

RICARDO TRAD FILHO

**O ATIVISMO JUDICIAL: SOB A PERSPECTIVA PRAGMÁTICA E  
PRINCIPIOLÓGICA**

SÃO PAULO  
2013

RICARDO TRAD FILHO

O ativismo judicial - do ponto de vista pragmático e principiológico

Monografia apresentada à PUC/COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação “*Lato Sensu*” – Especialização em Direito Processual Civil

Orientador: Prof. Rogério Licastro Torres de Mello

SÃO PAULO

2013

RICARDO TRAD FILHO

O ATIVISMO JUDICIAL: SOB A PERSPECTIVA PRAGMÁTICA E  
PRINCIPIOLÓGICA

Orientador: Professor Rogério Licastro Torres de Mello

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

Nota: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_

Prof.

\_\_\_\_\_

Prof.

\_\_\_\_\_

Prof.

SÃO PAULO  
2013

## RESUMO

Impõe-se, diante das novas relações jurídicas do mundo moderno, que o Juiz deixe de ser mero expectador da batalha dialética e probatória travada entre as partes em Juízo. O estudioso e o legislador previram essa necessidade em boa hora e diante disso levaram adiante vários projetos que redundaram em leis teoricamente transformadoras, já previstas no Código de Processo Civil. O Juiz deve atuar dentro de certos limites, nos lindes da causa de pedir suscitada pelo Autor na petição inicial e da resposta produzida pelo Réu, sob pena de vulneração a uma das colunas do processo civil (o princípio dispositivo ou da demanda). O advogado, como representante das partes, tem o dever de expor os fatos em Juízo de forma leal e ética, motivar a conciliação, estabelecer conduta compatível às necessidades do novos tempos. O direito processual civil brasileiro tem se aproximado cadencialmente da família jurídica anglo-saxônica, a do *common law*. A uniformização da jurisprudência gera segurança jurídica. A judicialização da política é um fenômeno dos dias atuais. As relações sociais se transformaram de forma muito rápida, e o Poder Legislativo deixou de editar as leis necessárias à regulação das novas modalidades de direito material. O Judiciário ocupou o vácuo de Poder.

Palavras-chave: ativismo judicial, limites, judicialização da política.

A gratidão sincera aos competentes e abnegados professores da PUC/COGEAE, amigos e mestres. Profetas da fé por um sistema processual civil mais justo e efetivamente transformador.

Dedico cada linha deste trabalho à minha esposa Maria Stella e ao meu filho Raphael, inspiradores diuturnos de tudo o que faço. Aos dois, meu amor incondicional.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO I – A POSTURA DO JUIZ DIANTE DE NOVAS REALIDADES E PARADIGMAS</b> .....	<b>13</b>
1.1. Breve histórico, o valor dos princípios e a postura do Magistrado .....	<b>13</b>
1.2. O Código Civil de 2002 e suas relações com os poderes decisórios do Juiz ....	<b>17</b>
1.3. A relevância das súmulas vinculantes, da repercussão geral e dos incidentes de uniformização – A aproximação entre os sistemas do <i>civil law</i> e do <i>common law</i> ...	<b>22</b>
1.4. O ativismo judicial como uma das soluções para a efetividade das decisões....	<b>26</b>
1.5. O problema visto de outra perspectiva .....	<b>29</b>
<b>CAPÍTULO II – A RELAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COM O JURISDICIONADO</b> .....	<b>32</b>
2.1. A conciliação como forma eficaz de solução de litígios.....	<b>32</b>
2.2. O papel da advocacia neste novo cenário .....	<b>35</b>
2.3. O problema da “verdade do caso concreto” – A verdade vista sob o ângulo da parte e do juiz.....	<b>36</b>
2.4. Conflito entre normas e princípios.....	<b>40</b>
2.5. Os limites de atuação do Magistrado .....	<b>43</b>
<b>CAPÍTULO III – O RESGUARDO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL POR MEIO DO PROCESSO</b> .....	<b>48</b>

3.1. O ativismo judicial sob a perspectiva do controle de constitucionalidade das leis .....	48
3.2. Formas de controle .....	50
3.2.1. Controle difuso .....	50
3.2.2. Controle abstrato .....	50
3.3. Alguns casos emblemáticos: as uniões homoafetivas e suas repercussões no Direito das Famílias, o caso dos fetos anencéfalos e os <i>royalties</i> do petróleo brasileiro.....	52
<b>4.CONCLUSÃO .....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA .....</b>	<b>59</b>

## INTRODUÇÃO

Dos três poderes que formam a República Federativa do Brasil, é o Poder Judiciário, inexoravelmente, o que hoje está mais em evidência, e em duplo sentido.

Em primeiro lugar, já tornou-se lugar-comum a conclusão segundo a qual a Constituição Federal de 1988 acabou por abrir as portas a todos os brasileiros, indistintamente.

O princípio do acesso à justiça, consagrado na nova ordem, com o tempo passou a ser entendido para além daquela perspectiva apequenada segundo a qual o sistema teria disponibilizado aos cidadãos acesso apenas ao interior dos Tribunais e à presença do Juiz.

A criação doutrinária e jurisprudencial, o evoluir da sociedade, a democratização da comunicação e da informação, revolucionaram o princípio constitucional de acesso à justiça, o que significa dizer que os brasileiros tornaram-se não apenas agentes de provocação do Judiciário, mas participantes diretos do processo dialético e democrático de convicção do Magistrado.

A frase lapidar de José Roberto dos Santos Bedaque de que o processo é um “microcosmos do Estado Democrático de Direito” é um dos emblemas mais veementes do que se acaba de concluir.<sup>1</sup>

O direito à resposta sobre o mérito do conflito levado ao Estado Juiz agora prevalece sobre filigranas processuais, desde que transpostas, por evidente, as condições da ação e os pressupostos processuais.

---

<sup>1</sup> DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto, Direito e Processo, Influência do Direito Material sobre o Processo, 5ª edição, p.

Neste sentido, antigos paradigmas e discussões em torno de formalidades agora perderam a razão de existir, a não ser que o estudioso os enfrente apenas como instrumento, meio para o alcance de fins, que consiste na entrega da prestação jurisdicional de forma efetiva, justa e rápida.

A bandeira que se ergue e que deve continuar hasteada é a da construção racional e científica do direito processual a serviço de soluções para problemas de relações humanas.

Por detrás do processo, ou à frente dele, existem dramas humanos carentes de solução, retratados no patrimônio, na vida, na liberdade ou na honra de quem pede o socorro do Estado.

Falar do Poder Judiciário e de princípios constitucionais e infra-constitucionais ligados ao processo é falar de atividade jurisdicional e das ferramentas que se tem para fazê-la andar. E é aí que o problema começa. Os Fóruns e os Tribunais não estavam preparados e a avalanche de processos surgida das novas relações de direito material prenunciou o caos.

Para evitá-lo, juristas e legisladores criaram vários institutos. Dentre eles, na cadência dos acontecimentos, passou-se a falar mais nos poderes do Juiz. Ativismo e participação do Magistrado na sistemática da triangularização processual ganhou novo relevo.

Mas até onde pode ir o Magistrado, investido desta postura nova de verdadeiro protagonista da mudança das coisas, do status quo? Este é um dos dilemas cuja solução se procura.

A participação ativa do Magistrado no processo de condução do processo e sua iniciativa probatória se justifica como um dos meios, e não o exclusivo, através do qual a prestação jurisdicional pode tornar-se mais rápida e efetiva.

O outro sentido de que se falou no primeiro parágrafo deste capítulo introdutório diz respeito ao que se convencionou chamar de “judicialização da política”.

Poder Legislativo algemado pelo famigerado travamento da sua própria pauta, causado sobremaneira pela profusão de medidas provisórias cuja utilização banalizou-se, bem como pela miríade de projetos de lei que tramitam no Parlamento. Leis que ao final “não pegam”, ausência de consenso quanto à priorização das matérias a serem votadas e reedição de medidas provisórias congelaram de vez a função de criação de normas destinadas a regular o convívio social.

Poder Executivo acuado - levado às barras dos Tribunais - e financiamento de campanhas cuja regulamentação deveria ser alvo de uma reforma política séria criaram como que uma espécie de medo no agir do administrador honesto e bem-intencionado.

E o Poder Judiciário foi à ribalta.

Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – o primeiro guardião da Constituição Federal e o segundo da legislação infra-constitucional -, foram levados pela força das circunstâncias a decidir temas de direito material não completamente regulados – ou absolutamente desregulados - pelo direito material.

As leis que deveriam ser subproduto da vontade do povo e da nova dinâmica social não advieram e o caminho se abriu para o Superior Tribunal de Justiça decidir sobre a validade e os efeitos da união entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, e para o Supremo Tribunal Federal, também exemplificativamente, decidir sobre nova hipótese de descriminalização do aborto (anencefalia), e mais recentemente para interferir na pauta de votação do Congresso Nacional quando passou a deliberar sobre a distribuição dos royalties do petróleo brasileiro.

O objeto deste estudo recairá, portanto, sobre essas duas dimensões do chamado ativismo judicial: a postura mais atuante de Juízes e Tribunais na condução de processos e na solução inovadora de situações da vida; a “judicialização da política”, caracterizada também pelo novo papel atribuído ao Judiciário e à atividade jurisdicional nesse novo contexto político, jurídico e social.

## CAPÍTULO I – A POSTURA DO JUIZ DIANTE DE NOVAS REALIDADES E PARADIGMAS

### 1.1. Breve histórico, o valor dos princípios e a liberdade do Magistrado

Chegamos aonde chegamos a partir da Revolução Francesa. Rompendo com os ideais e as práticas da aristocracia, o movimento revolucionário implementou os valores da igualdade, fraternidade e liberdade.

Para evitar que o velho modo de ser social retornasse, criou-se o sistema democrático de separação rígida entre os Poderes apregoado por Montesquieu.

Ao Judiciário, assim, caberia apenas dizer o direito já posto. O juiz como sendo apenas a boca da lei (*“bouche de la loi”*). A ideia foi descentralizar os poderes da pessoa do soberano e “dos aristocráticos, negando-se o papel da autoridade (o homem poderoso de carne e osso) e privilegiando-se a lei.”<sup>2</sup>

Como consequência disso, os países de cultura jurídica romano-germânica criaram como que uma espécie de barreira quase intransponível entre direito e processo.

No Brasil, o intérprete, durante longuíssimo tempo, considerou o Código Civil e o Código de Processo Civil como realidades autônomas e incomunicáveis, a despeito do requinte de seus respectivos institutos.

O tempo passou.

Conforme se disse na introdução e com o advento do Estado Social de Direito, para blindar o sistema do caos, o legislador criou vários institutos (normas

---

<sup>2</sup> MARINONI, Precedentes Obrigatórios, 2010, p. 52-58.

processuais) até então desconhecidos do jurista brasileiro, dos quais a tutela antecipada é uma das hipóteses mais emblemáticas<sup>3</sup> (década de 90).

Antes, já adviera o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo normas de matiz mais social e humanística, inclusive de natureza processual, como por exemplo a que manda facilitar a defesa dos interesses do consumidor em caso de hipossuficiência<sup>4</sup> .

Coube ao Código de Defesa do Consumidor, igualmente, descentralizar da codificação civil o problema para todas as soluções das relações jurídicas (microssistemas).

