natural do Judiciário, sob o risco de cometer flagrante arbitrariedade, o que certamente, não seria aceitável. Porém, quando os outros Poderes, no desempenho de suas funções típicas, vierem a desrespeitar os caminhos traçados pela Constituição, cabe ao Judiciário, depois de provocado com esta finalidade, fazer com que os outros Poderes, retomem os nortes delineados na Constituição. Conclui asseverando que, como os atos do Poder Judiciário também são atos emanados do Estado, seus limites são os traçados na Constituição e que a invasão a essas balizas constitucionais, acaba por resultar em intromissão indevida de um Poder em outro.

Andreas Joachim Krell,³⁵⁶ ao defender que os direitos sociais são também direitos fundamentais e que não são direitos oponíveis contra o Estado, mas que devem ser exigidos por meio do Estado, demandando algumas medidas de natureza material, admite que, especificamente, quanto ao direito à saúde, este recebeu uma regulamentação menos incisiva, pois não o garante como direito subjetivo público. Diz ainda que o texto constitucional concedeu ao legislador ordinário ampla margem de autonomia quanto à definição e garantia dos direitos sociais, que denomina “livre espaço de conformação”. Conclui afirmando que “num sistema pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações, consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado.”

Importante destacar que os direitos fundamentais sociais podem ser entendidos como direitos a prestações estatais, de modo que na doutrina, há quem os classifique como sendo verdadeira liberdade positiva do indivíduo em face do Estado, sendo resultado daquilo que foi o alicerce da Constituição Francesa de 1793, sem se distanciar das questões sociais que ganharam maior evidência

³⁵⁵ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? *In: As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Organizadores: André Luiz Fernandes Fallet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Editora Juspodivm, 2013, p. 403-429.

³⁵⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 239-260.

durante o século XIX.³⁵⁷ Como se vê, a concretização de políticas públicas, visando à efetivação dos direitos sociais, enfrenta as mais diversas barreiras. Sendo a principal, a questão envolvendo disponibilidade financeira. Disso não podemos nos afastar. Porém, quando se trata de implementação de políticas públicas que dizem respeito a direitos que integram ao mínimo existencial, como ocorre com a saúde, o argumento da reserva do possível não pode servir de justificativa do Poder Público para não colocar à disposição da população um serviço de boa qualidade, ainda que para isso seja necessária a intervenção do Poder Judiciário em questões inerentes à esfera administrativa, e, se necessário, até com a realocação de valores de outras áreas.

Como se observa do texto constitucional, o direito à saúde está inserido naquilo que a doutrina chama de competência comum dos entes que formam a Federação, quer dizer, a competência é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou seja, nenhum ente integrante do Estado Federal Brasileiro pode se furtar ao dever de fornecer saúde pública a todos, independentemente de qualquer contrapartida. No entanto, esse direito, analisado sob a ótica do campo teórico, beira à perfeição. Na prática, sabemos que a realidade brasileira se mostra bastante complexa e cheia de falhas quando se cuida da prestação da saúde pública. Porém, como se trata de direito social, diretamente relacionado ao direito à vida, não basta a mera eficácia no plano formal. Necessária a efetiva implementação desse direito no mundo real, concreto. Para Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro³⁵⁸ “antes de ser um direito público subjetivo à prestação estatal é direito objetivo, incorporado na ordem jurídica, também é um direito positivo no sentido de direito vigente do qual se irradiam direitos, deveres, pretensões, ações e exceções”.

Questão não menos controvertida, diz respeito a saber até que ponto é admitida a interferência do Judiciário nos temas que envolvem a concretização do

³⁵⁷ BRAUNER, Arsênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In *As novas faces do ativismo judicial*. In FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (Orgs.). Salvador: Juspodivm, 2013. p. 597-624.

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang e MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro* - Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011, p. 77. “Aliás, o artigo 196 da Constituição Federal afirma que a saúde é um direito de todos e, principalmente, um dever do Estado que deve ser posto em prática mediante a implementação de políticas sociais e econômicas. Atente-se que tais políticas sociais e econômicas devem exprimir uma forma de efetivação da saúde, pois como norma fundamental, o Estatuto de 1988 consagra os seguintes princípios subjacentes ao direito à saúde: a universalidade; a descentralização; a solidariedade; o atendimento integral; a prevenção; a regionalização e hierarquia.”

direito à saúde, ou seja, os limites do ativismo judicial. Parte significativa da doutrina indica, como marco limitador dessa interferência do Judiciário, a questão da reserva do possível. Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro³⁵⁹ apresentam reservas ao princípio da reserva do possível. Sustentam que não se cuida de escassez de recursos do Estado, na realidade, falta responsabilidade social e que somente há escassez quando há falta de solidariedade entre os particulares e o poder público. Afirmam os citados autores que, por ser o direito à saúde um dever social do Estado e ao negar esse direito o ente estatal estaria cometendo uma omissão em relação a um direito fundamental, e, por conseguinte, violando a dignidade da pessoa humana e a própria vida. De maneira que, as decisões judiciais que interferem no seio da Administração Pública, com o objetivo de concretizar esse direito, encontram amparo na própria Constituição e em todo o ordenamento, porque o sistema brasileiro está alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana.

8. O ativismo judicial e a possibilidade de concessão dos benefícios da justiça gratuita *ex officio* pelo magistrado

No ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita frequenta os textos constitucionais desde 1934, como se infere da leitura do artigo 113, que cuidava dos direitos e das garantias individuais, item 32 “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.” Salvo a Constituição de 1937, textos com semelhante redação fizeram partes das demais Constituições Brasileiras desde então, inclusive na Constituição de 1988, no art. 5º, LXXIV, que normatiza os direitos

³⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro* - Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011, p. 80. “Como ao direito à saúde corresponde um dever do Estado, dever constitucional, o Estado, ao negar a proteção perseguida, omite-se em garantir o direito fundamental à saúde, e, agindo assim, humilha a cidadania, descumpra o seu dever e assume uma prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. Logo, as decisões judiciais que ordenam a Administração Pública a dar continuidade ao tratamento médico ou ao fornecimento de medicamentos são totalmente balizadas pela Constituição Federal Brasileira. Todo o ordenamento jurídico brasileiro está iluminado pelo valor ‘dignidade’, emprestado ao humano (artigo 1º III da CF/1988).

e garantias fundamentais, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Vale observar que a Constituição vigente refere-se, expressamente, à expressão “assistência jurídica integral e gratuita”, como se vê, o termo assistência jurídica é mais abrangente do que gratuidade judiciária.³⁶⁰

A Constituição vigente garante, no art. 5º, XXXV, como direito fundamental, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Já vimos que essa garantia de acesso ao Judiciário não pode ser encarada apenas sob o ponto de vista formal, necessário que seja efetivo acesso à justiça. Esse acesso efetivo à justiça e não somente ao Poder Judiciário vem sendo alargadamente reconhecido como de suma importância entre os direitos individuais e sociais, pois a simples condição de ser titular de um direito, porém desacompanhada de instrumentos que permitam o gozo desse direito, de nada vale. Portanto, o acesso à justiça é considerado o mais básico dos direitos humanos nos sistemas jurídicos que buscam a efetiva igualdade a todos,³⁶¹ exatamente como ocorre no sistema brasileiro.

³⁶⁰ MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Acesso à Justiça e Defensoria Pública . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3491, 21 jan.2013. (NBR 6023:2002 ABNT) Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23504>>. Acesso em: 25 jan. 2016. “Assistência judiciária é o acompanhamento, por um profissional do Direito, a uma das partes no processo judicial. Consiste no serviço prestado por advogado a um dos litigantes no âmbito do processo. Pode ser gratuita ou onerosa, particular ou pública. Assistência jurídica, por outro lado, é mais abrangente de que a assistência judiciária, por abarcar, além da atuação no processo judicial, também a extrajudicial, mediante consultas, orientação, acordos, entre outros.”

³⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 11-13. “O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas sob essas discrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”

Como se percebe, esse acesso à Justiça é um direito fundamental que não pode ser negado apenas por um apego excessivo à forma, como por exemplo, quando não houver pedido de justiça gratuita. O aspecto que nos causa incômodo consiste na resistência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em não aceitar a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária, quando não houver pedido expresse.³⁶² Na mesma linha, o entendimento do Supremo Tribunal Federal.³⁶³

A garantia fundamental do acesso à justiça não se exaure com o simples ato de provocar o Judiciário. Incluem-se, nessa garantia, o efetivo direito de defesa, com a possibilidade de ser ouvido em juízo e capaz de influenciar o juiz na formação de sua convicção para decidir a causa. Esse direito deve ter como meta uma decisão sobre o mérito da questão posta em juízo, por isso, simples obstáculos de natureza processual não podem ser vistos como empecilhos ao exame do mérito. “Esse direito não pode ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta de condições da ação ou de pressupostos processuais (...)”³⁶⁴

A Lei 1.060/50, que normatiza os casos de concessão da assistência judiciária aos necessitados, fala em seu art. 2º que poderão se beneficiar desta lei “os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.” No entanto, a doutrina afirma que a interpretação a esse dispositivo deve ser ampliada, de forma a alcançar não somente aos residentes no país, mas a todos que necessitam do acesso à Justiça e não tenham condições de suportar as despesas do processo.³⁶⁵

Embora a Lei 1.060/50 não se refira expressamente às pessoas jurídicas, no parágrafo único do art. 2º, fala em “(...) todo aquele cuja situação econômica não lhe

³⁶² AgRg nos EDcl no AREsp 167.623/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/02/2013). “É vedada a concessão *ex officio* do benefício de assistência judiciária gratuita pelo magistrado, caso não haja pedido expresse da parte. Precedentes.”

