
ATIVISMO JUDICIAL: PARA UMA EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fabrcio Fracaroli Pereira¹

Orientador: Prof. Roberto da Freiria Estevão²

RESUMO

O presente trabalho trata do perfil do juiz, principal membro do Poder Judicirio, no que diz respeito à efetivação e respeito aos direitos fundamentais. O perfil tradicional atribuído aos magistrados, entendidos como sujeitos passivos e neutros na relação jurídica de direito processual, não mais atende aos anseios da sociedade atual. Logo, ao exercerem a atividade jurisdicional, os juizes devem estar atentos à realidade social que os cerca, bem como à dinamicidade dos valores desta sociedade. Assim sendo, ao conduzir um processo judicial, o magistrado deve portar-se de maneira ativa e participativa, de modo que, mediante a fundamentação de suas decisões, possa demonstrar o respeito e atenção aos direitos fundamentais e conferir legitimidade à sua atuação.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Ativismo judicial 2. Direitos fundamentais 3. Fundamentação das decisões.

ABSTRACT

This article deals with the judge's profile, the Judiciary's chief member, concerning the effectiveness and respect to the fundamental rights. The traditional profile attributed to the magistrates, seen as passive and neutral on the judicial process, no more assists the current society's expectations. Therefore, when in the conduction of the judicial activity, the judges must be attentive to the social reality that surrounds them, as well as to the dynamics of the values of this society. Therefore, when conducting judicial proceedings, the magistrate must conduct themselves in an active and participatory way, so that, by the justification of their decisions, show respect and attention to fundamental rights and grant legitimacy to their actions.

KEYWORDS: 1. Judicial Activism 2. fundamental rights 3. justification of decisions.

INTRODUÇÃO

Podemos definir *poder*, sucintamente, como sendo “[...] *uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins*” (SILVA, 2006, p.

¹ Graduado em Direito (Centro Universitrio Eurípides de Marília - UNIVEM/ Marília-SP). E-mail: fabri-cio07@hotmail.com

² Professor do Centro Universitrio Eurípides de Marília – UNIVEM (Marília-SP).

107).

Na qualidade de um grupo social (SILVA, 2006, p. 107), para que possa manter e garantir sua existência, o Estado precisa sustentar uma parcela de poder, aqui entendido como a possibilidade de “[...] coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar” (SILVA, 2006, p. 107). Tal poder denomina-se poder político ou poder estatal.

O poder estatal, por conseguinte, é [...] superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. (SILVA, 2006, p. 107).

Essa superioridade do poder estatal implica na soberania interna e externa do Estado: existe uma “[...] supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal”, ao mesmo tempo em que há a “[...] independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal” (SILVA, 2006, p. 107).

O exercício do poder soberano do Estado, o qual é uno, indivisível e indelegável, é realizado por diversos órgãos, por meio dos quais “[...] a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada” (SILVA,

2006, p. 108). Desta forma, o poder político se “[...] manifesta mediante suas *funções*, que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo” (SILVA, 2006, p. 108).

Os Poderes do Estado, portanto, representam os órgãos pelos quais são exercidas e cumpridas as funções do poder político, que são basicamente divididas em três: função administrativa e governamental (exercida pelo Poder Executivo), função legiferante, ou seja, com a incumbência da edição das leis (que cumpre ao Poder Legislativo), e função jurisdicional, ou que efetua a aplicação do direito ao caso concreto (encargo do Poder Judiciário).

Apesar de independentes entre si, os Poderes estatais são harmônicos, isto é, “[...] se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 02).

O Poder Judiciário, assim como os demais Poderes do Estado, deve, portanto, atentar-se aos objetivos da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

outras formas de discriminação³.

Para tanto, vincula-se também aos demais dispositivos constantes do texto constitucional, devendo sempre atentar-se às normas e orientações neles dispostos.