Mas se fala mesmo que o instituto da tutela antecipada tem apenas na expressão o aspecto do novo, já que boa parte das cautelares inominadas continham pedido satisfativo, sem falar das ações possessórias e dos alimentos provisionais, conforme exemplificação feita por ATHOS GUSMÃO CARNEIRO.<sup>5</sup>

O certo é, contudo, que as coisas se sucederam muito rapidamente e de forma quase aleatória.

Tutela antecipada empregada com parcimônia, talvez pelo receio do novo e dos rescaldos da cultura romano-germânica (que leva a segurança jurídica às raias do absoluto), o preciosismo do “Código Buzaid”, este no melhor dos sentidos, tudo associado a um sistema oceânico e incoerente de leis materiais paralelas às codificações, lançaram Juízes, Advogados e Promotores, conscientemente ou não, a buscar algum porto seguro almejando o emprego da razão na aplicação do Direito.

---

<sup>3</sup> "Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e....

<sup>4</sup> Lei 8.078, de 11.9.90, art. 6.º - São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

<sup>5</sup> Da antecipação de tutela, 7ª edição, Forense, 2010, Rio de Janeiro, p. 15.

A propósito da segurança jurídica, Luiz Guilherme Marinoni leciona:

Para a Revolução Francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria igualmente indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis.<sup>6</sup>

Falando dos princípios, em felicíssima conclusão, Fredie Didier Jr. externou a seguinte ideia:

Os *princípios* exercem, enfim, uma função *bloqueadora*: servem para justificar a não-aplicação de textos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado de coisas que se busca promover. Assim, por exemplo, o princípio do devido processo legal serve para fundamentar a não-aplicação de dispositivos normativos que permitam uma decisão sem motivação.<sup>7</sup>

Essa necessidade, humana até, de racionalização das coisas, levou o estudioso do processo a substituir as normas e adotar os princípios como premissas de decisão e de conclusões, e se aproximar mais da família anglo-saxônica, a do *common law*.

O caráter hermético do sistema deu lugar a um vasto campo principiológico (muitas das vezes não-escrito), e neste caminhar, por exemplo, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade passaram a ditar várias decisões judiciais.

Surgiu daí a problemática da possibilidade de que o Juiz crie solução inovadora para o caso concreto apenas e tão-somente naquilo que seu senso de justiça e seu critério do que é proporcional e razoável indicam, ignorando ou colocando em segundo plano a norma de direito material reguladora da situação<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Precedentes Obrigatórios, Editora Revista dos Tribunais, p. 62.

<sup>7</sup> Curso de Direito Processual Civil, volume 1, 13ª edição, Editora Podivm, p. 36.

<sup>8</sup> A esse respeito, a Corte Especial do STJ, ao julgar o AgRg na SLS 1427 / CE, assim se pronunciou: “Conforme está dito na decisão agravada, ao Judiciário cabe o controle da legalidade dos atos da Administração. O ativismo judicial pode legitimar-se para integrar a legislação onde não exista norma escrita, recorrendo-se, então, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (CPC, art. 126). Mas a atividade administrativa, propriamente tal, não pode ser pautada pelo Judiciário. Na espécie, em última análise, o MM. Juiz Federal fez mais do que a Administração poderia fazer, porque impôs o que esta só pode autorizar, isto é, que alguém assumira a responsabilidade pela prestação de serviço público. Decidindo assim, incorreu em flagrante ilegitimidade e afrontou a ordem administrativa”.

O Superior Tribunal de Justiça, neste pormenor, tem admitido e apreciado recursos especiais para majorar ou minorar indenizações por danos morais, e tem empregado a mesma “técnica” para majorar ou minorar honorários advocatícios de sucumbência<sup>9</sup>, com lastro mesmo nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cujo campo de incidência é vastíssimo e pode variar de acordo com a sensibilidade, a personalidade, a formação cultural e ideológica do Magistrado.

Aliás, o professor Fábio Ulhoa Coelho já alertava para o fato de que “os juízes, assim, inconscientemente valem-se da lógica do razoável, embora apresentem as suas decisões como produto de um raciocínio lógico-dedutivo”.<sup>10</sup>

Tudo isso, bem ou mal, abriu caminhos para o encontro mais próximo do julgador com sua própria subjetividade, o que de resto passou a ser permitido pelo sistema, posto que não proibido, e nesta ordem de ideias o princípio da persuasão racional (espécie de subprincípio, vocábulo tirado da lição de Fredie Didier Jr., ob. cit., p. 35) estampado no artigo 131 do Código de Processo Civil sem dúvidas ganhou maior extensão<sup>11</sup>.

É de Teresa Arruda Alvim Wambier a lição segundo a qual:

A liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em *cada caso*, o perímetro ou o contorno das determinações legais. O juiz está vinculado à lei, mas ele a manipula de forma criativa. Se o juiz fosse *la bouche de la loi* não haveria oscilações na jurisprudências.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Com alguma dose de prenúncio para algo mais científico e uniformizador, o STJ lançou uma “tabela” por meio da qual estabeleceu valores para cada modalidade fática. Mas continua a causar insegurança jurídica decisões díspares relativamente a fatos assemelhados, quer no toca à quantificação de danos morais, quer no que pertine à quantificação de honorários advocatícios de sucumbência.

<sup>10</sup> Direito e Poder, Editora Saraiva, 1ª edição, p. 100.

<sup>11</sup> CPC 130: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

<sup>12</sup> DIREITO CIVIL E PROCESSO, 2008, p. 531.

O Professor Nelson Nery Junior explica o papel dos princípios sob a ótica de Robert Alexy:

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e de que seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas.<sup>13</sup>

No que toca à condução do processo, fala-se até em “princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa<sup>14</sup>”, segundo José Roberto dos Santos Bedaque (DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto, *Direito e Processo, Influência do Direito Material sobre o Processo*, Malheiros, 5ª ed. São Paulo, 2009).

Portanto, o pós-positivismo de hoje é fato. Os princípios e as cláusulas gerais tornaram-se subproduto da vastidão das situações da vida carentes de pacificação, cuja dinamicidade o sistema puro e fechado, isolado, não conseguiu mais acompanhar.

## **1.2. O Código Civil de 2002 e suas relações com os poderes decisórios do Juiz**

Uma das grandes revoluções do Direito brasileiro foi a introdução no sistema do novo Código Civil, capitaneada pelo mestre Miguel Reale.

A revogação do diploma anterior e a criação de um novo face ao novo dinamismo da sociedade já era urgente.

---

<sup>13</sup> NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*, Ed. RT, 9ª ed., São Paulo, 2009, p. 25.

<sup>14</sup> Segundo o professor Bedaque: "Nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem produzidos de maneira eficaz e efetiva no plano do direito material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado princípio da elasticidade processual" (ob. cit., p. 68-69).

Por isso mesmo, valores novos foram alçados a patamar dogmático, e o legislador não titubeou quando alimentou o sistema de normas de caráter cogente, porém com algum elastério interpretativo<sup>15</sup>.

Ou seja: o legislador, condenando a figura do contratante malandro e macunaímico, uma vez deflagrado o litígio, abriu largo espaço ao Juiz para imiscuir-se – no bom sentido – no próprio modo de ser do contendor<sup>16</sup>, adotando como parâmetro a honestidade do “homem médio” como elemento formador da sua convicção.

Mesmo porque as relações contratuais já estão a transcender o interesse apenas das partes. Di-lo o artigo 421 do Código Civil em vigor.<sup>17</sup> Pertinente o magistério da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier:

O contrato, que é a face jurídica das operações por meio das quais se transferem riquezas, evidentemente, interessa às partes e à sociedade. Esta é a idéia de funcionalidade dos direitos: estabelecer modos para o seu exercício, que atendam aos interesses dos contratantes, de terceiros e de toda a sociedade.

E mais à frente continua:

A boa-fé objetiva diz respeito a um “modelo de conduta social, a um arquétipo ou a um *standard* jurídico”. É a conduta que teria um homem honesto, sendo desprezado o aspecto psicológico do fenômeno. Está-se aqui diante de conceito que pode levar a decisões diferentes em face da mesma conduta, se forem diferentes também a classe social, a profissão, o nível cultural do indivíduo, cuja conduta está sendo avaliado pelo intérprete (Direito Civil e Processo, Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, Editora Revista dos Tribunais, p. 537/538).

Esse intercâmbio entre direito material e direito processual e a aproximação entre eles, além de ter criado novas frentes de orientação para o Juiz decidir, tornou-se fonte para solução de vários problemas endoprocessuais, como a

---

<sup>15</sup> Artigo 422 do CC: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

<sup>16</sup> As coerções indiretas são exemplos marcantes dessa dinâmica. P. ex.: CPC 601, caput, 461, par. 5.º.

<sup>17</sup> CC 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

identificação dos elementos da demanda, das condições da ação e por aí em diante (BEDAQUE, ob. cit., p. 111-114).

Ademais, o intercâmbio entre direito e processo já está tão forte que agora passou a ser fácil notar princípios consagrados no Código Civil de 2002 no próprio Código de Processo Civil, tal como o da “eticidade”, da “solidariedade” e da “concretude” (LEVI LOPES, Caetano, p. 716-717).

O mencionado doutrinador elenca como tal a possibilidade de que o devedor interponha embargos à execução sem necessidade de prévia segurança do juízo<sup>18</sup>, e continua a tratar de ética quando discorre sobre a norma que repudia atos atentatórios à dignidade da justiça (ob. cit., p. 716).

Falando sobre o princípio da socialidade, trata da cooperação entre o Banco Central e o Poder Judiciário para facilitar a penhora eletrônica, por exemplo (ob. cit., p. 717).

E do princípio da concretude ao discorrer sobre o sincretismo entre processo de conhecimento e processo de execução, e da disposição normativa que autoriza a averbação do ajuizamento da ação de execução à margem da matrícula de bens do devedor, bastando a certidão de distribuição (ob. cit., p. 718).

Aliás, esta foi uma das principais revoluções do processo civil. Inexiste mais a figura da citação no processo de execução forçada, tampouco na liquidação, que passou a ser incidente. O devedor não é mais citado para pagar ou nomear bens, mas para cumprir a sentença, sob pena de multa de 10% e penhora livre ou sobre os bens indicados pelo credor<sup>19</sup>.

As atividades de conhecimento, execução e cautelar passaram a ser possíveis no bojo de um único processo, o que de resto facilitou o trabalho do juiz

---

<sup>18</sup> CPC 736, *caput*: "O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos".

para colocar em prática os novos poderes que o sistema lhe conferiu. Na cautelar, por exemplo, a regra e o princípio da fungibilidade permitem que o juiz receba pedido de tutela antecipada como cautelar<sup>20</sup>, o que não deixa de ser uma mitigação do princípio dispositivo e da demanda, da congruência entre pedido e provimento.

Por outro lado, a própria relativização do princípio *pacta sunt servanda*, no campo do direito privado, colocou em relevo o ativismo judicial, na medida em que o juiz passou a ter o poder de interferir no conteúdo dos contratos, anulando cláusulas tidas por leoninas e economicamente desproporcionais.

O Superior Tribunal de Justiça, neste caminhar, em casos de arrendamento mercantil (*leasing*), por exemplo, sufragou o direito do consumidor consistente em reembolsar-se do valor residual garantido pago antecipadamente. O tema ganhou destaque e *status* de recurso repetitivo<sup>21</sup>.