³⁶³ RE 550202 AgR. Relator: Min. Cezar Peluso “(...) A concessão do benefício da assistência judiciária gratuita está condicionada à afirmação, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família (...)”.

³⁶⁴ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 14mar2016.

³⁶⁵ MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Acesso à Justiça e Defensoria Pública. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3491, 21 jan.2013. (NBR 6023:2002 ABNT) Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23504>>. Acesso em: 25 jan. 2016. “Quanto a quem pode ser beneficiário a Justiça Gratuita, apesar de a LAJ falar apenas em ‘nacionais ou estrangeiros residentes no país’, entende-se que, tendo em vista o princípio da igualdade, tal direito deve ser estendido a todos os que precisem da tutela jurisdicional em território brasileiro, seja nacional ou estrangeiro, residente ou não no país.”

permita pagar as custas do processo(...)". A jurisprudência dos Tribunais Superiores, atualmente, parece não ter muita resistência à concessão dos benefícios também para as pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos,³⁶⁶ desde que comprovem que não dispõem de condições de suportar as despesas com o processo.

Este tema foi devidamente alterado no novo Código de Processo Civil, mais precisamente nos artigos 98 a 102, revogando vários dispositivos da Lei 1.060/50. No novel diploma, há expressa previsão incluindo as pessoas jurídicas como possíveis beneficiárias da gratuidade judiciária de acordo com o art. 98, da Lei 13.105/15.³⁶⁷ Assim, elimina-se a dúvida existente até então. Pois a Constituição não faz distinção entre pessoas físicas e jurídicas. Ao contrário, afirma apenas que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos." O artigo 98³⁶⁸ do Novo Código de Processo Civil afasta qualquer dúvida a respeito da concessão do benefício aos estrangeiros. Isso reforça a tese que não pode haver barreira impeditiva de acesso à justiça a quem dela necessitar.

Em boa hora veio a mudança no plano legislativo, porque quando nos deparamos com situação que envolve direito fundamental, parece não haver campo para tratamento diferenciado entre as pessoas, sejam ou não pertencentes a uma mesma nação. Aqui, tem espaço para aplicação do princípio da universalidade que tem alicerce no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, não parece haver justificativa de tratamento diferenciado para o estrangeiro residente no Brasil e o estrangeiro não residente.³⁶⁹

³⁶⁶ Súmula 481, STJ: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais."

³⁶⁷ Artigo 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

³⁶⁸ Lei 13.105/15, Artigo 98. "A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei."

³⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 220. "Hipótese distinta é a da extensão da titularidade de direitos fundamentais a qualquer estrangeiro, ainda que não residente, mesmo nos casos em que tal não decorre diretamente de disposição constitucional expressa. Neste contexto, há que invocar o princípio da universalidade, que, fortemente ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, evidentemente não permite a exclusão generalizada de estrangeiros não residentes da titularidade de direitos, sendo correta a tese de que pelo menos todos os direitos diretamente fundados na dignidade da pessoa humana são extensivos aos estrangeiros. Também aqui assume relevo o que poderia ser

Indiscutível que há inúmeros dispositivos legais e constitucionais sobre a gratuidade judiciária. O questionamento que se faz é por que não admitir que esse benefício seja concedido *ex officio* pelo juiz. Quais seriam as razões impeditivas dessa atitude do magistrado, sem pedido da parte? Não nos parece haver um argumento mais consistente. Pois, para aqueles que defendem que haveria lesão ao princípio dispositivo, vale lembrar que não existem princípios absolutos. Não queremos dizer com isso que esse benefício possa ser concedido de maneira irrestrita, pois somente nos casos em que haja risco da demora da concessão do provimento jurisdicional, como por exemplo, quando a demanda versar sobre a concessão de um direito fundamental, como sói acontecer com o direito à saúde, o magistrado não pode limitar a concessão do provimento, sob o argumento de que não houve recolhimento de custas iniciais, nem tampouco houve pedido de gratuidade de justiça. Em certas situações, não se mostra razoável negar um direito fundamental em razão de uma falha do advogado, fazendo com que o apego excessivo às formas se sobreponha ao direito vindicado. Portanto, diante da análise do caso concreto, é que o magistrado poderá suprir falhas dessa natureza visando à preservação do direito da parte.

Ora, é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁷⁰ que o juiz pode revogar, sem necessidade de pedido nesse sentido, os benefícios da gratuidade judiciária, desde que haja modificação na situação econômica da parte beneficiária. Logo, até em razão do princípio da simetria, qual o motivo para impedir também a concessão gratuidade *ex officio*? A nosso ver, não há. Portanto, se pode revogar diante da alteração da situação econômica da parte beneficiária, mais razão existe para a concessão do benefício, preservando e garantindo um direito fundamental. Evidente que não se defende aqui uma liberalidade absoluta, apenas nos casos em que o direito esteja em perigo.

8.1. A gratuidade de justiça e o patrocínio em juízo por advogado particular

chamado de função interpretativa do princípio da universalidade, que, na dúvida, estabelece uma presunção de que a titularidade de um direito fundamental é atribuída a todas as pessoas”.

³⁷⁰ REsp 1196015 – MG. Ministro Relator CASTRO MEIRA. DJe 19/08/2010. “Esta Corte admite que o magistrado revogue *ex officio* o benefício da assistência judiciária gratuita, caso haja modificação de seus pressupostos, ressalvada a possibilidade de oitiva da parte requerente para fins de regularização do preparo, providência inócua na hipótese.”

Quando o jurisdicionado se apresenta em juízo assistido pela Defensoria Pública ou por outro ente que desempenhe trabalho análogo, como ocorre com os chamados “Escritórios Modelos,” que prestam serviços de assistência judiciária, sem cobrar por isso, mantidos por algumas faculdades de direito, entendemos que nesses casos, a presunção de que a parte não pode custear as custas do processo e os honorários advocatícios já é presumida. Isso porque as pessoas que são atendidas por esses núcleos de assistência já passam por uma triagem sobre as condições econômicas. Enfim, apenas as pessoas que realmente não dispõem de condições de suportar as despesas do processo, são atendidas por esses núcleos. Mesmo assim, os juízes, em regra, exigem pedido expresso para a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

A concessão dos benefícios da gratuidade de justiça tem como principal objetivo conceder às partes iguais chances, não é torná-la melhor assistida nem tampouco prejudicar a outra a parte. A respeito desse tema, esclarece Leonardo Greco.³⁷¹

A polêmica maior surge quando a pessoa, mesmo sem condições de custear as despesas do processo, apresenta-se em juízo assistida por advogados particulares. Nesses casos, muitos juízes resistem em conceder a gratuidade sob o frágil argumento de que a pessoa que dispõe de condições para pagar um advogado particular, presume-se que tenha condições de pagar as despesas do processo. Ou simplesmente indeferem o benefício porque a parte tem emprego fixo, ou residência própria ou ainda porque recebe algum benefício previdenciário ou ainda pelos simples fato de se tratar de pessoa jurídica.³⁷²

³⁷¹ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 14mar2016. “A gratuidade visa a garantir ao pobre paridade de tratamento e igualdade de chances no acesso à tutela jurisdicional, mas não a colocá-lo em posição mais vantajosa do que a do seu adversário, sob pena de transformar-se num instrumento de privilégio. O usuário da justiça paga tem um freio natural que o inibe de abusar do direito de demandar: a ameaça de ter de arcar com os encargos da sucumbência, como custas, honorários advocatícios e honorários periciais. O pobre não tem esse freio, o que pode levá-lo a tornar-se um desenfreado litigante de má fé. Para evitar esse abuso e tentar assegurar igualmente a boa-fé do litigante pobre, alguns países exigem que este produza, ainda que sumariamente, alguma prova do direito alegado, antes da concessão da gratuidade, sob pena de indeferimento desta.”

³⁷² PAULA, Alexandre Sturion de. *Ativismo Judicial no Processo Civil – Limites e Possibilidades Constitucionais*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012, p. 198-199. “Ao agirem deste modo referidos magistrados estão indiscutivelmente obstando o acesso constitucional à justiça, sem qualquer razão ou subsídio, visto que a impugnação à assistência judiciária deve ser realizada pela parte adversa com sobejo de provas que demonstrem a falsidade da alegação de pobreza da parte assistida. Observe-se que, pela análise do comando legal não observamos qualquer discricionariedade ao juiz

Agora, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, está expresso que o simples fato de a parte estar em juízo assistida por advogado particular, não impede a concessão do benefício.³⁷³ Assim, acaba-se com o argumento, já inconsistente, no sentido de que quem está patrocinado em juízo por advogado particular, tem condições de pagar as despesas do processo.