Assim sendo, é indispensável ao Judiciário, como aos demais Poderes, a observância e o respeito aos fins colimados pela Constituição, mediante uma interpretação das “[...] normas infraconstitucionais à luz das garantias de justiça contidas na Constituição Federal, procurando extrair das normas processuais um resultado que confira ao processo o máximo de efetividade, desde, é claro, que não seja pago o preço do direito de defesa” (MARINONI, 2007, p. 34).

Desta maneira, é possível perceber a importância da postura e a responsabilidade constante da atuação dos juízes. Eles representam, como membros do Poder Judiciário, fundamentais peças na concretização dos valores e fins visados pela Constituição Federal.

Uma postura passiva, indiferente à realidade social e aos objetivos do Estado brasileiro, constantes da Constituição da República, não se coaduna com os anseios da população.

Na condução de um processo judicial, o magistrado deve portar-se de maneira ativa e participativa, bem como

³ Texto do artigo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

estar sempre atento e consciente da realidade social circundante.

1 DIREITO, REALIDADE SOCIAL E O PERFIL DO MAGISTRADO

A realidade social corresponde a um importante fator de apreciação judicial quando do desenvolver de um processo. Ao exercer a função jurisdicional, incumbência do Poder Judiciário, o juiz não pode estar alheio ao que ocorre fora do fantástico “mundo jurídico”.

Na realidade, as partes não são apenas “autor” e “réu” e o fato não é apenas um número ou uma nomenclatura mesquinha. Muito pelo contrário: o juiz lida com pessoas e sua decisão influenciará de maneira intensa a vida de um ser humano e a de muitos que com ele se relacionam.

Logo, ao prolatar uma sentença, é imprescindível a consciência do juiz sobre o que ocorre fora dos autos, bem como sobre as consequências extraprocessuais de sua decisão.

A dogmática tradicionalista insiste em solidificar a postura dos juízes consistente numa espécie de isolamento do mundo real, sem a devida atenção à realidade social⁴.

⁴ “Os dogmáticos prendem-se ao seu estudo isolado, fora do contexto social, restringindo-se à esfera jurídica, não perquirindo suas consequências na vida cotidiana da sociedade. Uma vez obedecidos os princípios formais, estará o Direito legitimado, as suas

Resultado disto reflete-se no fato de que os operadores do direito, incluindo os juizes, na maioria das vezes

[...] não habitam no mundo concreto. Embora suas ações causem efeitos na concretude, eles rejeitam o mundo contraditório e conflitivo e caem nos braços da tessitura harmônica das normas, onde as pessoas se tornam partes, onde os conflitos se traduzem em contraditórios particularizados e onde viver é um processo dedutivo-retórico, que torna a existência um confronto com as urdiduras do texto em detrimento do contexto. Assim, eles são plasmados para viver num purgatório cinzento de processos, prazos e chavões, que torna a vida segura (às vezes), mas que os exclui da possibilidades de serem autônomos, de terem nas mãos a história e de escrever com suas próprias tintas o roteiro de suas histórias. (AGUIAR, 1993, p. 18).

Essa postura certamente não é a desejada e suas consequências provavelmente não serão as melhores.

Percebe-se que a atenção à realidade social é de suma importância na concretização e proteção dos direitos, incluindo os direitos fundamentais.

No atual estágio da sociedade, nota-se ser adequado o afastamento da ideia do posicionamento dos operadores do

teorias tidas como justas, não se considerando as relações sociais concretas” (ANDRADE, 2008, p. 21).

direito como o simples “[...] agir baseado na compreensão de um direito limitado ao ordenamento normativo em vigência, o que constituiu verdadeiro obstáculo à necessária ruptura com o vetusto sistema jurídico entres nós impregnado” (ESTEVÃO, 2005, p. 205).

O juiz e os juristas devem atuar de acordo com o mundo em que vivem, atentos às desigualdades e às aspirações da população como um todo. Afinal, o Poder Judiciário é um dos Poderes estatais, desejoso e vinculado, portanto, aos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme o previsto no texto do artigo 3º da nossa Constituição⁵.