Sob outro vértice, o Professor Fredie Didier Jr., em sua Obra “Regras Processuais no novo Código Civil”, aborda, entre outros temas, “os aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica”, em análise ao disposto no art. 50 do CC de 2002, e enfatiza:

Também entendemos possível a citação do sócio já no processo de execução, desde que se instaure um incidente cognitivo – o que não é raro nem esdrúxulo – no processo executivo, para que se apure, em contraditório, o preenchimento dos requisitos legais que autorizam a aplicação da teoria, bem como se lhe permita o exercício da sua ampla defesa.<sup>22</sup>

No campo dos pormenores processuais, o artigo 461 do Código de Processo Civil é o emblema mais veemente de intervenção do Estado, através do

---

<sup>20</sup> Art. 273, par. 7o, do CPC: "Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado".

<sup>21</sup> Nos autos do REsp 1099212, o STJ decidiu: “Assim, para fins do artigo 543-C do CPC, consolida-se a tese de que, nos contratos de arrendamento mercantil, *leasing*, retomada a posse direta do bem pela arrendante, extingue-se a possibilidade de o arrendatário adquirir o bem, razão pela qual deve ser devolvido o valor residual pago antecipadamente. E, no caso concreto, dá-se parcial provimento ao recurso especial, para determinar a devolução do valor residual pago antecipadamente”.

<sup>22</sup> DIDIER JR., Fredie, Regras processuais no novo Código Civil, Saraiva, 2004, São Paulo, p. 7-8.

Poder Judiciário, na direção dos contratos, visando a satisfação da função social que está por detrás de cada avença, bem como a equidade e o equilíbrio contratual.

Contratos, portanto, em que se estipula obrigação de fazer ou não fazer passaram a ser tratados, uma vez descumpridos, como coisa do Estado, porque o individualismo que reinava até certo período cedeu lugar ao coletivo e ao bem-estar social.

Não se nega o caráter liberal do Estado brasileiro, porém, apenas em certos setores da vida econômica, sobretudo.

O direito de acesso à justiça é um direito essencial dos indivíduos e da coletividade, e nesta toada a opção ideológica do Estado brasileiro, instituído pela Constituição Federal, foi o do intervencionismo estatal nas questões afetas ao processo judicial.

Todavia, e retomando, a experiência mostra que o Judiciário brasileiro tem se mostrado meio recalcitrante quando o assunto é interferir liminarmente na direção de contratos que impõem obrigação de pagar quantia certa.

Destarte, neste aspecto em particular, o legislador prevê a possibilidade de concessão de tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda<sup>23</sup>, por exemplo, e em todo caso, se uma vez defere antecipadamente tutela para “x” condenar “y” a pagar-lhe a quantia de 100 mil reais, a execução far-se-á de forma provisória, e qualquer ato de levantamento de dinheiro ou alienação de domínio apenas será legítimo mediante prestação de caução<sup>24</sup>.

Percebe-se, pois, que o entrelaçamento entre “os dois grandes planos do ordenamento jurídico” (BEDAQUE) vem permitindo decisões mais justas e mais

---

<sup>23</sup> Par. 6o. do art. 273: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

<sup>24</sup> Par. 3o do art. 273: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, par. 4o e 5o, e 461-A”.

rentes da realidade, tanto mais porque o Direito em estado “puro” e estático é paradigma já ultrapassado, ou que em muitos casos decisórios deveria ser.

Em “O Novo paradigma do Direito” Friedrich Muller, citando juristas conterrâneos seus, destaca que a “teoria estruturante do direito, ‘vista com os olhos da teoria pura do direito, é decididamente impura”<sup>25</sup>.

E, finalizando, o mesmo jurista conclui que “ali onde Kelsen pensava dever parar, ali começa o trabalho”.

### **1.3. A relevância das súmulas vinculantes, da repercussão geral, dos recursos repetitivos e dos incidentes de uniformização – A aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law***

Os sistemas jurídicos costumam ser divididos em duas grandes famílias: as do *common law* e as do *civil law*.

As primeiras, anglo-saxônicas, historicamente construíram o Direito com base e na obediência aos precedentes.

As segundas, romano-germânicas, da qual o sistema brasileiro faz parte, privilegiam o império da lei escrita, a segurança jurídica levada à exaustão e às últimas consequências, como um mantra.

Por força das mutações políticas e sociais ocorridas na nação brasileira, passamos a flertar com o sistema anglo-saxão, o que pode ser explicado também pela exigência, cada vez mais presente, de efetividade e rapidez na entrega do serviço jurisdicional.

Neste sentido, o sistema recursal passou por profundas transformações legislativas, bastando dizer que o duplo grau de jurisdição, agora, relativizou o

---

<sup>25</sup> MULLER, Friedrich, *O novo paradigma do Direito*, RT, 3a ed., São Paulo, p. 215.

conceito de colegialidade (três ou mais Juízes julgam melhor do que um), já que se tornou possível que Magistrados mais antigos ou que tenham chegado à Corte por critério de merecimento possam julgar monocraticamente<sup>26</sup>.

O jurista italiano Mauro Cappelletti, discorrendo sobre o intercâmbio entre os dois sistemas, assentou:

Com referência a essas duas famílias jurídicas, contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao 'terceiro poder', de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenómeno arriscado e aventureiro. Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenómeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica.<sup>27</sup>

Essa aproximação entre as duas grandes famílias jurídicas foi que como a matéria-prima para a reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu no sistema vários institutos tendentes a submeter os órgãos jurisdicionais inferiores às decisões dos Tribunais Superiores, como a súmula vinculante<sup>28</sup> e a repercussão geral<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> CPC art. 557: "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior"; par. 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso".

<sup>27</sup> Juízes Legisladores? Sergio Antonio Fabris Editor. P. 133-134.

<sup>28</sup> CF 103-A: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante aprovação de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

<sup>29</sup> Par. 3o do art. 102 da CF: "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

CPC 543-A *caput*: "O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo".

A súmula vinculante, cuja edição é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, uma vez editada, passa a vincular os órgãos jurisdicionais de primeiro e segundo graus.

Assim como é pressuposto específico de admissibilidade apenas do recurso extraordinário a demonstração da repercussão geral, embora tramite no Congresso Nacional projeto de lei a transpor essa exigência também para o recurso especial<sup>30</sup>.

Evidentemente, a despeito da inovação, é impossível que juízes e tribunais apliquem súmulas aleatoriamente, ou seja, sem que se as confronte com as particularidades de cada caso concreto, já que as relações da vida naturalmente são desiguais, a despeito das suas semelhanças.

Os professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam:

Na demonstração do cabimento do RE, exigida pelo CPC 541 II, compete ao recorrente destacar, como matéria preliminar, a repercussão geral. Deverá, na preliminar de repercussão geral, demonstrar em que consiste em que transcende o direito individual posto em causa. Caso a preliminar não tenha sido destacada, formal e fundamentadamente, a Presidência do STF recusará o RE, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do STF, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão (RISTF 327, *caput*). O relator sorteado terá o mesmo poder de indeferir liminarmente o processamento do RE (não conhecer) que não preencha o requisito aqui mencionado e que não tenha sido recusado pela Presidência do STF (RISTF 329, par. 1º).<sup>31</sup>

No mesmo caminho, a Lei 11.672 de 8.5.08 introduziu o instituto dos “recursos repetitivos”.

De acordo com o artigo 473-C do Código de Processo Civil e seus respectivos parágrafos e incisos, o Presidente do Tribunal de origem e o Ministro

---

CPC 543-B: "Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo".

<sup>30</sup> PEC 209/2012, que introduz um parágrafo no artigo 105 da Constituição Federal, ora em fase de tramitação. Há de se perquirir o objetivo da emenda constitucional. Se for a título apenas de política judiciária, tendente a diminuir o número de recursos, perderá o Estado Democrático de Direito.

<sup>31</sup> Código de Processo Civil Comentado, 12ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 1101-1102.

relator a quem couber a distribuição do recurso especial passaram a ter o poder de elencar algum caso em concreto “representativo da controvérsia” e neste sentido, após o cumprimento das formalidades legais, incluirá o processo em pauta para julgamento pelo colegiado.

Julgada como repetitiva determinada controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça, a Corte local prolatora do acórdão deverá reexaminar a questão à luz do que decidiu o Sodalício Superior, e muitas das vezes poderá se retratar<sup>32</sup>.

Ruy Zoch Rodrigues desenvolveu a tese sob o título “Ações Repetitivas, Casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência”:

Em suma, o ambiente no qual se sustenta a antecipação de tutela em demandas repetitivas é formado, em seu núcleo, por situações litigiosas completamente ajustadas ao universo da tutela coletiva de direitos, que, no entanto, são veiculadas em juízo mediante ações individuais, sem a perspectiva de que esse fenômeno venha a cessar em curto espaço de tempo. Há outras hipóteses, mas o núcleo é aquele. E assim os princípios que informam o direito coletivo fundamentam a proposta ora apresentada. Sobretudo na acepção social e política da jurisdição” (p. 143).

Esse fenômeno todo tem gênese na “transição do liberalismo individualista para o Estado social de direito”, nas palavras de Daniel Penteado de Castro. Segundo o mencionado doutrinador<sup>33</sup>:

Sob a ótica do direito processual, algumas transformações puderam ser sentidas, mediante a superação da linha de legitimação individual concorrente na maioria das demandas, correspondente a um tratamento *atômico* tradicional dos conflitos, que cedeu, para determinadas hipóteses em que o bem tutelado afeiçoa-se à natureza supraindividual, cujo resultado da demanda impõe a *molecularização* do direito e do processo para tratar o litígio, a partir de uma ótica solidarista que se evidencia mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos, e não somente a indivíduos enquanto tais.

Assim, a *molecularização* do Direito é fenômeno que o Julgador deve ter em mente não apenas no que se refere aos julgamento de demandas coletivas,

---

<sup>32</sup> CPC par. 1o do art. 534-C: "Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça"; e o inciso II do par. 7o da mesma norma estabelece que "serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça".

<sup>33</sup> PENTEADO DE CASTRO, Daniel, *Poderes Instrutórias do Juiz no Processo Civil*, Saraiva, São Paulo 2013 p. 78-79

mas também relativamente àquelas de cunho individual, considerada a transcendência de determinado caso concreto e que se espraia para o social e o político (escopos do processo).

#### **1.4. O ativismo judicial como uma das soluções para a efetividade das decisões judiciais**

A rapidez que se espera da justiça ou a morosidade que não se espera dela (princípio da *razoável* duração do processo) tem se revelado incompatível com a participação neutra do Juiz no processo de condução e de solução do processo.

Em notável observação, Rogério Licastro Torres de Mello ensina com percuciência:

É cada vez mais sólida a convicção de que a eficácia que se espera do Poder Judiciário está umbilicalmente vinculada, em relação de causalidade, com a qualidade da participação desenvolvida pelo juiz de direito no julgamento das questões que lhe são conduzidas. O incremento dos poderes do magistrado, especialmente no que tange à atuação *ex officio*, além dos tradicionais poderes ordinatórios, instrutórios e decisórios que já lhe são conferidos, é, em nosso sentir, uma das vias mais rápidas à mitigação da crise de efetividade hoje experimentada.<sup>34</sup>

De fato, a realidade social no novo século, que de resto fez proliferar relações jurídicas e por consequência litígios das mais variadas matizes, fenômeno gerador de multiplicação interminável de processos, é absolutamente incompatível com a figura do Juiz que se limita a assistir o embate dialético travado no curso do processo, e ao final escolher uma das duas “verdades” apresentadas pelas partes.

Imparcialidade e ativismo, neste passo, são conceitos que não se excluem.

Impõe-se, todavia, alguma dose de sutileza.