Com a redação atual dada aos artigos 98 a 102 do novo Código de Processo Civil, elimina-se a confusão terminológica entre assistência judiciária gratuita e gratuidade de justiça. A assistência gratuita relaciona-se com o patrocínio da causa, por exemplo, quando assinada por Defensor Público, Escritórios de Prática Jurídica das Faculdades de Direito ou por advogado particular sem cobrar nada do cliente ou até mesmo no caso do patrocínio em causa própria. Por outro lado, a gratuidade de justiça se refere às despesas do processo, como custas judiciais, selos postais, despesas com publicação etc. Destacamos que o fato de a pessoa ser beneficiária da gratuidade de justiça não impede que seja condenada nas custas do processo, se restar vencida na demanda, apenas fica suspensa a exigibilidade dessa verba pelo prazo de 5 (cinco) anos.³⁷⁴

9. O ativismo judicial e o controle do mérito dos atos administrativos

De início, cabe lembrar a possibilidade de os atos praticados pela Administração Pública serem controlados pelo Poder Judiciário. Isso somente resta possível em um modelo complexo de Estado, pois quando estamos diante de um modelo de Estado estruturado em uma monarquia absoluta, modelo em que a vontade do rei se confunde com a vontade do próprio Estado, isso não é possível. Importa ressaltar, que no modelo de Estado brasileiro, em regra, todos os atos

em conceder ou não o pedido, pois tratando-se de requerimento em exordial de concessão de assistência judiciária gratuita basta a simples afirmação para que se conceda o benefício pleiteado.”

³⁷³ Lei 13.105/15, artigo 99, § 4º “A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.”

³⁷⁴ Lei 13.105/15, artigo 98, § 3º “Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.”

praticados pelo Estado-Administração são passíveis de controle pelo Judiciário, em razão do previsto no artigo 5º, XXV, CF.³⁷⁵

Manoel Gonçalves Ferreira Filho,³⁷⁶ depois de afirmar que em um primeiro momento, o controle dos atos de natureza administrativa pelo Poder Judiciário ocorria apenas na modalidade controle negativo, de forma que a conveniência e oportunidade, ou seja, o mérito do ato administrativo não poderia ser objeto de controle pelo Judiciário, admite que no final do século XX, esse cenário começa a mudar, passando a ser admitido o chamado controle positivo do ato administrativo pelo Judiciário. Esse modelo de controle “positivo” já ganha espaço mesmo antes da Constituição de 1988 e se sustenta essa afirmação com base na edição da Lei de Ação Popular de 1965 e na Lei de Ação Civil Pública de 1985 e se reforça com a previsão do mandado de injunção e do controle de constitucionalidade por omissão na Constituição vigente. Conclui afirmando que esse “controle positivo é assunção pelo Judiciário de função política, é a judicialização da política.”

Quando nos referimos ao ativismo judicial ou mesmo à judicialização da política, normalmente vem-nos à mente a questão da separação dos Poderes como alicerce constitucional e que essa postura do Poder Judiciário acaba por invadir uma esfera de governo estranha àquela que a Constituição lhe reservou. Isso, sem dúvida, tem contribuído para o crescimento de adeptos e de críticos ao ativismo judicial. Para os defensores do ativismo judicial, o Poder Judiciário pode interferir no

³⁷⁵ APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005, p. 108. “O controle judicial dos atos da Administração Pública pressupõe uma distinção entre um governo ordenado para a consecução de finalidades de natureza política – as quais podem derivar de um regime representativo ou concentrado de exercício de poder – e uma máquina administrativa estruturada a partir de uma burocracia técnica, vocacionada a concretizar os comandos governamentais. Somente em um modelo de Estado complexo é possível se conceber esta distinção. O exercício concentrado do poder político, derivado das monarquias de cunho absoluto, de modo algum permitia esta diferenciação, na medida em que a vontade do Rei se expressava através dos agentes estatais. A distinção assume uma significativa importância, quando se considera que todos os atos da Administração Pública – por imposição direta do artigo 5º, XXXV, da CF/88 – estão sujeitos à revisão judicial. O mesmo não se pode afirmar no tocante aos atos (e omissões) de governo, os quais somente serão objeto de revisão judicial nos casos em que o controle emergir de um dever direto imposto pela Constituição. Muito embora, sob o ponto de vista constitucional, a prática dos atos administrativos e dos atos políticos de governo esteja jungida aos limites impostos pela Constituição, não se pode olvidar que a Administração Pública está diretamente vinculada ao princípio da legalidade. No plano concreto, a separação melhor definida entre Administração (e suas ações), Governo (e sua competência política) e chefia de Estado (também com suas atribuições), ampliou o escopo do controle jurídico dos atos administrativos, ao facilitar a distinção entre eles e os atos políticos estrito senso, menos suscetíveis ao crivo do Direito.”

³⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do Judiciário e suas implicações*. In Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial. Coord. José Carlos Francisco. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, item III, p. 224.

mérito das questões administrativas, sem que isso cause lesão à separação dos poderes,³⁷⁷ pois essa postura encontra amparo no texto constitucional.

O princípio da separação dos Poderes não resta malferido quando se verifica situação em que o Judiciário interfere em questões comumente reservadas aos outros Poderes. A rigor, cuida-se tão somente de uma espécie de divisão das responsabilidades políticas de cada um dos órgãos detentores de Poder. “A separação dos Poderes se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício, a título ocasional, de uma determinada função por órgão não-especializado, desde que compatível com sua atividade-fim.”³⁷⁸

A ideia de separação dos Poderes, na atualidade, não mais se submete ao rigor de outrora, principalmente quando se fala da implementação de políticas que objetivam a concretização de direitos fundamentais. De maneira que esta separação deve ser examinada mais com um olhar de colaboração, pois os direitos se concretizam com mais facilidade se os Poderes colaborarem entre si, em vez de se manter uma rigidez na separação.³⁷⁹

³⁷⁷ LEINER, Marchetti Pereira e VILAS BOAS, Virgínia Lacerda. *Judicialização dos atos administrativos*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos>. Acesso em 26jan2016. “O Poder Judiciário atualmente usa das prerrogativas alcançadas pela nova Constituição e impõe através de decisões proativas obrigações a serem cumpridas pelo Poder Executivo, interferindo na execução das políticas públicas traçadas por ele, adentrando muitas vezes o mérito da questão com o objetivo quase sempre de defender a garantia dos direitos fundamentais. De certa maneira, tal posicionamento adotado pelo Judiciário, não ofende o sistema adotado de pesos e contrapesos, entretanto, há de se respeitar a linha tênue existente entre seus limites e sua ação deve estar delimitada a aplicação das normas legais.”

³⁷⁸ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 233.

³⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro* - Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011, p. 22. “Em pleno século XXI não mais são autorizadas as articulações que promovam uma rígida separação de poderes, funções e competências cometidas ao Estado, aos órgãos estatais ou seus agentes; vigoram e imperam os princípios da colaboração e da subsidiariedade. Ademais, a separação de poderes na atualidade está submetida por variantes multidimensionais: contexto global, nacional, regional e local, pois os poderes se comunicam e necessitam cada vez mais de interação e velocidade no tráfico das informações necessárias para as articulações políticas nesses diversificados cenários, o que faz atual a célebre afirmação incluída no *The Federalist* n. 51: ‘[...] *defense must [...] be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition*’. Assim, as questões que envolvem as diversas esferas de poder exigem procedimentos de blindagem de valores de determinados segmentos sociais, notadamente os menos favorecidos, bem como alguma ousadia para confrontar pretensões de dominação ou império sustentadas por outros interesses, especialmente os mais favorecidos. Em qualquer caso, observe-se que o objeto imediato da “separação de poderes” tem como núcleo duro a proteção e promoção da liberdade, bem maior da cidadania e condição indispensável para pensar-se uma sociedade democrática, ordenada por fins que promovam a dignidade da vida na sua dimensão individual, social e ecológica afastada desta forma toda pretensão ao absolutismo, opressão e ocultação dos direitos humanos e de direitos fundamentais.” (destaques no original).

Em sentido oposto, os que defendem maior limitação às interferências do Poder Judiciário nas esferas administrativas, justificam esse ponto de vista, fundamentalmente, no fato de que os integrantes do Judiciário não passaram, antes de ingressar na carreira, por um processo seletivo com a participação direta do povo, como sói acontecer com os integrantes do Executivo e do Legislativo. A rigor, o Judiciário não ocuparia uma posição de órgão de representação popular, portanto, seria um poder sem vontade política própria.³⁸⁰

A doutrina mais tradicional, em regra, afirma que ao Poder Judiciário é defeso examinar o mérito dos atos administrativos, sendo-lhe lícito apenas se ater ao aspecto da legalidade. Esse seria o limite do controle jurisdicional a ser exercido pelo Judiciário.³⁸¹ Importa salientar que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário é bastante salutar para o sistema democrático, porque nesse modelo de Estado, a ninguém é dado o direito de fugir aos mandamentos legais, inclusive o próprio ente estatal. Assim, o objetivo da intervenção do Poder Judiciário, nesses casos, é corrigir eventuais desvios praticados pelo Administrador.³⁸² Ou seja, pouca valia teria o mandamento que impõe ao Estado submeter-se à lei, se não houvesse um órgão com aptidão para corrigir eventuais desmandos e essa função

³⁸⁰ LEINER, Marchetti Pereira e VILAS BOAS, Virgínia Lacerda. *Judicialização dos atos administrativos*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos>. Acesso em 26jan2016. “Todavia, é certo que o Poder Judiciário não passou pelo sufrágio universal e pela sabatina popular e, portanto, não pode se revestir deste encargo, ele não é órgão representativo, seu designo é aplicar a norma ao caso concreto de forma isenta, técnica e neutra e para tanto é imprescindível seu distanciamento em relação ao meio social de modo a não ferir o sistema democrático. Afinal, apesar de sua atividade não ser meramente mecânica, o Poder Judiciário não possui vontade política própria e não têm em seu domínio os instrumentos necessários para diagnosticar as peculiaridades do Poder Executivo. (...)”

³⁸¹ LEINER, Marchetti Pereira e VILAS BOAS, Virgínia Lacerda. *Judicialização dos atos administrativos*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos>. Acesso em 26jan2016.