Como é sabido, “Toda sociedade humana necessita de normas, entretanto, estas não devem ser impostas arbitrariamente nem podem ser uniformes para todos os lugares e todas as épocas” (DALLARI, 2006, p. 12).

Eis o papel e a magia da atividade jurisdicional: adequar e interpretar as normas jurídicas, muitas vezes editadas em épocas remotas e repletas de conteúdo ideológico, à

⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

realidade social vigente, e em plena harmonia com os ditames constitucionais. Até porque o legislador, como bem lembra Carvalho (1997, p. 30),

[...] através do comando da lei preceitua genericamente. É-lhe, pois, impossível prever a totalidade dos casos em particular. A lei, por melhor que seja, como comando geral, pode na casuística levar à injustiça flagrante. Ora, ao judiciário é dada a obrigação de, no caso particular, corrigir a situação não prevista, ou mal prevista, caso contrário, não teria sentido sua existência.

Significa dizer que, devido ao fato de o legislador produzir a lei geral e abstrata, cabe ao juiz fornecer a lei particular e concreta, ou seja, a sentença. Para tanto, estará à sua disposição a “lei do legislador” e as demais fontes do Direito (princípios, doutrina, jurisprudência, costumes, etc.), mediante a utilização do instrumento capaz de lhe permitir a investigação e aplicação destes institutos: o processo, com todos os seus aparatos instrutórios e jurisdicionais. Frise-se que tais instrumentos devem estar sempre em consonância com os direitos e garantias fundamentais e constitucionais.

Ao julgador, por conseguinte, é inerente determinado grau de atividade e criatividade. Logo, eles “[...] estão constringidos a ser *criadores do direito*, ‘*law makers*’” (CAPPELLETTI, 1993, p. 74).

Deste modo, “Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores” (CAPPELLETTI, 1993, p. 74).

Ademais,

[...] constatando-se a necessidade de se interpretar a realidade social em face de suas constantes transformações, **o direito não pode ser entendido e concretizado como um sistema fechado**, já que os conflitos sociais e/ou individuais são diferentes no cotidiano. (ESTEVÃO, 2005, p. 206)

Consequentemente, “Impõe-se a abertura ao novo, que leve o direito à aproximação da realidade social” (ESTEVÃO, 2005, p. 205).

Como se sabe, o Direito não é isento de ideologias. Não é raro apresentar nítido caráter de protetor da classe dominante, mesmo que em detrimento dos direitos de uma maioria oprimida. Logo,

[...] quando se busca a aplicação da justiça sem que seja considerado o contexto social em que o conflito acontece, constata-se a insuficiência e inconsistência da “solução” que em regra é apresentada na decisão judicial. (ESTEVÃO, 2005, p. 207).

E, ainda,

Essa espécie de “solução” quase sempre consiste na simples escolha de uma ou outra norma editada pelo poder legislativo como se qualquer norma tivesse validade imanente, sem a necessidade do aplicador da Lei sopesar as situações concretas, vale dizer, os fenômenos sociais que geraram o conflito. E, considerando-se que o ordenamento normativo é produzido por um legislativo que, especialmente no Brasil, atua influenciado por alguns grupos de dominação, o Magistrado não pode desconsiderar o cotidiano e dele se afastar em sua atividade judicante. (ESTEVAO, 2005, p. 207).

Desta forma, compete ao Poder Judiciário decidir como aplicar a lei ao caso concreto da melhor forma possível, pois

O Judiciário é Poder do Estado e a ele cabe o compromisso, tão sério quanto o do Legislativo, de buscar o que é melhor para o povo. A lei é apenas um referencial, o mais importante, mas apenas referencial. A não ser que se dê a ela o condão de estancar o mundo (CARVALHO, 1997, p. 31).

Incumbe ao juiz, portanto, a interpretação e aplicação da lei quando há conflito de interesses estampado no processo judicial, devendo estar atento à realidade social circundante e às ideologias cravadas na legislação, para que possa superá-las em prol dos preceitos e aspirações constitucionais,

aproximando-se cada vez mais do ideal de Justiça.