---

<sup>34</sup> Atuação de ofício em grau recursal, Editora Saraiva, Coleção Theotonio Negão, p. 25.

José Miguel Garcia Medina, ao comentar sobre os poderes instrutórios do Juiz, em nota, faz alusão ao artigo 125, I, do CPC, segundo o qual compete ao Juiz dirigir o processo de forma a “assegurar às partes igualdade de tratamento.”<sup>35</sup>

Nada obstante, a pretexto de fazer a jurisdição efetiva, o Juiz não pode desprezar o devido processo legal, caracterizado pelo emprego de técnicas e atos processuais que harmonizem a necessidade de celeridade com o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas, dentre outros princípios de igual envergadura.

Segundo o professor Cândido Rangel Dinamarco:

Por isso, o princípio dispositivo vem sendo mitigado e a experiência mostra que o juiz moderno, suprindo deficiências probatórias do processo, não se desequilibra por isso e não se torna parcial. Isso não significa que o juiz assuma paternalmente a *tutela* da parte negligente. O que a garantia constitucional do contraditório lhe exige é que saia de uma postura de indiferença e, percebendo a possibilidade alguma prova que as partes não requereram, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que a prova se produza. Exigi-lhe também, para a efetividade da isonomia processual (CPC, art. 125, inc. I), que diligencie o que a parte pobre não soube ou não pôde diligenciar (até porque patrocinada por advogados dativos, nem sempre suficientemente aplicados). O processo civil moderno repudia a figura do juiz *Pilatos*, que, em face uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes.<sup>36</sup>

Evidentemente, para dar concretude a esse novo desafio, o Juiz não pode e não deve desprezar o Direito Positivo, mas deve interpretar as normas de forma a descobrir-lhe o verdadeiro alcance, e nesse trabalho hermenêutico os princípios assumem relevância ímpar. O Juiz deve ser ético com si mesmo e sobretudo com as partes, a quem deve entregar a jurisdição da forma mais justa possível.<sup>37</sup>

Ativismo judicial como atalho para a efetividade do processo, e não apenas como elemento teórico de participação do Juiz no processo judicial democrático e de participação, é postura que se espera do julgador, posto que o processo não interessa apenas às partes, haja vista a pacificação social que subjaz ao fim da controvérsia.

---

<sup>35</sup> Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, p. 156.

<sup>36</sup> INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 6ª ed., Malheiros, vo. I, p. 229.

<sup>37</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Revista Autônoma de Processo, Ed. Juruá, 2007.

Neste diapasão de efetividade, fala-se em “força do fato da decisão para fazer o processo andar”.<sup>38</sup>

Segundo o hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sidnei Agostinho Beneti, em sua Obra “Da conduta do Juiz”:

Deve-se usar a força do fato da decisão para fazer o processo andar. A questão de fundo de justiça nunca é meramente processual, de forma que o juiz poderá, sem ferir a justiça e agindo com prudência, afastar-se dos estritos termos da lei processual, a fim de fazer o processo seguir e chegar ao ponto em que possa ser examinada a questão substancial da justiça.

Para tanto, o sistema seria inócuo se o juiz não dispusesse de sanções para coibir o abuso do processo. Citando alguns exemplos, no escólio de HELENA

NAJJAR ABDO:

(...) tem o juiz o poder de indeferir diligências que considere inúteis ou protelatórias (CPC, art. 130), antecipar efeitos da tutela jurisdicional, em caso de abuso no exercício das situações processuais de defesa (CPC, art. 273, II), presumir como verdadeiros fatos consubstanciados em documentos que a parte se recusa a exhibir (CPC, art. 359), não receber recurso que contrarie súmula do STJ ou do STF (CPC, art. 158, par. 1º), extinguir o processo sem julgamento do mérito ou determinar o seu prosseguimento à revelia do réu, caso a parte não constitua novo mandatário, em caso de morte do seu antigo procurador (CPC, art. 265, par. 2º), etc.

Discorrendo sobre o “princípio da celeridade e da razoável duração do processo”, o Professor Nelson Nery Júnior pontualiza: “quanto à atitude do juiz e do julgador administrativo, deve ter-se como preceito básico o *princípio constitucional da eficiência do serviço público (CF 37 caput)*” (ob. cit., p, 316).

De sorte que a efetividade dos provimentos judiciais, não obstante dependa de outros fatores de igual importância (como por exemplo a melhor gestão do Judiciário), depende também do compromisso dos Magistrados com o fim transformador que suas decisões causarão, donde se espera criatividade e compromisso com a nobre função.

---

<sup>38</sup> AGOSTINHO BENETI, Sidnei, 2003.

### 1.5. O problema visto sob perspectiva diversa

O Código de Processo Civil brasileiro, o Código “Buzaid”, sobreviveu a várias ondas reformistas.

Tido por alguns como uma colcha de retalhos em virtude da profusão de leis processuais que se seguiram a partir de 1994, já em 1973 o legislador já previa sem-número de instrumentos para o Juiz fazer a justiça efetiva.

O instituto da “inspeção judicial”, previsto no artigo 440 e seguintes do CPC, é um dos instrumentos mais poderosos que o Magistrado sempre teve à disposição para estar literalmente diante do problema e conhecer os fatos na maior extensão possível.

Porém, a inspeção *in loco* (com a perdão da redundância) de pessoas e coisas passou a ser procedimento usado em raríssimas situações. Não há de se fazer um estudo sociológico para ir-se à gênese dessa retração, mas juridicamente se pode dizer que a imparcialidade do Magistrado, levada às últimas consequências, pode ter sido uma das circunstâncias que com o tempo levou os Magistrados a ficarem mais dentro do gabinete e a se distanciar das pessoas e das coisas litigiosas.

Outro exemplo marcante dessa tendência já incrustada desde a entrada em vigor do Código Buzaid foi a mitigação do princípio da identidade física do juiz. Por questões de política judiciária, derrubou-se este valiosíssimo princípio, de modo que a jurisprudência passou a permitir que magistrados que não tiveram contato pessoal com as partes e as testemunhas julgassem lides.

Na mesma medida, a audiência de instrução e julgamento.

“Julgamento” apenas no nome, apenas de instrução, a maioria dos casos não é decidida em audiência, na presença das partes, que preferem, de acordo com

o Magistrado, postergar a prolação da sentença para fase subsequente à audiência. Assim, na maioria dos casos o Juiz profere sentença em seu gabinete, distante das partes e de seus advogados.

Debates orais são incompreensivelmente substituídos por memoriais escritos. E quando há oralidade, criou-se o hábito extremamente insípido consistente no fato do advogado ditar suas razões finais à escritã do Magistrado, que as registra em ata, muito mais para cumprir a formalidade do que para subsidiar e formar o convencimento da autoridade que julgará a causa.

A alternativa seria que os advogados fizessem uma verdadeira sustentação oral, em audiência mesmo, empregando técnicas argumentativas e de retórica de acordo com material probatório produzido durante a fase de instrução.

O princípio do impulso oficial é utilizado muito recatadamente. Atos ordinatórios e meramente cartoriais quase sempre passam pela caneta do Magistrado.

Mais recentemente, o Código de Processo Civil permitiu a antecipação da tutela e por conseguinte a execução provisória da sentença relativamente à parte incontroversa da demanda. Mas também aqui, a constatação é a mesma, qual seja, de muita retração.

Daí que grande parte da doutrina brasileira entende que a morosidade excessiva da justiça brasileira é um problema de maus costumes, aliados à má gestão do Poder Judiciário.

A experiência revela que o problema que gera burocracia e falta de rapidez ao entregar o bem da vida ao jurisdicionado que postula não é de leis, tampouco de emendas à Carta Constitucional, mas de hábitos e costumes.

Tome-se o exemplo da execução das dívidas da União, dos Estados e dos Municípios. O Poder Público não dá o exemplo.

Foram várias emendas constitucionais no particular desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. O problema se banalizou a tal ponto que a última emenda constitucional dos precatórios recebeu o apelido de “emenda do calote”. Oportunamente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de vários dispositivos da emenda.

A Professora Ada Pellegrini Grinover, ao tratar do *contempt of court*<sup>39</sup> adverte:

O quadro nunca foi melhor no que concerne ao descumprimento das ordens judiciárias. A administração, vencida em juízo, é a primeira a opor-se injustificadamente aos mandamentos jurisdicionais, sendo exemplo crucial dessa situação o não-pagamento de dívidas judiciais, alimentares ou não, com a espera interminável dos credores na fila dos chamados “precatórios”. O tipo penal de desobediência, por sua vez, abre flancos para a não-caracterização do crime, quando se trata de desobediência às ordens judiciárias.<sup>40</sup>

Logo, as previsões de otimização e de aceleração do procedimento remontam ao Código em vigor, de 1973. Como toda ciência, o direito processual civil evoluiu. As transformações, como exposto neste trabalho, são deveras louváveis e se compatibilizam com os novos tempos e o contexto social diverso de outrora. Mas, como ressaltado, as antigas previsões são tão atuais quanto dantes, mas a implementação concreta das previsões retro descritas depende de mudança de hábitos e comportamentos.

---

<sup>39</sup> Leciona a Professora Ada Pellegrini Grinover, na obra a seguir mencionada, que “a origem do *contempt of court* está associada à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas”.

<sup>40</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *O Processo, Estudos e Pareceres*, dpj, São Paulo, 2005, p.161-163

## **CAPÍTULO II – A RELAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COM O JURISDICIONADO**

### **2.1. A conciliação - uma forma eficaz de solução de litígios**

A revolução do sistema jurídico processual brasileiro impõe que a advocacia nacional assimile também a nova cultura de respeito aos precedentes. Não se está a falar aqui de submissão absoluta e irrestrita ao que os Tribunais vêm decidindo acerca de determinado tema. Mesmo porque, com súmulas vinculantes ou não, com recursos repetitivos ou não, a jurisprudência é vocacionada a contínua metamorfose.

Não se pode deixar de se comparecer a determinada audiência, de instrução ou não, com uma pesquisa vasta sobre a posição da jurisprudência majoritária sobre o tema a ser decidido, até a título de facilitação de eventual composição.

Ademais, pensamos que os advogados, nesta nova quadra da vida jurídica e judiciária nacional, devem ser agentes proativos da conciliação, tanto quanto possível.

Regra que comporta exceção, o ordenamento jurídico é excludente no sentido de que se fulano é titular de uma posição de vantagem, logicamente o beltrano que com ele litiga não desfruta da mesma condição, e a recíproca também é verdadeira.

Mas consabido é que o processo é formado por chances e incertezas, tanto o é que trabalho profissional da advocacia é de resultado, questão bem esquadrinhada pelo Ministro do Egrégio Superior Tribunal de Justiça LUIZ FELIPE

SALOMÃO, quando analisou a teoria da perda de uma chance ao analisar determinado caso concreto.<sup>41</sup>

Retomando, estudo atento das alterações processuais que se sucederam de 1994 para cá demonstra que o jurista e o legislador elegeram o estímulo à conciliação como uma das formas de efetivar-se com rapidez solução de lides.

Não por acaso, a Lei 8.952 de 13.12.1994, incluiu o inciso IV ao artigo 125 do CPC, segundo o qual compete ao juiz “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

Em brilhante artigo jurídico publicado na Revista dos Tribunais 727/29, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Fátima Nancy Andrichi, pontualizou:

A conciliação no nosso ordenamento jurídico, além de estar prevista no Código de Processo Civil, encontra-se, também, embasada na bem sucedida experiência vivenciada pelos Juizados de Pequenas Causas e, ainda, no ensaio de alguns juízes que, preocupados com o asoberbamento de suas pautas, representando, sem dúvida, uma das causas de demora na concessão da prestação jurisdicional, passaram, mesmo sem respaldo legal, a destacar um dia da semana para a realização de audiências exclusivamente com o objetivo de tentar a conciliação. Os resultados foram significativos, considerando a índole conciliatória de que é dotado o povo brasileiro.