³⁸² FRANÇA, Phillip Gil e VANNUCCHI, Maria Cecília Soares. Uma análise do controle judicial dos atos administrativos de atendimento à saúde pública. Disponível em: emporiadodireito.com.br. Acesso em 26jan2016. “Ao Judiciário, quando provocado, cabe a verificação da consonância do ato administrativo com a respectiva disposição legal que o embasa, ou seja, é de sua competência a análise de critérios objetivos do ato administrativo. Este Poder do Estado, em princípio, conforme estrita observação do princípio constitucional da tripartição dos Poderes (artigo 2º. da CF/88), não poderia interferir na análise de critérios subjetivos (mérito: critérios de conveniência e oportunidade) do ato emanado por entes do Poder Executivo, apenas tendo a capacidade de revisão dos aspectos legais – objetivos.

Entretanto, com a evolução da ideia de que a efetiva limitação do Estado deveria ultrapassar a visão linear e cartesiana da legalidade, criaram-se novos instrumentos jurídicos para o controle do exercício da função administrativa.

Pela via do controle externo, facilmente constatável a relevância do filtro da legalidade sobre os atos administrativos, porquanto se trata de critério de controle jurisdicional da atuação da Administração Pública.

A lei que resulta da vontade geral e submete a atuação pública será aquela que exige observância dos ideais de justiça e isonomia, aqui considerada como instrumento de igualização dos socialmente desiguais.”

deve ser desempenhada pelo Judiciário, por ser o órgão integrante do poder estatal, dotado de imparcialidade.

Importa destacar que o mérito do ato administrativo pode ter sido alcançado por meio de atitudes viciosas do Administrador Público, sendo apto a causar lesão aos direitos fundamentais.³⁸³ Nessas hipóteses, a decisão judicial pode sim adentrar ao âmago do ato administrativo, visando sua adequação aos parâmetros constitucionais.

Também, cabe destacar que quando se fala de ato administrativo discricionário, não quer significar que o Administrador esteja totalmente livre para agir, pois sempre haverá, mesmo nos atos vinculados, a chamada “vinculação finalística aos valores e princípios constitucionais, com especial ênfase aos contidos no art. 37, *caput*, da CF/88”.³⁸⁴

Como se vê, não há ainda um marco delimitador da atuação do Poder Judiciário nas questões de natureza política. Alguns defendem que essa ingerência do Judiciário na esfera administrativa deveria possuir um caráter temporário e excepcional, apenas com o intuito de defender a aplicação e concretização dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, porém, com a cautela necessária para evitar a invasão no mérito das questões pragmáticas do gestor público.³⁸⁵

Resta também indiscutível que o Administrador Público, na prática de seus atos rotineiros, tem larga margem de discricionariedade que, embora muitas vezes, confundida com arbitrariedade. A discricionariedade pode ser entendida como a liberdade de atuação do administrador concedida pela lei, de modo que, diante do caso concreto, o Administrador deve tomar a decisão que melhor satisfaça ao interesse público. Por outro lado, a arbitrariedade se caracteriza quando o Administrador ultrapassa os limites traçados na lei. Portanto, a decisão judicial, a princípio, não deve adentrar ao campo da discricionariedade, sob pena de o juiz substituir o administrador, e sabidamente, não tem respaldo popular para isso. A questão delicada diz respeito a saber se a decisão que determina o fornecimento de medicamentos a uma pessoa ou que manda internar uma pessoa em leito de UTI

³⁸³ FRANÇA, Phillip Gil e VANNUCCHI, Maria Cecília Soares. Uma análise do controle judicial dos atos administrativos de atendimento à saúde pública. Disponível em: emporiododireito.com.br. Acesso em 26jan2016.

³⁸⁴ APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005, p. 119.

³⁸⁵ LEINER, Marchetti Pereira e VILAS BOAS, Virgínia Lacerda. Judicialização dos atos administrativos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos>. Acesso em 26jan2016.

em nosocômio privado, às custas do Poder Público, estaria ou não invadindo o campo da discricionariedade administrativa. Por isso, que todo ato jurisdicional, mormente os que adentram à esfera comum de outro Poder, deve estar pautada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.³⁸⁶

Portanto, quando se cuida de interferência do Poder Judiciário, na esfera administrativa, visando à concretização de um direito fundamental, como acontece com o direito à saúde e, em consequência, o direito à vida, não pode considerar como uma invasão de competência, porque o pano de fundo justificador dessa “invasão” é um bem de valor superior.

10. Críticas ao ativismo judicial

O ativismo judicial tem sido objeto de muitas críticas por parte da doutrina. Uma das mais ferrenhas críticas se lastreia no fato de que o modelo jurídico brasileiro segue o sistema da *civil law*, em que a observância à legislação é muito forte, de maneira que o juiz não poderia adotar uma postura proativa porque, assim agindo, estaria cometendo indevida invasão na esfera legislativa. Enfim, ao magistrado não é dado o direito de interpretar a lei de maneira que melhor lhe aprouver. Quer dizer, nesse sistema jurídico, o juiz que adotar uma postura ativa nas

³⁸⁶ DIAS, Bruno dos Santos. *Ativismo judicial: o poder judiciário como protagonista do necessário controle para a discricionariedade desregrada e omissão injustificada do poder executivo*. Rio de Janeiro. 2013, p. 13. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 1º fev 2016. “Pela excessiva discricionariedade pertencente ao Chefe do executivo em determinados atos, deve ser realizado certo controle judicial. Em razão disso podemos classificar os atos administrativos em dois tipos: vinculados e discricionários. Atos vinculados são aqueles que a lei determina a sua feitura e o administrador não tem nenhuma opção a não ser fazê-lo da forma que legalmente é estabelecida. Atos discricionários são aqueles que possibilitam ao administrador a valoração da conveniência e oportunidade para a realização de determinado ato. Todos os atos são submetidos à apreciação do Poder Judiciário no que diz respeito à sua legalidade. Dúvida é se os atos discricionários, além de ser submetidos à jurisdição pela sua legalidade, podem também o ser quanto ao seu mérito administrativo. O controle judicial deve ser exercido valendo o magistrado da razoabilidade e proporcionalidade a ele inerente, tem-se essa necessidade para que o juiz não se caracterize como verdadeiro administrador público. Porém, a questão que se põe em debate é no sentido de se a decisão que determina a construção de uma creche ou a que fornece medicamentos para determinada pessoa ou ainda, determine ao paciente determinada vaga hospitalar, seria fazer do juiz um verdadeiro administrador público.”

suas decisões, estará incorrendo em um desvirtuamento de suas funções e ingressando no campo reservado ao Legislativo e ao Executivo.³⁸⁷

Como dito, várias são as críticas ao ativismo judicial, umas até excessivamente ácidas, dentre as mais difundidas posições contrárias a esse modelo processual, destacam-se: a) o esfacelamento dos poderes constituídos pelo constituinte originário; b) a evidente ausência do componente político na escolha dos juízes, o que acabaria tornando essa postura ativa deslegitimada, em razão da não participação do povo na formação dessa vontade; c) a criação de uma zona de conforto para os integrantes do Legislativo e do Executivo, pois a tendência seria esperar a decisão judicial, sem demonstrar preocupação em resolver as fontes dos problemas que acabam por levar as pessoas a buscar o Judiciário para resolver uma questão que, normalmente, seria da alçada dos outros Poderes; d) a quebra do tratamento isonômico entre as pessoas, por parte do poder público, em razão de, apenas um grupo, ainda pequeno, de pessoas que tem acesso ao Judiciário, principalmente em lugares com poucos advogados e sem Defensoria Pública; e) uma exposição excessiva do Judiciário, ganhando um protagonismo desmedido.³⁸⁸

Engrossando as críticas ao ativismo, o ex-ministro da Corte Suprema dos Estados Unidos, Antonin Scalia, ao ser questionado sobre a importância do ativismo judicial para a democracia, indagou se os juízes sabem, efetivamente, o que é melhor para o povo, asseverando que os magistrados fazem parte de um segmento da sociedade altamente aristocrático. Concluindo que, se alguém deseja saber o real pensamento da população, que se dirija ao Legislativo e não ao Judiciário. Encerra o assunto com uma frase recheada de ironia. A única coisa que os juízes sabem, é que eles acham que são melhores para o povo.³⁸⁹

³⁸⁷ GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 287-302. “É o caso do Brasil, por exemplo, país onde o sistema jurídico é pautado na mais fiel observância à legislação material. É função do Legislativo e não do Judiciário criar as leis que serão aplicadas no nosso meio social. Ao Poder Judiciário resta tão só zelar pela sua interpretação e, utilizando o seu poder de coerção, fazer valer a vontade do legislador.”

³⁸⁸ GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 287-302.

³⁸⁹ *Ativismo judicial: afronta ou fortalecimento do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.guimaraesirmesearaujo.adv.br>. Acesso em 18 fev. 2016.

Lenio Luiz Streck,³⁹⁰ em entrevista ao portal de notícias conjur, teceu severas críticas ao ativismo judicial, chegando a afirmar que os julgadores, contando com o apoio de parte da doutrina, deveriam demonstrar preocupação com a aplicação da Constituição, no entanto, assumem uma postura de achar que sabem mais do que o constituinte, de maneira que, passamos a viver uma época em que o Direito é substituído por uma valoração feita pelos julgadores. Além disso, “caímos em uma espécie de pamprincipiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio”. Afirma que o ativismo é prejudicial para o sistema, sendo um dos fatores responsáveis pelo descompromisso dos julgadores para com as determinações delineadas no texto constitucional, e, conseqüentemente, pela existência da chamada justiça lotérica.