Mesmo que, se para atingir seu mister, o Poder Judiciário seja obrigado a, de certa forma, *criar* o direito, isto não pode constituir um óbice à atividade jurisdicional justa. Até porque, o julgador, como já dito, inevitavelmente, ao interpretar, estará criando o direito.

Além disso, é evidente o aspecto ideológico inserido na concepção do Poder Judiciário como mero reproduzidor dos textos emanados do Poder Legislativo, sem uma postura crítica e criativa, pois, como indaga Carvalho (1997, p. 30),

Se a função do juiz é buscar a vontade do legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa da aplicação, que o faria administrativamente. O intermediário Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer “um papel sujo, pois é quem garante a efetivação da injustiça” (loc. cit., p. 65).

E mais: é pacífico entre os juristas o entendimento de que a jurisprudência representa uma das fontes do Direito. Segundo o renomado jurista Reale (2003, p. 169),

Se uma regra é, no fundo, a sua

interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de *fonte do Direito*, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser “de direito” no caso concreto.

Em razão da dinamicidade da vida e da mutação dos valores conforme o evoluir da sociedade, há a necessidade de novas interpretações a respeito de, não raro, uma mesma norma. Desta maneira, ante o constante e inerente dinamismo da realidade social e da própria vida, o emérito professor confirma sua “[...] tese de que toda norma é uma integração dinâmica de fatos e valores” (REALE, 2003, p. 171).

Enfim, a norma jurídica corresponde a:

um pedaço de vida humana objetivada, que, enquanto esteja vigente, é revivida de modo atual pelas pessoas que a cumprem ou aplicam, e que, ao ser revivida, deve experimentar modificações para ajustar-se às novas realidades em que e para que é revivida (SICHES, 1973, p. 276 - tradução nossa).

Assim sendo, “No estágio atual da ciência do Direito, a atividade jurisdicional assume relevantíssimo valor político, mas, em contrapartida, não se aceita mais decisão vinculada, inocente e mecanicamente, à

ideologia inserida na lei” (PORTANOVA, 2000, p. 122), devendo o juiz, até como meio de garantir que a prestação da tutela jurisdicional seja justa e efetiva, ter um papel ativo e criativo quando do exercício de sua função.

Para tanto, deve empregar uma interpretação sempre tendo em vista a realidade social, econômica, cultural; devendo, ainda, o processo ser utilizado como meio de proteção ao débil, ao oprimido, sempre em observância aos valores e aos fins constitucionais, como forma de realização do mais próximo do ideal de Justiça.

Nesse sentido, o ativismo judicial certamente pode significar um importante meio de garantir a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

2 O Ativismo Judicial: para uma efetiva proteção aos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser definidos como

[...] aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes

ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais). (SARLET, 2001, p. 11).

Reputam-se fundamentais, portanto, os direitos que, devido à sua importância, são positivados pela Constituição de um Estado e tratados como valores supremos e indispensáveis para o regular desenvolvimento da sociedade onde vigoram.

Por essa razão, merecem proteção especial garantida pela Constituição Federal, seja pelo fato de ela deixar

[...] claro que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF), seja permitindo a conclusão de que os direitos fundamentais estão protegidos não apenas diante do legislador ordinário, mas também contra o poder constituinte reformador – por integraram o rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, CF) (MARINONI, 2004, p. 01).

A Constituição da República não aponta os direitos fundamentais unicamente

de modo formal. Como explanado com propriedade no conceito do eminente jurista Sarlet, a Constituição possibilita o reconhecimento de direitos dotados de fundamentalidade material, isto é, ela “[...] enumera direitos fundamentais no seu Título II [...]”, mas “[...] não impede que direitos fundamentais – como o direito ao meio ambiente – estejam inseridos em outros dos seus Títulos, ou mesmo fora dela” (MARINONI, 2004, p. 02).

Assim, existe a possibilidade de, mesmo sem determinado direito constar expressamente no texto constitucional devido à sua fundamentalidade, que ele seja erigido a esta qualidade.