---

“RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes. 3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida. 4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se deduziu da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior. 5. Recurso especial não provido. RESP 993.936/RJ 2007/0233757-42 j 7/03/2012 DJe 23/04/2012 RDDP vol. 111 p. 131).

Fala-se em cultura da conciliação, num país em que a litigiosidade é um hábito, que pode ser quebrado se houver boa vontade de todas as partes envolvidas e que se comprometam com a solução do litígio, no que se seria conveniente tomarmos os bons exemplos da família do *common law*, ou seja, a conscientização de todos que com o direito operam dos resultados positivos deste método alternativo de solução de controvérsia.<sup>42</sup>

Doutrinadores de escol, no entanto, elencam obstáculos a serem superados para que seja implementada em nosso sistema a cultura da conciliação. O maior deles, segundo o grande BARBOSA MOREIRA, consiste no fato de que muitos litigantes lucram monetariamente com o litígio, salientando que o fenômeno ocorre no campo civil e no penal, sendo que, naquele, segundo o mestre, há motivos para o litigante não pretender o fim da pendenga se “a conjuntura econômica torna menos gravoso com o correr do tempo, para o devedor em mora, o desembolso da importância devida.”<sup>43</sup>

Digno de nota o fato de que a Lei de Arbitragem e Mediação está na pauta de discussão do Parlamento nacional para ser reformada, tendo-se notícia de que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Felipe Salomão foi nomeado presidente da comissão.

Assim, ao lado da conciliação, a arbitragem e a mediação, deixadas de lado em muitos casos, poderão retornar com força como métodos alternativos de solução de controvérsia, tudo a depender da eficácia da reforma.

---

<sup>42</sup> RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, 2007, p. 156.

<sup>43</sup> TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL, *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. Saraiva, 2007, José Carlos Barbosa Moreira, p. 372, São Paulo.

## 2.2. O papel da advocacia neste novo cenário

Este novo descortino impõe ao advogado expor os fatos em Juízo conforme a verdade e adotar postura coerente, sob pena de seu constituinte incorrer em *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório) e ser tido (o litigante, a parte) como litigante de má-fé.

Embora princípio, é íntima a relação da vedação do *venire contra factum proprium* com as normas que regulam a boa-fé processual (norma processual aberta) e com a norma processual fechada da preclusão lógica.<sup>44</sup>

Consigne-se, entretanto, que a utilização da boa retórica não é incompatível com o dever da boa-fé processual, até porque direito é linguagem, e se linguagem é, os seres humanos se aproximam e paralelamente se diferenciam pelo uso da “palavra, da comunicação e do discurso”.<sup>45</sup>

Por outro vértice, como operadores do Direito e responsáveis por “limpar os fatos da lama” (CALAMANDREI), não é justo que se atribua de forma generalizada aos advogados a pecha de “chicaneiros” e responsáveis pela profusão de recursos que entulham os Tribunais, embora se reconheça que este problema existe e deva ser enfrentado.

O ativismo judicial não prescinde de advogados combativos e comprometidos com a boa técnica, pois, rompidas as possibilidades de conciliação, quanto mais parcial forem as partes mais imparcial será o Juiz, na conclusão sempre astuta e espirituosa de CALAMANDREI.

Condena-se, sim, o demandista contumaz. O formador de grandes e intermináveis arrazoados. O prolixo. O profissional descomprometido com a técnica

---

<sup>44</sup> FREDIE DIDIER JR, ALGUNS ASPECTOS DA APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NO PROCESSO CIVIL, 2007, Revista Autônoma de Processo, p. 211-21).

<sup>45</sup> CALMON DE PASSOS, J.J, Direito, poder justiça e processo – Julgando os que nos julgam – Editora Forense p. 19-20, 2000.

e com a ciência, e neste sentido a Ordem dos Advogados do Brasil deve ser sentinela permanente do ingresso de profissionais no mercado de trabalho.

A respeito da atividade do advogado nesse novo contexto, o professor Humberto Theodoro Júnior é preciso:

Tão importante como o do juiz é, no processo ético-democrático, o papel dos advogados, quando defendem os interesses das partes em juízo. É claro que, tendo a seu cargo um *múnus público*, que a Constituição qualifica de indispensável para a administração da justiça (CF, art. 133), não podem se entregar ao debate processual como se se tratasse de uma luta em que “vale tudo” para conseguir a vitória de seu cliente. Numa sociedade organizada institucionalmente sob a inspiração dos valores morais e atuando como agente de um processo que deve ser justo como quer a garantia constitucional, os advogados somente podem defender seus constituintes mediante uma atuação ética condizente, portanto, com os fins públicos que informam sua profissão.<sup>46</sup>

Sintetizando, o que se espera da advocacia é postura e atitude. Uma das heranças dos escritos de Hannah Arendt consiste na inteligente conclusão de que:

A ação é absolutamente singular no sentido de por em marcha processos que, em seu automatismo, se parecem muito com os processos naturais, mas também no de marcar o começo de alguma coisa, começar algo novo, tomar a iniciativa, ou, em termos kantianos, forjar a sua própria corrente. O milagre da liberdade é inerente a essa capacidade de começar, ela própria inerente ao fato de que todo ser humano, simplesmente por já nascer em um mundo que já existia antes dele e seguirá existindo depois, é ele próprio um novo começo.<sup>47</sup>

### **2.3. O problema da “verdade do caso concreto” – A verdade vista sob o ângulo da parte e do juiz**

A verdade sempre foi encarada como um dos grandes desafios do processo civil.

Vale ressaltar que o processo é formado por partículas de história. É como uma espécie de quebra-cabeças com peças do passado através do qual o juiz vai montando de acordo com o discurso das partes e com as provas.

Argumentos, documentos, testemunhas, perícias, depoimentos pessoais, etc. Tudo isso é fonte por meio da qual o juiz vai formando seu convencimento,

---

<sup>46</sup> REVISTA AUTÔNOMA DE PROCESSO, Ed. Juruá, 2007.

<sup>47</sup> ARENDT, Hannah, *A promessa da política*, Difel, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2010, p. 167

desprovido, tanto quanto possível, de preconceitos, ideologias ou outros elementos subjetivos potencialmente passíveis de formar sua convicção com base naquilo que o processo não logrou desvendar ou esclarecer.

Tanto que os indícios ou presunções figuram lá embaixo, no primeiro degrau da escada probatória, embora não haja hierarquia no sistema de provas brasileiro, salvo a prova legal. Indícios e presunções também são extraídos dos elementos discursivos e probatórios constantes do processo, donde o emprego da velha máxima segundo a qual “o que não está nos autos, não está no mundo”).

Fecha-se o parêntese para citar a lição oportuna do Professor Luís Roberto Barroso:

(...) O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente das suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.<sup>48</sup>

Mesmo porque, o Estado Democrático de Direito brasileiro já foi comparado a uma imensa arquitetura donde os pilares republicanos e o pluralismo político e democrático têm assento constitucional. Neste sentido de pluralismo e de visões de mundo diferentes, o jurista Ricardo Luis Lorenzetti<sup>49</sup> leciona:

Em sociedades pluralistas cada um tem sua concepção da vida e, naturalmente, o juiz não escapa dessa regra, mas, se falhar com base na sua própria convicção, afetará aqueles que dela não compartilhem. É comum isso ocorrer tanto na doutrina como na atividade judicial, porque o jurista se converteu em um militante de verdades parciais, o que é razoável se não tiver de tomar decisões que envolvam partes com convicções diferentes.

O problema é que a decisão baseada nas próprias convicções pode afetar a igualdade perante a lei, assim como princípios da democracia republicana. Por essa razão é que, nos casos em que há paradigmas concorrentes ou concepções diferentes de vida, o juiz imparcial, em uma sociedade pluralista, deveria empregar os seguintes critérios...

A propósito da verdade e da argumentação jurídica:

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto, *A nova interpretação constitucional*, p. 8, Renovar, 2006, Rio de Janeiro.

<sup>49</sup> LUIS LORENZETTI, Ricardo, *Teoria da decisão judicial, Fundamentos de Direito*, RT, 2008, Trad. Bruno Miragem, Notas e revisão da trad. Claudia Lima Marques, p. 184.

Ora, se é verdade, como quer Goethe, que todos os dias se conquistam o direito e a liberdade, é correto afirmar que é o argumento que conduz o juiz para o palco da verdade dos fatos vividos pelas partes na inteireza dessa sua realidade própria, dessa realidade sociojurídica. E o argumento requer habilidade e honestidade para com a verdade; afinal, a busca da verdade é objeto da ciência jurídica e de todas as outras ciências. A honestidade intelectual revela-se na qualidade do interlocutor reconhecer a superioridade do argumento do outro (ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, RESPONSABILIDADE DA DOCTRINA E O FENÔMENO DA CRIAÇÃO DO DIREITO PELOS TRIBUNAIS, Processo e Constituição, Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, RT, coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, 2006, São Paulo, p. 429).

E:

O jurisdicionado compreende o Judiciário como uma função do Estado, desempenhada por pessoas. Assim, tem a legítima expectativa de que sua pretensão, quando posta em juízo, seja apreciada por alguém que tenha conhecimento técnico, sensibilidade humana e imparcialidade. O cidadão quer a chance de um diálogo humano com a pessoa que, ao final, decidirá uma parte de sua vida. É justa essa expectativa (QUINTANILHA TELLES DE MENEZES, 2011).

Continuando, o ativismo judicial existe justamente para que o juiz encontre a verdade do caso concreto, e por isso mesmo há previsão no CPC de que cabe a ele, ao Magistrado, deferir as provas que entender pertinentes e indeferir as inúteis ou meramente protelatórias.

Vê-se que o compromisso do Juiz é com a verdade e com o tempo (pois cabe a indeferir pedido de prova protelatório). É o princípio da verdade real, no campo probatório, e o princípio da razoável duração do processo, na dinâmica de condução inteligente do processo.

Se a verdade real não exsurgir dos autos, o juiz deve socorrer-se dos ônus da distribuição do ônus da prova previsto no artigo 333 e incisos do Código de Processo Civil.

Não obstante, é possível que diante de eventuais desigualdades econômicas entre as partes, consistente na contratação de advogados mais eloquentes e na produção das provas mais efetivas pela parte mais forte, o juiz se frustrar. Para tanto, para ir além da igualdade meramente formal, Igor Raatz dos Santos, de forma muito oportuna, fala sobre “os deveres de esclarecimento, consulta

e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil”, citando Carnelutti, para quem “a desigualdade, por desgraça, constitui não a exceção, mas a regra” (Revista de Processo, RT, 2011, vol. 192, p. 47-48).

De fato, a desigualdade entre as pessoas é uma faceta do capitalismo, e se o Estado não tem condições de interferir na iniciativa de seus concidadãos, pelo menos cabe a ele proporcionar, no âmbito de processos judiciais, soluções factíveis de equilíbrio e de paridade de armas aos litigantes.