Na mesma senda do pensamento acima delineado, reforçando as críticas ao ativismo judicial, Glauco Gumerato Ramos³⁹¹ afirma que essa corrente tem a crença de que o juiz se apresenta como a salvação de todos os males da sociedade, com a justificativa de atingir o sentimento de “justiça” – a expressão entre aspas é do próprio autor – tenha o julgador que ultrapassar as garantias constitucionais e legais sobre o processo e essa postura acaba colocando o Judiciário como o protagonista da cena processual, quando, essa posição deveria ser ocupada pelas partes.

Dentre as inúmeras críticas ao ativismo, está a que indica que essa prática pode conduzir a situações geradoras de insegurança jurídica e que o ativismo seria visto como “um direito processual de exceção”. Porém, essa crítica não encontra maior base de sustentação porque o artigo 335, CPC/73 já permitia que o juiz, na ausência de norma jurídica, pudesse agir sem provocação das partes.³⁹² No atual Código de Processo Civil, mantém-se a mesma previsão, com pouca diferença de redação, agora no artigo 375.

³⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 22 fev. 2016.

³⁹¹ RAMOS, Glauco Gumerato. *Garantismo processual e poderes do juiz no projeto de CPC*. In FREIRE, Alexandre *et alii* (Coord.) Novas tendências do processo civil. Salvador: Juspodivm. 2014, vol. 2, p. 641-643. “O ativismo judicial segue na crença de que o juiz funciona no processo – ou deveria funcionar – como um redentor de todos os males sociais, ainda que para isso tenha que deixar de lado garantias constitucionais e legais. Ou seja, confia-se demasiadamente no senso de ‘justiça’ do juiz pessoa física, e isso potencializa o protagonismo judicial.”

³⁹² NETO, Armênio Clovis Jouvin. *Garantismo processual x ativismo judicial. Algumas reflexões sobre o conflito entre as duas teorias*. In: AURELLI, Arlete Inês, *et alii* (Coord.). O direito de estar em juízo e a coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 63-79.

Também, apontam os críticos do ativismo judicial, no sentido de que tal postura do magistrado acaba por violar o Princípio da Separação do Poderes que, no Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado brasileiro, mostra-se inaceitável, pois as funções de cada esfera de poder estão bem delineadas pela Constituição ao afirmar que os poderes são independentes e harmônicos entre si. De maneira que admitir que o Poder Judiciário possa interferir no campo de atuação do Executivo e do Legislativo, seria afronta ao Princípio da Separação dos Poderes.³⁹³ A resistência ao ativismo não para por aqui, continua o mesmo autor afirmando que, sob essa ótica, a coibição do ativismo é o melhor caminho, sob pena de se afastar completamente do pensamento montesquiano.

Adolfo Alvarado Velloso³⁹⁴ afirma que alguns juízes, utilizando-se do argumento de que estão praticando a defesa da Constituição, assumem um protagonismo na mídia e passam a interferir em temas que fogem do campo de suas atribuições, assumindo o ofício de governar. Dessa maneira, corre-se o risco de ingressar num campo do desgoverno, com dificuldades para se conseguir controlar.

Consta ainda das críticas ao ativismo judicial, a preocupação de que possa ocorrer uma desleal queda de braço entre os Poderes, de forma que o Judiciário passaria a exercer forças excessivas e chegar ao ponto de aquilo que se apresentava, inicialmente, como a solução dos problemas decorrentes da omissão dos outros poderes, chegaria a ser um problema para os interesses da democracia.³⁹⁵

³⁹³ GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 287-302. “O ativismo judicial, sob esse prisma, deveria ser coibido, na medida em que permite aos magistrados adotar iniciativas que são de competência exclusiva do Poder Legislativo e até mesmo do Poder Executivo. O ideal montesquiano de separação dos poderes prevê a necessidade de independência, exatamente para permitir um maior equilíbrio na manutenção do Estado, viabilizando a adoção de estratégias diferenciadas e especiais para cada órgão que compõe a máquina estatal.”

³⁹⁴ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*. Tradução: Glauco Gumerato Ramos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 13-34.

³⁹⁵ MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo judicial: Um caminho para a concretização dos direitos fundamentais*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.) *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 157-176.

Ainda que não tecendo críticas ao chamado ativismo judicial, Inocência Mártires Coelho³⁹⁶ afirma que esse movimento nada mais é do que uma tentativa de rebatizar, sem preocupação crítica, a criação judicial do direito.

Ainda sobre as críticas lançadas contra o ativismo, segundo Luiz Flávio Gomes³⁹⁷ destacam-se o risco de o Judiciário perder sua legitimidade democrática, que já existe por vias oblíquas, na medida em que se fundamentam naquilo que foi objeto de discussão e aprovação pelo Legislativo. De forma que, quando o julgador julga de forma a inovar o ordenamento jurídico, acaba por se intrometer na seara reservada a outro Poder. Também, corre-se o risco, em sendo admitido que o Judiciário possa livremente decidir sem observância às regras vigentes, de se chegar a uma situação de total ausência de garantias. Isso seria inaceitável nos tempos atuais.

³⁹⁶ COELHO, Inocência Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* In: As Novas Faces do Ativismo Judicial. Organizadores: André Luiz Fernandes Fallet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Editora Juspodivm, 2013, p. 475-498.

³⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. STF – ativismo sem precedentes? Fonte: O Estado de São Paulo, 30/05/2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br>. Acesso em 15ago2016. "Qual é o problema de todo ativismo judicial legislativo ou proativismo? Está no risco de o Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática, que é indireta. Em que sentido? As decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem, nas decisões judiciais, aquilo que foi aprovado pelo legislador. Sempre que o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do Poder Legislativo, ou seja, intromete-se na função legislativa. Disso emerge um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito, que, certamente, ninguém no século 21 está disposto a aceitar.

Há outros riscos: se os magistrados do STF, um dia, só por hipótese, se engajarem nas ondas involutivas do Estado de polícia, surge também a ameaça de "hitlerização do Direito" (direito nazista). Se conferirem primazia a uma determinada religião, em detrimento das regras jurídicas, há o risco da "fundamentalização do Direito" (direito fundamentalista). Se não observarem nenhuma regra vigente no momento das decisões, pode-se chegar à "alternativização do Direito" (direito alternativo). O Direito construído pelo STF, de outro lado, pode resultar absurdamente "antiguarantista" - aliás, essa é a censura que muitos já estão fazendo em relação à Súmula Vinculante nº 5, que dispensa a presença de advogado nos processos disciplinares."

CONCLUSÃO

O desenvolvimento desse trabalho de dissertação do curso de mestrado em direito e políticas públicas mostrou parte das transformações por que passou o direito processual nos últimos anos.

O alicerce dessas transformações reside, basicamente, na ideia do movimento doutrinário chamado neoconstitucionalismo, que serviu de base para que todos os demais ramos do direito fossem analisados e interpretados de acordo com o pensamento traçado pelas Constituições modernas, ou seja, todos os segmentos do direito, como o direito penal, processual penal, civil, administrativo, processual civil fossem imaginados e concretizados tendo como elemento norteador os caminhos indicados pelo direito constitucional.

Com base nesse novo rumo que o direito tomou, passou-se a falar em constitucionalização do direito civil, do direito processual etc. Com o neoconstitucionalismo, o mundo passa a ter uma nova forma de interpretar o direito. A ideia até então predominante, na época do positivismo, era na trilha de que, aquilo que estava previsto na lei funcionava como uma verdade plena e o texto legislativo era o expoente máximo do direito, passou a ser vista com outros olhos, pois esse respeito extremo à lei acabou por permitir que verdadeiras barbáries fossem cometidas, como ocorreu na época do nazismo.

Por isso, principalmente após a segunda Guerra Mundial, o direito passou por profundas e significativas mudanças, período em que as Constituições começaram a incorporar em seus textos normas voltadas para os direitos fundamentais, atribuindo maior importância às pessoas, de modo que, o ser humano, em razão da dignidade que lhe é inerente, ganha maior respeito pelos ordenamentos jurídicos. A pessoa humana, nessa fase da história, passa a ser o centro das atenções de quase todos os ordenamentos jurídicos.

Como a ideia de novo direito constitucional, os valores morais e éticos passam a fazer parte de quase todos os textos constitucionais. A Constituição brasileira de 1988 seguiu essa trilha, colocando em posição de maior importância os direitos fundamentais. Isso, muito provavelmente, deu-se também em decorrência do período de exceção democrática por que havia passado o país entre 1964 e 1985.

Com o neoconstitucionalismo, as normas de natureza constitucional, principalmente aquelas que veiculam direitos fundamentais, passam a ter aplicabilidade imediata. Enfim, a Constituição assume o caráter de um diploma dotado de força normativa. Com isso, fica de lado a ideia de que a Constituição era mero documento de natureza política.

Nessa toada, surge um movimento que ganhou o nome de neoprocessualismo, que é o retrato do direito processual sob o espelho das normas constitucionais. Com o neoprocessualismo, enfim, as normas de natureza processual também passam a ser interpretadas em consonância com aquilo que dispõe a Constituição.

É com esse clima de mudança, no campo do direito constitucional, que o estudo do direito infraconstitucional passa por profundas mudanças. Aqui, a ideia prevalecente no período do positivismo dá lugar a uma interpretação do direito levando em consideração a dignidade da pessoa humana, o Estado passa a ter uma preocupação com o social, com os direitos individuais, sendo que a maioria das constituições traz um núcleo de proteção aos direitos fundamentais. Enfim, a dignidade da pessoa humana ganha sua real importância, de modo a evitar que atrocidades cometidas, com amparo na lei, durante o período da Segunda Guerra Mundial, não mais se repetissem.