Por se tratarem dos principais valores positivados na Constituição de um Estado, os direitos fundamentais merecem especial proteção e atenção, seja pelos indivíduos, seja pelo próprio Estado.

Como já foi mencionado, o Poder Judiciário, ao qual compete o exercício da função jurisdicional, vincula-se aos valores e fins visados pela Constituição da República, assim como ocorre com os demais órgãos do poder político (Poderes Executivo e Legislativo).

Desta forma, é responsabilidade do judiciário empenhar-se na concretização dos objetivos constitucionais quando da realização de sua função típica: a tutela

dos direitos dos cidadãos, aqui incluídos os direitos fundamentais.

O papel dos juízes, na qualidade de membros do Poder Judiciário, é de suma importância para o alcance de tal incumbência. São eles que têm o contato direto (ou mais próximo) com as partes e que estão estreitamente ligados às circunstâncias do litígio, ao mesmo tempo em que serão eles que proferirão a “lei do caso concreto” (sentença).

Tendo em vista as mudanças ocorridas na sociedade desde os primórdios do Direito moderno – o qual tem como marco inicial a Revolução Francesa –, e sua consequente evolução,

Com o surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das “regras do jogo”, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir (a) a justa aplicação das normas de direito material, (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual.

Um processo verdadeiramente

democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado. (MARINONI, 2000, p. 101)

A concepção tradicional da postura dos magistrados, então idealizada como neutra, imparcial, passiva e distante da realidade social, se outrora era assim concebida, não é mais considerada adequada aos anseios de uma sociedade como a atual.

Um perfil ativo, criativo e participativo do juiz, no processo, representa uma maneira promissora e capaz de garantir a prestação de uma tutela jurisdicional justa, tempestiva e efetiva.

Todavia, com a clássica postura do juiz neutro, imparcial e indiferente à realidade social, essa tarefa torna-se uma árdua missão. Representa bem tal incumbência a famosa expressão comumente utilizada em relação aos membros do Judiciário: a “missão divina dos juízes”⁶. Ora, somente um “milagre”

6 “No Poder Judiciário as mudanças foram mínimas, em todos os sentidos. A organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores nos tribunais praticamente permanecem os mesmos há mais de um século. Mas, o que é de maior gravidade, a mentalidade do Judiciário permaneceu a mesma, tendo começado a ocorrer, recentemente, um movimento de mudança, nascido dentro da própria magistratura. Um aspecto importante da velha mentalidade é a convicção de que o Judiciário não deve re-

para conferir efetividade prática e em tempo razoável aos direitos (fundamentais) dos sujeitos, sem dar atenção ao contexto social que os cercam. É importante, assim, que haja uma postura ativa e consciente do juiz ao conduzir o processo e prolatar sua sentença.

Insta salientar que não se advoga a concessão irrestrita (consequentemente, irresponsável) de poderes aos magistrados, a ponto de lhes serem conferidos o poder de ignorar o direito positivo, os precedentes jurisprudenciais e os estudos doutrinários, para agirem, então, ao seu bel-prazer.

Da mesma maneira, não se admite desatenção do juiz à realidade social: assim como o juiz não pode desvincular-se do direito legislado e julgado, não pode estar alheio à realidade que o cerca.

A concepção de ativismo judicial ora defendida não corresponde a uma faculdade irresponsável e ilimitada (e também, de certa forma, ignorante) a ponto de o juiz decidir de acordo (e tão somente) com suas convicções pessoais, sem se atentar à lei e às demais fontes do direito.

conhecer que tem deficiências nem pode ser submetido a críticas, pois tamanha é a magnitude de sua missão que seus integrantes pairam acima do comum dos mortais. Essa convicção é freqüentemente reafirmada em discursos proferidos nas solenidades realizadas pelo Poder Judiciário, quando é comum ouvir-se a expressão ‘missão divina dos juizes’.” (DALLARI, 2002, p. 06).