Vista a questão da verdade real sobre outro ângulo, fato é que o juiz de hoje convive com questões de aparência e de verossimilhança, bastando dizer que a antecipação dos efeitos da tutela de mérito pode ser deferida ou indeferida com base em juízo provisório em que o magistrado deve se convencer do direito da parte com base apenas naquilo que contém grande carga de probabilidade.

Aliás, abalizada doutrina sustenta que a verdade real, levada às suas últimas consequências, é na realidade um mito, um fim inatingível, o que significa dizer que o sistema, consagrando a boa-fé objetiva, acabou por consagrar também a “tutela jurídica da aparência” (A. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 5ª ed. RT, Porto Alegre, 2001, p. 72-73).

Ainda segundo Ovídio A. Baptista da Silva:

É este princípio, e a necessidade absoluta que a civilização moderna tornou imperiosa, de tratamento cada vez mais intenso e frequente dos litígios com base na *aparência* e na plausibilidade do direito obtidas com provas sumárias (*prima facie*), de que as liminares são os exemplos mais notórios, o grande responsável pela decadência, sempre mais acentuada, do procedimento ordinário, com sua pretensiosa aspiração a alcançar a verdade definitiva dos fatos da causa.

O Professor Miguel Reale, a propósito, já sugerira a mudança do conceito de *verdade* para *quase verdade* (MARINONI e ARENHART, 2011).

E o Professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., parafraseado pelo Professor Fábio Ulhoa Coelho, consigna que “como o problema que se propõe a dogmática

jurídica não é o da verdade ou da falsidade de seus enunciados mas das pautas de decisões possíveis, ela se manifesta como pensamento *tecnológico*, e não científico” (CHAIM PERELMAN e LUCIE OLBRECHTS – TYTECA, em Tratado da Argumentação – a Nova Retórica, Martins Fontes, São Paulo, 2005 p. XVI).

Todavia, destinatário da prova que é, o Juiz não pode deixar seu dever proativo de lado, ainda que adote critérios de “verossimilhança” ou de “quase verdade”, sob pena de que a história do caso em concreto fique ao alvedrio de fortes incertezas e fracas probabilidades.

#### **2.4. Conflito entre normas e princípios**

O Juiz deve dirimir o conflito de interesses da forma mais justa possível.

Antes disso, porém, o diálogo entre o Magistrado e as partes começa desde a instauração da lide. Triangularizada<sup>50</sup> a relação processual, a justiça do caso concreto deve ser obtida através do devido processo legal.

Se a “petição inicial é o projeto da sentença que pretende o Autor”, na feliz observação do jurista uruguaio Eduardo Couture, a democratização do procedimento, o respeito ao contraditório e à ampla defesa é o ideal que ambas as partes almejam.

Já aí, nessa atmosfera de movimento entre o que o Autor pretende e o Réu refuta o Juiz já se põe entre o dilema consistente em decidir se opta pela celeridade processual ou pela segurança jurídica, por exemplo. Entre a tutela a ser concedida já em cognição provisória ou a tutela a ser deferida apenas após cognição exauriente.

---

<sup>50</sup> Se bem que esse conceito de triangularização, no compasso das reformas, sofreu certa relativização. Veja-se a possibilidade do Juiz julgar improcedente a lide liminarmente (CPC 285-A). O Professor Rogério Licastro Torres de Mello, faz suas as palavras de Fernando da Fonseca Gajardoni para referir-se a essa possibilidade de julgamento de improcedência de plano da pretensão como “julgamento antecipadíssimo da lide” (ob. cit., p. 161).

A perspectiva de alteração do *status quo*, a quebra da zona de conforto, colocam o Magistrado frente a frente com o problema carente de solução e para cujo enfrentamento ele está ali. Qual caminho a adotar e como percorrê-lo? Esta é a pergunta que a ciência processual sempre tentou resolver.

Escolher a adoção de um determinado caminho impõe necessariamente o sacrifício do outro. Optar pela aplicação do princípio da celeridade processual, por exemplo, impõe o sacrifício do princípio da segurança jurídica.

Exemplificativamente, em determinada ação cominatória em que a parte Autora pede tutela antecipada para condenar determinado plano de saúde a cumprir imediatamente obrigação de fazer consistente em subsidiar determinada cirurgia, o Juiz se vê diante desta inquietação.

No campo procedimental, determinado princípio deverá ser prestigiado em detrimento de outro. No campo do mérito da causa, *idem*.

A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier ensina:

Essa atitude do nosso legislador constitucional evidencia de modo inequívoco que, ainda que se admita tenha o juiz padrões mais flexíveis, quer-se a continuidade do método de que haja PADRÕES para decidir, porque se valoriza a SEGURANÇA e a PREVISIBILIDADE, apesar de todas as dificuldades decorrentes da inegável flexibilização dos padrões que hoje se constata em toda parte.<sup>51</sup>

Para que as coisas se sucedam com racionalidade e justiça tanto quanto possível, doutrina e jurisprudência criaram o que se convencionou denominar de juízo de ponderação.

O Professor Paulo Gustavo Gonet Branco leciona<sup>52</sup>:

A fundamentação dos decisórios assume relevância decisiva para a legitimidade do juízo de ponderação. Toda a fórmula do juízo de ponderação dirige-se a orientar uma fundamentação que seja apta para explicitar a correção do que é deliberado. A ampla participação de um

---

<sup>51</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória*, p. 22., RT, São Paulo, 2002.

<sup>52</sup> GUSTAVO GONET BRANCO, Paulo, *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*, Saraiva, 2009, São Paulo, p. 239.

universo aberto de intérpretes da Constituição somente surtirá efeitos legitimadores se houver deliberação que sopesse todos os argumentos expostos e que torne claro aos jurisdicionados os motivos por que uma ou outra linha de solução foi acolhida ou rejeitada.

De fato, a fundamentação, ainda que seja para negar tutela a uma das partes também é uma ferramenta de diálogo e aproximação entre o Juiz e o jurisdicionado. Daí a necessidade incontornável do Juiz fundamentar a contento decisões ou sentenças, sob pena de invalidade ou nulidade, já que provimento bem fundamentado é sinal de reverência ao Estado Democrático de Direito.

Em “A Nova Interpretação Constitucional”, a Professora Ana Paula de Barcellos, na Obra já citada do Professor Luis Roberto Barroso, após tecer comentários pertinentes acerca das novas configurações e relações jurídicas do século XXI, com maestria descreve:

De forma muito geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.

E continua:

Gradativamente, porém, a ponderação tem se destacado como figura principal, e não só coadjuvante dos princípios. Já é possível identificá-la como uma técnica de decisão jurídica autônoma que, aliás, vem sendo aplicado em diversos outros ambientes que não o do conflito dos princípios. É possível encontrar decisões judiciais empregando um raciocínio equiparável ao que se tem entendido por ponderação para, *e.g.*, definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados e decidir o confronto entre regras que se chocam diante de um caso concreto e entre princípios e regras, dentro do sistema constitucional e fora dele (ob. cit., p. 55-56).

Logo, uma das formas mais simples de ativismo judicial é a aproximação entre o Juiz e o jurisdicionado por meio de decisões bem fundamentadas, cotejando-se a prova e argumentos constantes do processo com a cadeia principiológica e normativa de que o sistema dispõe.

Essa comunicação é necessária não apenas para justificar tutela jurisdicional à parte vencedora, mas sobretudo para “explicar” ao perdedor as razões de sua derrota.

## 2.5. Os limites de atuação do Magistrado

Ativismo judicial está longe de ser sinônimo de arbítrio judicial.

De sorte que a liberdade do Magistrado, no campo decisório, está condicionada ao princípio do livre convencimento motivado, insculpido no artigo 131 do CPC.

O Juiz deve decidir de acordo com a prova dos autos - incluindo aí os indícios e presunções -, e em consonância com os atos e omissões das partes, já que, por exemplo, não dependem de prova os fatos incontroversos (CPC, 334, II).

Decisões divorciadas da prova do processo e que não levem em conta as consequências positivas ou negativas das ações ou omissões das partes é passível de nulidade.

Por outro lado, a legalidade de todo provimento está vinculada ao princípio dispositivo. A regra segundo a qual “o processo civil começa por iniciativa da parte mas se desenvolve por impulso oficial” (princípio dispositivo ou da inércia da jurisdição) e de que “nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer nos casos e forma legais” (CPC, art. 2º) é o gênero que abrange outras normas, como por exemplo a que determina que o Magistrado decida a lide “nos limites em que foi proposta, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte” (CPC 128).

Os limites da lide são colhidos dos elementos da ação: partes, causa de pedir e pedido servem para traçar os contornos da própria coisa julgada.

Destarte, sentenças *extra*, *ultra* ou *citra peita* são nulas.

Todavia, matérias de ordem pública, de ordem material e processual podem ser conhecidas de ofício.

No campo do direito processual, as condições da ação, por exemplo – interesse processual, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade das partes -, uma vez ausente, ou ausentes, devem ser apreciadas de ofício pelo Juiz, independentemente de provocação da parte.

E outras questões procedimentais já também enfrentadas no decorrer deste trabalho merecem atuação ativa do Magistrado.

No campo do direito material, de solução da controvérsia fática levada à apreciação do órgão jurisdicional, costuma-se dividir os direitos em duas categorias: os de direito disponível e os de direito indisponível.

Os direitos disponíveis dizem respeito, na maioria das vezes, às pretensões patrimoniais das pessoas, o que significa dizer que em demandas de cunho notadamente patrimonial a revelia e o sistema de preclusões (temporal, lógica e consumativa) atuam em grau muito maior de intensidade.

Os direitos indisponíveis, no campo do direito civil e processual civil, são os que se referem, na maioria dos casos, ao estado das pessoas. Assim, por exemplo, em determinada demanda em que se pede a guarda compartilhada de um menor, entende-se que o Juiz pode proferir sentença diversa da pedida e conceder guarda unilateral, se a isso convier o interesse do infante e suas respectivas necessidades.

Recentemente, alguns órgãos judiciários do País entendiam que em relações fáticas decididas à luz do Código de Defesa do Consumidor poderia o Magistrado, por exemplo, analisar de forma particularizada determinado contrato e declarar nulidade de cláusulas ilegais ou leoninas, independentemente de pedido da parte.

Todavia, o E. Superior Tribunal de Justiça se posicionou de forma contrária a esse entendimento<sup>53</sup>.

Seja em casos que envolvam direitos disponíveis ou indisponíveis, para decidir o Julgador deve socorrer-se à hermenêutica jurídica.

O Juiz, como se sabe, não é apenas a boca da lei, mas o intérprete dela, de modo que, ao julgar determinada controvérsia, o órgão julgador deve proceder ao mecanismo de “ENCAIXE” dos fatos com a (s) norma (s), na feliz expressão da Professora Tereza Wambier, mas sem legitimidade restará seu ato decisório se divorciado estiver do juízo de valoração do contexto fático-jurídico, entendendo-se por valoração o processo intelectual através do qual, por meio da melhor exegese, o Julgador levará em conta as condições históricas que determinaram a criação da (s) norma (s) e o que desejou o legislador (*mens legis*).

Falou-se em liberdade do juiz no que toca ao procedimento e no que toca à decisão de mérito.

Mas indaga-se: até onde pode ir o Julgador na atuação de fazer valer, em concreto, o conteúdo de seus atos decisórios?