Com isso, já se percebe que o mundo jurídico não comporta a figura de um juiz que funcione como um ser autômato que tinha como principal função aplicar a lei (*La bouche de la loi*).

A preocupação do Estado com o plano social, colocando a pessoa como o centro do ordenamento, fez com que alguns conceitos ligados ao campo do direito, passassem por mudanças. Como por exemplo, a ideia de que o princípio da inércia, quase intocável, era indispensável para preservar a jurisdição. Atualmente, a noção de inércia comporta mitigação em nome de uma prestação jurisdicional justa.

Diante desse novo panorama começou a surgir na doutrina, basicamente, dois movimentos, que, pelo menos a uma primeira vista, apresentam-se antagônicos. Foi o chamado ativismo judicial e o garantismo processual.

O garantismo surgiu com o objetivo de conter o excesso poder do Estado contra os indivíduos, com aplicação mais voltada para o campo do direito penal. No entanto, com o passar dos anos, o ideal garantista adquire afeição para todos os ramos do direito, inclusive na esfera do direito processual civil.

Não há dúvidas que, em razão do neoprocessualismo, que é o processo com um regramento mínimo assegurado nas Constituições, como a garantia de um devido processo legal, que abarca o direito ao contraditório, o direito à ampla defesa, a garantia de a parte ser patrocinada em juízo por advogado, sem obrigatoriamente ter que pagar por isso, desde que não tenha condições. O acesso ao Judiciário como garantia fundamental do cidadão, tudo isso faz parte do amplo conceito de devido processo legal.

A doutrina garantista processual, que a título de exemplo podemos indicar Alvarado Velloso na Argentina, Montero Aroca na Espanha, Glauco Gumerato Ramos no Brasil defende que o processo judicial é o instrumento mais eficaz na defesa da Constituição. Afinal de contas, o que se deve entender por garantismo processual? Alvarado Velloso³⁹⁸ sinaliza que o movimento chamado garantismo busca o irrestrito respeito às normas previstas na Constituição e nos Pactos internacionais que se encontram no mesmo patamar hierárquico das normas constitucionais. Diz que o juiz comprometido com o ideal garantista não deve ter preocupação com pessoas ou coisas, senão com a Constituição. Enfim, o juiz garantista deve se empenhar “em respeitar e fazer respeitar, a todo custo, as garantias constitucionais.”

Depois de muita pesquisa sobre os temas aqui estudados, não podemos negar a importância tanto do garantismo processual, que afinal de contas, todos defendem o respeito às garantias constitucionais. É que, o garantismo diz que sua preocupação é com o respeito às normas constitucionais, de forma que as partes tenham um julgamento conduzido por uma terceira pessoa (o juiz) que não pode tomar nenhuma atitude sem que antes seja provocado pelas partes, a exemplo, de mandar produzir uma prova *ex officio*.

De outro lado, o ativismo judicial permite e estimula o juiz a agir sem a necessidade de provocação das partes, como mandar produzir provas sem que as partes tenham requerido, isso porque, a Constituição garante a todos o efetivo acesso à justiça. Esse acesso à justiça não pode se contentar apenas com um acesso no plano formal, necessário que o acesso à justiça busque, efetivamente,

³⁹⁸ VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. Tradução: Glauco Gumerato Ramos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 13-34.

prestar uma boa jurisdição. Ainda que para isso, tenha o juiz que tomar atitude que normalmente ficaria a cargo das partes.

O argumento principal contra o ativismo judicial é no sentido de que o juiz ativista, ao produzir uma prova *ex officio*, por exemplo, acaba malferindo o princípio da imparcialidade do julgador. A crítica, a nosso ver, não se sustenta, pois o juiz quando age dessa forma não sabe a qual das partes aquela prova irá beneficiar. Uma coisa é certa. O processo sim será beneficiado com essa postura, pois a noção de processo não pode ficar adstrita a um palco de batalha entre as partes. O processo é muito mais que isso, é o instrumento público de concretização da justiça. A noção de justiça a que nos referimos aqui não pode se contentar com um mero acesso formal ao Poder Judiciário. A ideia de justiça deve se preocupar com a efetiva situação das partes, de forma que não se pode considerar justa uma decisão que se afasta da realidade fática.

Pode-se afirmar, de acordo com parte da doutrina, que a ideia de ativismo judicial na condução do processo é absolutamente compatível com a observância do contraditório. Isso porque o interesse público, materializado na busca de um resultado justo através, demanda uma atuação participativa do juiz na formação do processo e na condução adequada do procedimento. Em síntese, não há incompatibilidade entre o comportamento ativo do juiz, que revela interesse e compromisso com as garantias processuais.³⁹⁹

Esta pesquisa nos forneceu elementos para pensarmos que a ideia defendida pela doutrina garantista, aquela que defende que o juiz tem que manter a posição de um terceiro desinteressado no resultado do processo, tem plena aplicabilidade no campo do direito processual penal, exatamente porque nesta seara, a dúvida beneficia o indivíduo, quer dizer, a sanha estatal por condenação é contida pelo próprio sistema processual, caso em que, o juiz efetivamente não teria que se preocupar em produzir provas *ex officio* porque a ausência de provas sobre os fatos milita em favor do cidadão. Porém, no campo do processual civil, a preocupação deve ter outro norte, ou seja, a dúvida não pode ser interpretada em favor de

³⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coordenadores: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Pierre Elie. Gazeta Jurídica, Brasília, 2016, p. 33-35

nenhuma das partes. A dúvida só prejudica a própria jurisdição e, por conseguinte, o processo.

A realidade brasileira mostra que ainda temos muitas pessoas que vão ao Judiciário, na busca de solucionar um conflito, sem condições de contratar bons advogados. Há casos em que resta evidente a disparidade na condição de defesa das partes. Nessas hipóteses, deve o Magistrado tomar atitude *ex officio* que normalmente não poderia tomar, se as partes estivessem em efetiva condição de igualdade.

Importa destacar que a previsão normativa contida no art. 370, CPC/2015, com redação muito próxima da contida no art. 130, CPC/1973 que dá poderes ao juiz para produzir provas, sem requerimento das partes, não tem o objetivo de favorecer uma das partes no litígio. O intuito aqui é fornecer uma sentença aos litigantes que tenha sido proferida de forma mais próxima da verdade dos fatos.

A rigor, o antagonismo entre as ideias defendidas pela doutrina garantista e pela corrente ativista fica no campo da aparência, porque a diferença mesmo só existe quanto ao caminho enveredado para se chegar ao mesmo destino “que é a obtenção de uma prestação jurisdicional de qualidade e ao mesmo tempo eficaz”.⁴⁰⁰

Ora, não nos parece existir um sistema processual puramente garantista ou ativista. O que acontece é que um sistema pode preponderar sobre o outro, mas sem exclusão do outro. Vale lembrar que o direito funciona como meio de perquirição da justiça. Assim, perfeitamente possível a convivência do ativismo e do garantismo ao mesmo tempo. Como afirma Costa,⁴⁰¹ “todo sistema processual não passa de uma heterogeneidade dispositivo-inquisitiva (assim como o direito não passa de uma grande arquitetônica de concordância entre justiça e segurança)”.

Pensamos, portanto, que o sistema jurídico brasileiro tem condições de conviver em harmonia com um modelo processual que mais se aproxima de uma fusão entre o garantismo e o ativismo judicial. Ou seja, quando as partes estiverem em juízo em visível disparidade de defensores, abre-se o campo para a atuação do

⁴⁰⁰ GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 287-302.

⁴⁰¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et alii* (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 171-186.

juiz, principalmente na produção de provas, sem requerimento das partes, com o objetivo de prestar uma jurisdição comprometida com a justiça da decisão.

Há várias razões que justificam essa postura ativa do juiz na condução do processo, dentre elas podemos indicar o desprestígio por que passa a política nacional e até a falta de comprometimento dos órgãos integrantes da administração em concretizar direitos fundamentais, como a saúde, por exemplo.

Os sistemas jurídicos modernos, que se preocupam com uma efetivação prestação jurisdicional, não podem negar a importância de um juiz ativo, o que, aliás, encontra amparo no ordenamento jurídico infraconstitucional e na própria Constituição que, como sabemos, é lei dotada de efetividade.

Mesmo não sendo tarefa fácil apontar até aonde pode ir a atuação do juiz na prática do ativismo judicial, o que não podemos perder de vista é que essa atuação não possa causar desequilíbrio entre equilíbrio dos poderes. Portanto, é tarefa do juiz observar a exata medida das funções estatais, ou seja, entre a interpretação da legislação em consonância com os princípios da função social, solidariedade, razoabilidade e proporcionalidade, sem propriamente criar uma nova lei⁴⁰²

O ativismo do juiz tem reflexo direto sobre seu comportamento na condução do processo, visando a um direito judicial, de forma que se torne menos submisso aos textos legais, à doutrina e às convenções conceituais. Não pode ser visto o magistrado como simples aplicador da norma e que a deixe inalterada. O ativismo não pode ser visto como um sistema alheio à realidade do processo. Nessa linha de pensamento, Mauro Cappelletti, ao formular questionamento no sentido de por que os tribunais não poderiam atuar como legisladores na criação e adaptação constante das suas próprias regras processuais técnicas.⁴⁰³

⁴⁰² BATISTA, Neimar e PARODI, Ana Cecília. O ativismo judicial como meio para efetivação da função do processo. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8985. Acesso em 23ago2016.