---

<sup>53</sup> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO, DE OFÍCIO, DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. 1. A Segunda Seção desta Corte firmou o entendimento de que é vedado ao magistrado revisar, de ofício, cláusulas estabelecidas em contrato bancário, em observância ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. Tal orientação foi consagrada no julgamento do REsp 1.061.520/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos moldes do art. 543-C do CPC. 2. Segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, a constatação de exigência de encargos abusivos no contrato, durante o período da normalidade contratual, afasta a configuração da mora. Posicionamento reiterado no mesmo REsp 1.061.520/RS. 3. Embargos de divergência acolhidos, em parte – EREsp 785720 / RS EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL 2006/0149495-0 - S2 - SEGUNDA SEÇÃO – Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão.

A coerção direta, ou sub-rogação, é o mais invasivo (por assim dizer), já que o Estado-Juiz, à base da força legítima, está autorizado pelo sistema normativo a determinar busca e apreensão, expropriar, desfazer obras, etc.

Mais recentemente, para garantir operatividade às decisões judiciais e diante do contexto histórico de morosidade da Justiça, e para que a vitória do litigante deixasse de lembrar apenas a vitória do lendário PIRRO, o legislador incluiu no CPC formas indiretas de coerção, exatamente para motivar o inadimplente a cumprir a decisão, a mexer na sua própria vontade, a redirecioná-la, na perspectiva de fazê-lo crer de que algo agora pode ocorrer se a decisão for objeto de insurreição.

*Astreintes* (multa diária), acréscimo da multa de 10% nos casos de cumprimento da sentença, incentivo ao pagamento nas execuções por quantia certa através da previsão de parcelamento, são algumas hipóteses mais dignas de nota.

Todavia, a eficácia das decisões judiciais através da imposição das *astreintes* tem se revelado inoperante, já que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a exigibilidade da multa está condicionada ao trânsito em julgado da decisão ou da sentença que a fixou<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DEFERIDA. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO. MULTA DIÁRIA. EXIGIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE JULGAR PROCEDENTE A DEMANDA. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a multa diária somente é exigível com o trânsito em julgado da decisão que, confirmando a tutela antecipada no âmbito da qual foi aplicada, julgar procedente a demanda. 2. Conforme salientado na decisão agravada, o Tribunal de origem julgou extinto o processo sem exame do mérito, o que tornou insubsistente a liminar anteriormente deferida, que dava suporte jurídico para a exigibilidade da multa imposta. 3. Não havendo julgamento definitivo de procedência do pedido inicial, confirmando a medida liminar anteriormente deferida e solucionando o litígio, apresentando à parte a prestação jurisdicional tutelada, tornam-se inexigíveis as *astreintes*. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 50196 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0134116-2 - Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA - T1 - PRIMEIRA TURMA 21/08/2012 - DJe 27/08/2012).

Mas se é que as *astreintes* não trouxeram o melhor dos mundos para a efetividade da jurisdição, é inegável que, durante o curso do processo, ficará sob os olhos da parte recalcitrante uma verdadeira Espada de Dâmocles, já que se a multa de um lado é exigível apenas após o trânsito em julgado, de outro, a jurisprudência sacramentou o entendimento de que a multa é cumulável e incide desde a sua fixação, de forma retroativa.

## CAPÍTULO III – O RESGUARDO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL POR MEIO DO PROCESSO

### 3.1. O ativismo judicial sob a perspectiva do controle de constitucionalidade das leis

Um retorno à gênese do controle judicial de constitucionalidade das leis é antes de tudo necessário (caso *Marbury versus Madison*).

Tudo começou nos Estados Unidos da América quando ex-Presidente da República nomeara juiz federal para exercer a judicatura. Antes que o juiz assumisse oficialmente, a Presidência do país passou de comando, sendo que o novo Presidente, por razões provavelmente políticas, houve por bem não dar-lhe posse.

O juiz preterido foi ao Judiciário à busca da efetivação de sua nomeação através de *writ of mandamus* encaminhado à Suprema Corte que, após debate, resolveu por reconhecer-se competente para apreciar a medida (LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, Saraiva, 13<sup>a</sup> ed., p. 287, São Paulo, 2013).

Assim, o controle de constitucionalidade surgiu de um casuismo até ganhar *status* de disciplina e instituto jurídicos ao longo da história.

Como pontualizado por Oscar Vilhena, citado por Pedro Lenza (ob. cit., p. 287-288), “este poder de controlar a compatibilidade das leis com a Constituição decorre, assim, da jurisprudência americana, e não de uma autorização positivada de forma expressa pelo constituinte”.

Feita a introdução...

O Direito Positivo brasileiro, como tantos outros, é formado por um vastíssimo espectro de leis, de onde a Constituição Federal figura no topo.

Portanto, as decisões judiciais, as leis de escalão inferior assim como os atos do Poder Público devem obediência às normas e princípios contidos na Lei Maior.

Os movimentos sociais em prol do pluralismo político e das garantias individuais fizeram eclodir o movimento “Diretas Já” e já se articulava a implementação de uma nova ordem constitucional e democrática, o que veio a acontecer a Constituição Federal de 1988.

Carlos Mário da Silva Veloso contextualiza<sup>55</sup>:

O apogeu da Constituição, o triunfo do Direito Constitucional, com o triunfo dos direitos fundamentais, nas suas diversas gerações, deu-se, no Brasil, foi dito linhas atrás, com a Constituição de 1988. A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, principalmente após a segunda metade dos anos 1990, no rumo da proteção dos direitos, realiza o neoconstitucionalismo. As decisões seguintes, do Supremo Tribunal, por exemplo, que Luís Roberto Barroso dá relevo, confirmam a assertiva: controle de constitucionalidade de emendas constitucionais (ADI 939-DF); Prev. Social, benefícios pagos em nome da proteção da maternidade (ADI 1.946-DF); redução do número de vereadores, fixação com observância da proporcionalidade em relação à população dos municípios, na forma do art. 29, IV, C.F., com efeitos prospectivos à decisão (RE 197.971-SP); fidelidade partidária (MMSS 26.602, 26.603, 26.604); rejeição do racismo antisemita (HC 82.424-RS); constitucionalidade de pesquisas com células tronco-embrionárias (ADI 3150); estabelecimento de critérios na utilização de algemas, em obséquio à dignidade da pessoa humana (HC 91.952); CPIs, direito das minorias parlamentares (MS 24.831); galas de garantia constitucional ao mandado de injunção; aplicabilidade da lei de greve dos trabalhadores das empresas privadas aos servidores públicos, enquanto o Congresso não edita lei própria (MI 712-PA); normatividade aos princípios; proibição de nepotismo em todos os poderes (ADC 12-MG, RE 579.951-RN).

Todas as decisões retro mencionadas são consequência de um novo constitucionalismo, pós-positivista, com reflexos concretos na dinâmica do direito processual civil, e neste sentido o Professor Luís Roberto Barroso adverte que “o ideal democrático realiza-se não apenas pelo princípio majoritário, mas também pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais” (ob. cit. p. 46-47).

---

<sup>55</sup> DA SILVA VELOSO, Carlos Mário, *Da Jurisdição Constitucional ou do Controle de Constitucionalidade*, estudo publicado em *Tratado de Direito Constitucional*, Saraiva, 2010, São Paulo, p. 385-386.

Mais especificamente quanto à normatividade dos princípios, e falando de forma mais estreita com o título deste trabalho monográfico, o mesmo Professor pondera:

Quanto ao princípio do devido processo legal, embora seus corolários mais diretos já estejam analiticamente previstos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, tem sido aplicado de modo a gerar a exigibilidade de outros comportamentos não explicitados. O princípio foi invocado para considerar, com base nele, inválido o oferecimento da denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior arquivamento do inquérito policial, entender legítima a anulação de processo administrativo que repercutia sobre interesses individuais sem observância do contraditório...

Tratando do “neoconstitucionalismo”, o constitucionalista Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que a “a onipotência judicial’ detectada e aconselhada é tanto mais sugestiva à medida que a materialização da Constituição traz consigo a irradiação dos seus comandos por todas as áreas do Direito” (ob. cit. p. 131-132)

Portanto, o Judiciário, o Juiz brasileiro, têm o poder de controlar a constitucionalidade de leis e de atos do Poder Público em demandas específicas, judiciais ou administrativas, seja no aspecto procedimental ou de mérito.

Como os Poderes da República são independentes, porém harmônicos entre si, e tendo o sistema brasileiro adotado o sistema de pesos e contra-pesos, a Constituição permite que o Poder Judiciário fiscalize a (in) constitucionalidade dos atos do Poder Executivo e a conformidade das leis editadas pelo Poder Legislativo à Carta Magna, bem como a conformidade dos provimentos jurisdicionais com a Carta Magna.

### **3.2. Formas de controle – O controle difuso e o controle concentrado**

O controle difuso de constitucionalidade das leis é aplicado em casos concretos, *inter partes*. Não tem efeito *erga omnes*, e a (in) constitucionalidade de lei é apreciada como matéria prejudicial, incidentalmente, por qualquer Juiz ou Tribunal.

Trata-se de visão tradicional o instituto.

É a forma mais democrática, por assim dizer, de controle de constitucionalidade.

Democrática no sentido de que qualquer jurisdicionado ostenta o direito subjetivo de provocar a declaração de inconstitucionalidade.

Democrática no sentido de que qualquer Juiz ou Tribunal goza de competência para declarar a inconstitucionalidade, e nesta senda o ATIVISMO JUDICIAL permite que o Juiz assim o faça mesmo sem pedido expresso, já que o brocardo “dai-me os fatos que eu lhe darei o direito” é tão atual quanto em épocas mais remotas.

Note-se que o pós-positivismo, aliado a uma maior amplitude de poder atribuída aos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), abriu espaço ao que se convencionou denominar de “transcendência dos motivos determinantes”.

Significa dizer que, mesmo em casos concretos, tem-se exarado o entendimento de que os Tribunais Superiores podem espriar os efeitos da coisa julgada para todos aqueles que se acham na mesma situação jurídica objeto da decisão e que não fizeram parte da relação processual, posição defendida por juristas da envergadura do Ministro do STJ e Professor Teori Albino Zavascki.

Outros, porém, defendem a necessidade de reforma do texto constitucional como premissa para que a decisão *inter partes* se projete para fora do processo e nesse sentido haveria necessidade de emenda à Constituição Federal (Pedro Lenza, ob. cit. p. 297-299).

De qualquer forma, trata-se de avanço importante que, de certa forma e em alguma medida, reforça os poderes dos Magistrados que não sejam dos

Tribunais Superiores neste contexto atual de respeito aos precedentes e de vinculação das instâncias ordinárias às decisões dos Tribunais Superiores.

A transcendência dos motivos determinantes é consequência de decreto de inconstitucionalidade DE BAIXO PARA CIMA.

Já o controle abstrato ou concentrado é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. É o único órgão judiciário competente para apreciar este tipo de inconstitucionalidade.

A legitimidade para agir é restrita às hipóteses constitucionais, como por exemplo a Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade atinge a todos (efeitos *erga omnes*) e vincula todos os órgãos judiciários de menor escalão.

### **3.3. Alguns casos emblemáticos: a) As uniões homoafetivas e a revolução no Direito das Famílias, b) O caso dos fetos anencéfalos e c) Os *royalties* do petróleo brasileiro**

Alguém já disse que não existe vácuo de poder.

Face a letargia do Congresso Nacional em enfrentar o tema, casos e casos de uniões entre pessoas do mesmo sexo foram levados às barras dos Tribunais, até o Supremo Tribunal Federal preencher o vazio através da análise e decisão da ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

Em pouquíssimo tempo, a matéria também foi tratada em nível infraconstitucional, através de diversos precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça.

À míngua de legislação específica, passou-se a disciplinar esse tipo de relação fática por analogia aos regramentos das uniões heteroafetivas (STJ, REsp 964489/RS, Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJ 20/03/2013).

Na ação direta de inconstitucionalidade retro epigrafada figuraram, dentre outras partes, como *amicus curiae*, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Até esta data, em consulta ao sítio eletrônico da Suprema Corte, o acórdão ainda não foi publicado, nem disponibilizado.

Tal decisão tem efeito *erga omnes* e portanto vincula todos os órgãos judiciários brasileiros, já que a decisão proferida pelo Pleno do STF o foi em sede de controle abstrato de constitucionalidade, em ação ajuizada como de descumprimento de preceito fundamental, mas recebida como ação direta de inconstitucionalidade.

O STF e o STJ operaram verdadeira revolução na sistemática do Direito das Famílias, com reflexos marcantes sobre os efeitos deste tipo de relação e de outras modalidades de família também, envolvendo direito à pensão, divisão de patrimônio, adoção, etc.

No âmbito do Direito Penal brasileiro considerava-se que o aborto não configurava crime em duas condições restritas: - nos casos envolvendo estupro; - e naqueles em que a gestante corria risco de morrer.

Pois que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, decidindo, acabou reflexamente por permitir outra excludente do aborto no Brasil: o caso dos fetos sem cérebro.

Outro caso digno de nota diz respeito ao procedimento da distribuição dos royalties do petróleo. O Congresso Nacional levou adiante projeto de lei de distribuição dos *royalties* do petróleo entre os Estados Federados.

Os parlamentares derrubaram o veto da Presidente da República no sentido de dar distribuição igualitária entre os Estados chamados “produtores” e “não-produtores”, o que levou os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo a ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF

Obtiveram tutela liminar que garantiu as cotas mormente aos dois Estados apontados, concedida pela Ministra Cármen Lúcia, com grande impacto nacional não só pela dimensão da questão, mas sobretudo por envolver uma aparente “disputa” entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

## CONCLUSÃO

Esta monografia foi desenvolvida sob a luz da melhor doutrina acerca do tema proposto, com descrição e análise de alguns julgados pontuais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, assim também da opinião de alguns Ministros.

Partiu-se da premissa de que o processo civil brasileiro, cadencialmente, vem passando por alterações axiológicas significativas.

Neste caminhar, demos ênfase, aqui, ao pós-positivismo, à prevalência dos princípios, às cláusulas gerais e ao neo-constitucionalismo como novas ferramentas diretivas da atuação dos Magistrados na forma de condução de processos, de decisão litígios e de atuação concreta na vida das pessoas, com alteração efetiva do *status quo*.

Neste novo contexto, ponderamos que os atores dos dramas processuais devem instigar os Juízes, tanto quanto possível, a sair da condição de inércia que a burocracia e a cultura romano-germânica ainda lhes impõe.

E que os advogados devem ser protagonistas empenhados em fornecer aos Julgadores elementos seguros e argumentos sérios de convicção, guiados pela boa-fé objetiva, de modo que a postura contraditória do litigante seja repudiada pelo órgão julgador, com sanções que vão desde a multa por litigância de má-fé até a indenização, na forma dos artigos 17 e 18 e respectivos incisos do CPC, sem o desprezo de outras.

A conciliação, como método alternativo de solução de controvérsias, deve ser estimulada, em mecanismo de cooperação entre a Advocacia e a Magistratura.

Dissertamos também sobre a aproximação do sistema judiciário brasileiro com a família anglo-saxônica, sobretudo no que se refere ao respeito (e não subserviência imodificável) aos precedentes.

Para tanto, o sistema positivo já dispõe das súmulas vinculantes e dos recursos repetitivos.

No âmbito de controle de constitucionalidade das leis, a apreciação pelos Tribunais Superiores de questões fáticas ligadas ao dia-a-dia dos cidadãos - fenômeno ocasionado em boa parte pela inércia do Poder Legislativo em normatizar as novas condutas sociais - fez surgir a tese denominada de “transcendência dos motivos determinantes”.

Não poderíamos deixar de ressaltar que o Direito Processual, de há muito, já previa (e continua a prevê) mecanismos de aceleração do processo, como, por exemplo, a audiência de instrução e julgamento (oportunidade em que o Magistrado dispõe de condições de colher a prova, ouvir os argumentos das partes e decidir num único ato) e a inspeção de pessoas e coisas.

De acordo com as teses e ideias desenvolvidas nesta monografia, é inconcebível que, por exemplo, distribuída determinada ação em 2007, o Juiz espere toda fase postulatória e instrutória para proclamar em sentença a prescrição do direito da parte seis ou sete anos depois, quando poderia fazê-lo logo após a instalação do contraditório, sabido, outrossim, que tal instituto é passível de apreciação de ofício pelo Juiz de Direito.

Durante este tempo “morto” a questão poderia estar solucionada com trânsito em julgado, ou resolvida, no mínimo, em primeiro grau de jurisdição.

Outra questão abordada neste trabalho foi a da verdade do caso concreto. Como se sabe, doutrina e jurisprudência sempre dividiram a verdade em “verdade formal” e “verdade real”.

Evidentemente, a verdade real deve ser perseguida, entendendo-se como “real” a verdade mais próxima possível da realidade e que revele a maior dose de verossimilhança.

Mas se relatou neste trabalho o entendimento segundo o qual o direito processual civil brasileiro se contenta com a verdade formal, bastando dizer que a revelia produz efeitos (ainda que não absolutos), os fatos não impugnados devem ser tidos como incontroversos, e por aí vai.

Tudo isso diz respeito com a postura do Magistrado diante da condução do processo e do ato de decidir, ou seja, com o ativismo judicial.

Falamos também, evidentemente, dos naturais limites à postura pró-ativa do Magistrado. No campo instrutório, entendemos que o Juiz deva ser efetivamente pró-ativo, desde que assegure igualdade de tratamento às partes litigantes. E no campo decisório, mormente em se tratando de demandas de caráter patrimonial disponível, pensamos que o Magistrado deva colocar na balança da sua decisão outros elementos de convicção que não apenas as provas, mas em igual intensidade a conduta omissiva ou comissiva das partes.

A “saxonização” do Direito brasileiro, ou em palavras mais fáceis, a aproximação entre as duas grandes famílias jurídicas, tem alimentado esperanças por uma Justiça dinâmica, efetiva, equilibrada e que gere igualdade de tutelas para pessoas e entes em igual ou semelhante estado fático-jurídico.

Em todo contexto da monografia, procuramos trazer à baila o entendimento de grandes Doutrinadores e Professores do Direito Processual Civil,

do Brasil e do estrangeiro, no sentido de que entre a propositura de determinada demanda e a sentença final está o devido processo legal que não pode de maneira nenhuma ser desconsiderado.

O Juízo de ponderação. O sacrifício de um princípio em homenagem a outro para resguardar imediatamente determinada situação da vida, dentre outras questões de igual envergadura, nos inspiraram a escrever e traçar, na medida do possível e do nosso conhecimento até aqui amalhado, o que o jurista brasileiro comprometido e envolvido com a ciência aspira.

E até mesmo o tema desta monografia – O Ativismo Judicial – foi por nós escolhido como um mecanismo consciente, ou até mesmo com certa dose de inconsciência, na esperança de que os operadores do Direito se deem as mãos em direção daquilo que todos que partiram do mesmo bacharelado desejam.

**REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA**

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo, Influência do Direito Material sobre o Processo*, 5ª edição, MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*, 2010, p. 52-58.

DIDIER JR, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1, 13ª edição, Editora Podivm, p. 36.

ULHOA COELHO, Fábio, *Direito e Poder*, Editora Saraiva, 1ª edição, p. 100.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Direito Civil e Processo*, 2008, p. 531

CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes Legisladores?* Sergio Antonio Fabris Editor, p. 133,134

NERY JÚNIOR, Nelson e DE ANDRADE NERY, Rosa Maria, *Código de Processo Civil Comentado*, 12ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 1101-1102

LICASTRO TORRES DE MELLO, Rogério, *Atuação de ofício em grau recursal*, Editora Saraiva, Coleção Theotonio Negão, p. 25.

GARCIA MEDINA, José Miguel, *Código de Processo Civil Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, p. 156.

RANGEL DINAMARCO, Cândido, *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., Malheiros, vo. I, p. 229.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Revista Autônoma de Processo*, Ed. Juruá, 2007

DE CAMARGO MANCUSO, Rodolfo, 2007, p. 156

CALMON DE PASSOS, J.J, *Direito, poder justiça e processo – Julgando os que nos julgam*, Ed. Forense p. 19-20, 2000.

CALAMANDREI, Piero.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL, O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. Saraiva, 2007, p. 372, São Paulo.

DE ANDRADE NERY, Rosa Maria, *Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do Direito pelos Tribunais*, Processo e Constituição, Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, RT, coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, 2006, São Paulo, p. 429.

RAATZ DOS SANTOS, Igor, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2011, vol. 192, p. 47-48.

A. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 5ª ed. RT, Porto Alegre, 2001, p. 72-73.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento*, RT, 9ª ed., 2011, São Paulo, p. 244-255).

QUINTANILHA TELLES DE MENEZES, Gustavo, *O novo processo civil brasileiro – Direito em Expectativa*, Coordenador Luiz Fux, Forense, 2011, p. 183.

AGOSTINHO BENETI, Sidnei, *Da conduta do juiz*, Saraiva, São Paulo, 3ª ed., p. 21.

ULHOA COELHO, Fábio, *em Tratado da Argumentação – a Nova Retórica* de CHAIM PERELMAN e LUCIE OLBRECHTS – TYTECA, Martins Fontes, São Paulo, 2005 p. XVI.

LEVI LOPES, Caetano, *Os princípios fundamentais do Código Civil de 2002 e seus reflexos na reforma do Processo Civil*, em *Execução Civil*, estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior, RT, São Paulo, 2007.

NAJJAR ABDO, Helena, *O abuso do processo*, RT, São Paulo, 2007, p. 239.

ZOCH RODRIGUES, Ruy, *Ações Repetitivas, Casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*, Ed. RT, São Paulo, 2010.

ARENDDT, Hannah, *A promessa da política*, Difel, 3<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 2010, p. 167

BARROSO, Luís Roberto, *A nova interpretação constitucional*, p. 8, Renovar, 2006, Rio de Janeiro.

NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*, Ed. RT, 9<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2009, p. 25

MULLER, Friedrich, *O novo paradigma do Direito*, RT, 3a ed., São Paulo, p. 215.

LUIS LORENZETTI, Ricardo, *Teoria da decisão judicial, Fundamentos de Direito*, RT, 2008, trad. Bruno Miragem, Notas e revisão da trad. Claudia Lima Marques, p. 184.

PENTEADO DE CASTRO, Daniel, *Poderes Instrutórias do Juiz no Processo Civil*, Saraiva, São Paulo 2013 p. 78-79.

GUSTAVO GONET BRANCO, Paulo, *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*, Saraiva, 2009, São Paulo, p. 239

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *O Processo, Estudos e Pareceres*, dpj, São Paulo, 2005, p.161-163

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória*, p. 22., RT, São Paulo, 2002.

DA SILVA VELOSO, Carlos Mário, *Da Jurisdição Constitucional ou do Controle de Constitucionalidade*, estudo publicado em *Tratado de Direito Constitucional*, Saraiva, 2010, São Paulo, p.385-386

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, Saraiva, 13<sup>a</sup> ed., p. 287, São Paulo, 2013.