⁴⁰³ CAPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?, Trad. Carlos Alberto A. de Oliveira, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, José Carlos. Controle dos atos administrativos: Limites à discricionariedade. 2006. (Dissertação de Mestrado em Direito) Faculdade Estadual de Direito do Norte-Pioneiro. Universidade Estadual do Paraná. Jacarezinho.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.) Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. O constitucionalismo in Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. / José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. (Série temas de interesse do Legislativo; n. 24).

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritária. In Processo civil e ideologia. Um prefacio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos. AROCA, Juan Montero (Coord.). Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

AURELLI, Arlete Inês. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual / ativismo judicial. In Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, nº 90, abril/junho2015

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª edição, revista e ampliada. Malheiros Editores, 2012.

BARBIERE, Maurício Lindenmeyer. O princípio dispositivo em sentido formal e material. Disponível em: âmbito juridico.com.br. Acesso em: 07dez.2015.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª ed. Rio de Janeiro, Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARCELONA, Pietro; HART, Dieter e MÜCKENBERGER, Ulrich. La formación del jurista. Capitalismo monopolista y cultura jurídica. 3ª ed. Madri. Civitas, 1988

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Reflexões sobre o garantismo processual: Será o modelo adversarial a única medida certa para essa doutrina? In DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 14jan2016.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Neimar e PARODI, Ana Cecília. O ativismo judicial como meio para efetivação da função do processo. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8985. Acesso em 23ago2016.

BATISTA, Roberto Carlos. Coisa julgada nas ações civis públicas: Direitos humanos e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz, 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coordenadores: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Pierre Elie. Gazeta Jurídica, Brasília, 2016.

BENAVENTE, Omar Sumaria. La sociedad de la decepción: el sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del proceso. In Garantismo y crisis de la justicia. 1ª edición, Universidad de Medellín, 2010.

BERNABENTOS, Omar Abel. Teoría general del proceso. Rosario: Editorial Juris, 2002.

_____. Teoría general unitária del derecho procesal. Rosario: Editorial Juris, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. As Novas Faces do Ativismo Judicial. Organizadores: André Luiz Fernandes Fallet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Editora Juspodivm, 2013, págs. 597/624.

BRINGEL, Elder Paes Barreto. Neoprocessualismo e poder criador do juiz. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3359, 11 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22591>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

BRITTO, Thaís Oliveira de e AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo in Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. / José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil, 2ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016.

BÜLOW, Oskar Von. La Teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. EJEА, Buenos Aires, 1964.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In DIDIER JUNIOR, Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.) Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial. Salvador. Juspodivm, 2008.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Ordem pública processual. 1ª ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

_____. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade Administrativa. Curitiba: Juruá. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São: Atlas, 2015

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Panóptica, Direito, Sociedade e Cultura, ano 1, n. 6. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em 07ago2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

_____. Juízes Legisladores? Tradução. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira – Belo Horizonte: Líder cultura jurídica, 2001.

_____. Como se faz um processo. Tradução: Jeremy Lugros – 1ª ed. – São Paulo: Editora Nilobook, 2013.

CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In Estado de direito e ativismo judicial. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.) São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARVALHO, de Márcia Cunha S. A. A constituição e o princípio do juiz ativo, in: Direito Processual e Direitos Fundamentais, org.: Leonardo Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 13ª ed., rev. atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. O papel político do Poder Judiciário. Revista da EMERJ, v.3, nº 11, 2000, págs. 171-186.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 25ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2009.

_____. Teoria geral do processo. 13ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 1997.

_____. Teoria Geral do Processo. 28ª ed., São Paulo, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: As Novas Faces do Ativismo Judicial. Organizadores: André Luiz Fernandes Fallet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Editora Juspodivm, 2013.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In Neoconstitucionalismo(s), Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, 2003.

CONSELVAN, V. A. O papel político do Poder Judiciário brasileiro no século XXI. Rev. Ciências Jurídicas Sociais UNIPAR, v. 13, nº 1, jan./jun. 2010, págs. 127-147.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. Interesse público. Belo Horizonte, ano 14, nº 72, mar./abr. 2012.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Teoria Geral do Processo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª tiragem 2012.

COSTA, Eduardo Cunha da. Considerações acerca dos fundamentos axiológicos do processo. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 66, maio 2010 – ago. 2010.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

COSTA, Fernando Nogueira da. Fundamentos e Limites do Princípio do “Laissez-Faire” ou da Não-Interferência Governamental. In *História do Pensamento Econômico*. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.wordpress.com>. Acesso em: 14ago2016

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DALARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANIEL, Juliana Maia. *Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.veirano.com.br>. Acesso em 02março2016.

DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental à processualização in Constituição e Processo*. Coordenação Fredie Didier Jr., Luiz Rodrigues Wambier e Luiz Manoel Gomes Jr. Editora Juspodivm, 2007.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 5ª ed. Revista e ampliada – São Paulo: Atlas, 2014.

DELLORE, Luiz. *Direito Material e Direito Processual*. Disponível em: <http://www.justocantins.com.br>.

DIAS, Bruno dos Santos. *Ativismo judicial: o poder judiciário como protagonista do necessário controle para a discricionariedade desregrada e omissão injustificada do poder executivo*. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 1ºfev2016.

DIDIER JR. Fredie. *Teoria do processo e teoria do direito: O neoprocessualismo*, in: *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Org. Fredie Didier Jr. Vol. 2. Juspodivm. Salvador, 2010.

_____. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 2ª edição. rev. ampliada e atualizada. Editora Juspodivm. Salvador, 2013.

_____. Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Volume 1, 17 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5ª edição. Malheiros Editores. São Paulo, 1996.

_____. Fundamentos do processo civil moderno. 6ª edição. Tomo I. Malheiros Editores. São Paulo, 2010.

_____. Instituições de direito processual civil. 5ª edição. Vol. I. Malheiros Editores. São Paulo, 2005.

_____. Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. Revista Sequência, v. 16, nº 31, Florianópolis, dez. 1995.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Aretha. Os poderes instrutórios do juiz no âmbito da instrumentalidade do processo civil. Disponível em: <https://juridicocorrespondentes.com/artigos/arethafernandes/os-poderes-instrutorios-do-juiz-no-ambito-da-instrumentalidade-do-processo-civil-335>. Acesso em 18jul2014.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. Traduzido por: ZOMER, Ana Paula, CHOUKR, Fauzi Hassan, TAVARES, Juarez e GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Editora RT, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. In Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial. Coord. José Carlos Francisco. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. Curso de direito constitucional – 38ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012

FILHO, José Bittencourt. Acesso à justiça: por onde passa a desigualdade. In: ALMEIDA, Eneá Stutz E. (Org.) Direitos e garantias fundamentais. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2006. p. 47-78.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Ativismo Judicial e Política, in Revista Jurídica Consulex, Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

FILHO, Ruy Alves Henriques. Direitos fundamentais e processo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FRANÇA, Phillip Gil e VANNUCCHI, Maria Cecília Soares. Uma análise do controle judicial dos atos administrativos de atendimento à saúde pública. Disponível em: www.emporiiodireito.com.br. Acesso em 26jan2016.

FREITAS, Ana Teresa Silva de. Protagonismo judicial no Brasil: em busca da concretização de direitos fundamentais sociais. Revista de Políticas Públicas, São Luís, Número Especial, julho de 2014, p. 379-384.

FUX, Luiz. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil) Andrea Carla Barbosa. [et al.]; coordenador Luiz Fux – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa, 1995.

GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Juspodivm, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. STF – ativismo sem precedentes? Fonte: O Estado de São Paulo, 30/05/2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br>. Acesso em 15ago2016.

GOUVEIA, Mariana França. Regime processual experimental anotado. Edição e reimpressão 2006. Edições Almedina. ISBN: 9789724029337.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 14mar2016.

_____. Instituições de processo civil, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUASTINI, Ricardo. Estudos de Teoría Constitucional. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2001.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro, Belo Horizonte, v. 21, n. 82, p. 45-79, abr./jun. 2013.

_____. Direito processual social no Brasil: as primeiras linhas. Revista de Processo, vol. 142, p. 137. Dez / 2006. DTR\2006\725.

_____. Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O princípio da oralidade. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 53

GUIMARÃES, IRMES & ARAUJO, Ativismo judicial: afronta ou fortalecimento do estado democrático de direito. Disponível em: <http://www.guimaraesirmesearaujo.adv.br>. Acesso em 18 fev. 2016.

HERZL, Ricardo Augusto. Neoprocessualismo, Processo e Constituição. Florianópolis. Conceito editorial, 2013 (coleção Ensaios de Processo Civil. Vol. 6).

JÚNIOR SIQUEIRA, Paulo Hamilton. Direito processual constitucional (de acordo com a reforma do judiciário). São Paulo: Saraiva, 2006.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 55ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

JUNOY, Joan Picó I. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Um debate mal planteado. In *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Coordenador Juan Montero Aroca.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1455, 26 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10071>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

KRELL, Andreas Joachim. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, nº 8, dez. 2004, p. 177- 224. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream>. Acesso em 06mar2016.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 nº 144 out./dez. 1999, p. 239-260. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br>. Acesso em 24jan2016.

LEINER, Marchetti Pereira e VILAS BOAS, Virgínia Lacerda. Judicialização dos atos administrativos. Disponível em: <HTTPS://jus.com.br/artigos>. Acesso em 26jan2016.

LEWANDOWSKY, Ricardo. Vídeo sobre o ativismo judicial disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CMSGagfmEyK>. Acesso em 15ago2016

LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil, vol. 1. 2003. Intelectus editora.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. Teoria geral do processo judicial. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Flávia Santiago e LEITE, Glauco Salomão. Ativismo judicial ou autocontenção? A decisão vinculante no controle difuso de constitucionalidade e suas repercussões institucionais. *Rev. do Instituto de Hermenêutica Jurídica. – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 12, nº 16, p. 93-113, jul./dez. 2014.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto e NETO Cândido Alexandrino Barreto. Tobias Barreto e sua crítica ao Ativismo Judicial. In REVISTA PENSAR – REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICA, Fortaleza, nº 14, jan./jun. 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (organizador.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio dispositivo e ativismo judicial. Disponível in: <http://www.cartaforense.com.br>. Acesso em 08dez2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis, MIRAGEM, Bruno. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direitos, tradução; Cláudia Lima Marques, notas. 2ª edição. Revista e atualizada. Revista dos Tribunais, 2010.

LOURENÇO, Haroldo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/55-volume-2-n-2-fevereiro-de-2012/175-o-neoprocessualismo-o-formalismo-valorativo-e-suas-influencias-no-novo-cpc> acesso em 24nov2014.

MACHADO, Clara Cardoso. Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno. Disponível em: http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf. Acesso em 18jan2016.

MACHADO, Fábio Cardoso. Sobre o escopo jurídico do processo: Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 343, 15 jun. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5330>. Acesso em: 21 fev. 2015.

MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 299p. ISBN 978-85-7700-620-5.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Abril a junho de 2009. V. 71, nº 2, ano XXVII.

MARCO, Cristhian Magnus e HUMENHUK, Hewerstton de. Os atos administrativos na sociedade de informação e a eficácia dos direitos fundamentais. In Revista do Direito UNISC, ISSN: 1982-9957 Santa Cruz do Sul nº. 47, p. 50-77, set.-dez. 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 5ª ed. rev., atualizada e ampliada. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. A ética dos precedentes. 1ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. Ativismo Judicial: Limites da criação judiciária no Estado de Direito. ISSN 1677-1281. Presidente Prudente, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELLO, Celso de. Discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Carlos Ayres Britto na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 19/04/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>. p. 9-10. Acesso em 14jan2016.

MENDONÇA, Luis Correia de. Vírus autoritário e processo civil. Disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mfg_ma_2749.doc. Acesso em 29fev.2016.

MEROI, Andrea A. Algunas prospectivas del proceso civil y garantismo. In Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, nº 90, abril/junho2015.

MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Acesso à Justiça e Defensoria Pública. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3491, 21 jan.2013. (NBR 6023:2002 ABNT) Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23504>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Notas sobre a influência do direito material sobre a técnica processual no contencioso judicial administrativo. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume IV Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. www.redp.com.br ISSN 1982-7636.

MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992.

MONTERO AROCA, Juan. Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Coordenador Juan Montero Aroca.

MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza – 3ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

NERY JR. Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8ª ed. revista atualizada e ampliada com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; v. 21)

NETO, Armênio Clovis Jouvin. Garantismo processual x ativismo judicial. Algumas reflexões sobre o conflito entre as duas teorias. In: AURELLI, Arlete Inês, et alii (Coord.). O direito de estar em juízo e a coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. A teoria geral do garantismo e a estrita legalidade aplicada a direitos sociais: o exemplo da lei 12.010/2009. In Direitos sociais e políticas públicas II Coleção Conpedi/Unicuritiba. Organizadores: Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano Rego Feitosa / Vladimir Oliveira da Silveira / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. Curitiba – PR. Vol. 26 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014.

_____. Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização [tese]: o garantismo e a estreita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal: Orientador: Sérgio Urquhart Cademartori. Florianópolis, SC, 2011.

NETO, Othoniel Pinheiro. As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. (p. 1199-1226) Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C. Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011.

NUNES, Ana Luísa Tarter, COUTINHO, Nilton Carlos, LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

_____. Do Formalismo no Processo Civil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. rev., atualizada e aumentada – São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Willian Batista de. O papel social do juiz. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=148>. Acesso em 26jul2015.

PAIXÃO, Leonardo André. A função política do Supremo Tribunal Federal. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, Disponível em: www.teses.usp.br/teses.

PAULA, Alexandre Sturion de. Ativismo Judicial no Processo Civil – Limites e Possibilidades Constitucionais. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

PENA, Saulo Versiani. Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte. Fórum, 2011.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 290-308.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. *Direito judicial criativo: ativismo constitucional e justiça instituinte as novas perspectivas do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade* – São Cristóvão: Editora. UFS, 2012.

PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos direitos fundamentais. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 9, nº 85, jun./jul, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos. Acesso em 14jul2015.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional. Uma contribuição para o Estudo das suas origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PORTO, Sérgio Roberto. *Cidadania processual: processo constitucional e o Novo Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

POSADA, Socorro Vásquez. *El garantismo en el ejercicio de la función judicial*. In *Garantismo y crisis de la justicia*. 1ª edición, Universidad de Medellín, 2010.

RACY, Vivien. *A função do Poder Judiciário no estado contemporâneo*. *Revista USCS – Direito*, ano XI, nº 19, jul./dez. 2010, págs. 25-50.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro* Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

_____. *Expectativas em torno do novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual*. In *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Ano 23, nº 90, abril/junho2015.

_____. *Garantismo processual e poderes do juiz no projeto de CPC*. In FREIRE, Alexandre et alii (Coord.) *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Juspodivm. 2014, vol. 2.

_____. *Poderes do juiz: ativismo (= autoritarismo) ou garantismo (= liberdade) no Projeto do novo CPC*. In ROSSI, Fernando et alii (Coord.). *O futuro do Processo Civil no Brasil – Uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Obra em homenagem ao advogado Claudiovir Delfino. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2011.

_____. *Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Imparcialidade, neutralidade: identidade? Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25405-25407-1-PB.pdf>. Acesso em 21ago2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Devido processo “legal” e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. In O Direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim. Coord. Arlete Inês Aurelli et alii. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria geral do processo. 8ª ed., 2ª tiragem – São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro) – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In O controle jurisdicional de políticas públicas. Coord. Grinover, Ada Pelegrin, Kazuo Watanabe, 2ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2013.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: As Novas Faces do Ativismo Judicial. Organizadores: André Luiz Fernandes Fallet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Editora Juspodivm, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil – 23ª edição revista e atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang e MOLINARO, Carlos Alberto. Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro - Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, ISBN: 978-85-62707-23-0, 2010/2011.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. As novas faces do ativismo judicial. In FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (Orgs.). Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

SILVA, Alexandre Garrido da et alii. Grupo do Ativismo Judicial. Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF. IBMEC-RJ, UFU e PUC-Rio. Revista Eletrônica do MPF. Ano I, Nº 1, p. 1-23, 2009.

SILVA, Carlos Augusto. O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVÉRIO, Karina Peres. Considerações sobre o neoprocessualismo e seus reflexos no princípio do acesso à justiça. Intertem@s ISSN 1677-1281, vol. 22, nº 22 (2011).

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Igualdade e legitimidade: a atuação do poder Judiciário na conformação de valores sociais – a concretização do direito à alimentação. Disponível em: www.seer.uenp.edu.br. Acesso em: 12fev2016.

SOARES, José Ribamar Barreiros. Ativismo judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política”. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Neoconstitucionalismo e controle de políticas públicas. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Editora Fórum. Belo Horizonte, ano 5, nº 17, jan. mar. 2007.

SOUZA, Gelson Amaro de Souza. Curso de Direito Processual Civil. Editora Data Júris. 2ª edição.

SOUZA, José Guilherme de. A criação judicial do direito. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre – 1991.

STIPP, Alvaro. Dicionário de Direitos Humanos: Garantismo. ESMPU. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br>. Acesso em 09fev2016.

STOEBERL, Jorge e NOVELLI, Rodrigo Fernando. O garantismo e o acesso à informação. Justiça do direito, v. 27, nº 1, jan./jun. 2013 - p. 148-160. Disponível em: <http://www.upf.br>. Acesso em 09fev2016.

STRECK, Lenio Luiz e SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Ativismo e garantismo na corte interamericana de direitos humanos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 395-427.

_____. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 22 fev. 2016.

TAGATA, Cláudia Maria e CARRATO, Maria Aparecida Piveta. Função Política do Poder Judiciário. Revista de Ciências Jurídicas e Sociedade da Unipar, v. 11, nº 2, jul./dez. 2008, p. 621-643.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Rev. direito GV vol.8 nº 1 São Paulo Jan./Jun. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>. Print version ISSN 1808-2432. Acesso em 14jan2016.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I.

_____. Direito Processual Constitucional. Estação científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, v. 01, nº 04, outubro e novembro de 2009. págs. 28/43.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Proc. Geral, Rio de Janeiro, (42), 1990.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. GARANTISMO, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre de Moraes da Rosa.... (et alii); (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Streck, André Karam Trindade – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 24maio2016

VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. 1ª ed. – Rosário: Júris, 2010.

_____. Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio. Tirant lo blanch alternativa. Valencia, 2005.

_____. O garantismo processual. Tradução: Glauco Gumerato Ramos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Juspodivm, 2013

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. Belo Horizonte, 2011.

WINDSCHEID, Bernhard y MUTHER, Theodor. Polemica sobre la “actio”. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. EJEA, Buenos Aires, 1964.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição – 2ª ed. Revista, ampliada e alterada – São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.