Também, como bem explana Portanova (2000, p. 118), “Não se quer jurisdição *ex officio* [...]”; mas deseja-se que, “[...] movimentada a jurisdição, a iniciativa judicial deve ser intensa tanto na tentativa de conciliar as partes como na colheita da prova”.

Percebe-se, desta forma, que

O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários. (CAPPELLETTI, 1993, p. 21).

Reconhece-se o fato de que todo ato de interpretação tem “[...] certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha [...]”, o que “[...] não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete” (CAPPELLETTI, 1993, p. 23).

Essa liberdade ou “Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos” (CAPPELLETTI, 1993, p. 23).

O “[...] alargamento do campo das atividades do juiz não significa querer-se transformar o processo em um todo de atos carentes de forma, entregue total e completamente à apreciação do juiz” (BAUR, 1982, p. 191). Mas, ao contrário, é evidente que “[...] o papel do juiz realmente precisa de nítidos contornos legislativos” (BAUR, 1982, p. 191).

A postura judicial ativa ora defendida corresponde, pois, ao seu dever de atenção tanto à realidade social como aos valores e fins constitucionalmente previstos. Aqui, portanto, “A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.” (BARROSO, 2009, p. 05). Logo,

[...] a atividade do juiz vinculado à lei, aos precedentes, ou a ambos dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional. (CAPPELLETTI, 1993, p. 26).

O respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e a busca pela realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF) devem sempre constar da atividade jurisdicional: aqueles correspondem, desta

forma, aos limites e aos fins desta atividade.

Além disso, como prevê o artigo 1º da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil. Desatento à realidade em que vivem os jurisdicionados e passivo diante de uma legislação (muitas vezes) repleta de ideologias opressoras e injustas, o Judiciário dificilmente poderá proporcionar-lhes condições de dignidade.

E, frise-se, “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” (HESSE, 1991, p. 14).

Se, para tanto, for necessário exigir do juiz um desapego às leis ou formalidades injustas, de maneira a superar as “injustiças legais” em prol dos valores constitucionais, acredita-se não haver problemas. E, para isso, certamente a postura do julgador não será passiva nem acrítica; mas crítica, ativa e criativa.

Ademais, para que o magistrado possa adotar tal postura, há a necessidade de que ele sempre aperfeiçoe e amplie seus conhecimentos. Um juiz cujo saber jurídico (e, por que não, geral) se estagnou na prova do concurso público que lhe conferiu o cargo, certamente não terá condições de ser criativo.

A necessidade de constante aperfeiçoamento e atualização dos magistrados, ao contrário de constituir um óbice à adoção da postura ora debatida, deveria e deve ser entendida como um incentivo à tão mencionada (cri)atividade.

Atuando ativamente no processo, sempre em respeito aos direitos, às garantias e aos valores constitucionais, o Poder Judiciário certamente poderá contribuir para propiciar aos sujeitos efetiva proteção e respeito aos direitos fundamentais.

3 DO FORMALISMO EXCESSIVO AO FORMALISMO VALORATIVO

O apego incondicional às formalidades legais constitui outro fator que certamente dificulta ou, às vezes, impede a efetividade do pronunciamento jurisdicional, o que pode prejudicar na efetivação e proteção dos direitos fundamentais. Esse respeito às formas processuais legalmente previstas denomina-se *formalismo*.

Entende-se que o formalismo, [...] ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação

de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. (OLIVEIRA, 2006, p. 56).

Não se contesta a importância da observação das formas delimitadoras da atuação dos sujeitos processuais. Se assim não o fosse, o processo seria uma verdadeira confusão, sem limites e certamente carente de eficiência.

Desta maneira, o formalismo, por si só, não representa um empecilho à efetivação do pronunciamento jurisdicional. Por essa razão, é possível dividi-lo em duas categorias, distintas e opostas entre si: o formalismo valorativo e o formalismo excessivo.

Entende-se por formalismo valorativo a atenção às formas processuais, as quais delimitam os poderes e deveres dos sujeitos do processo (autor, réu e juiz), de sorte que seja acrescido valor à sua finalidade, sempre em respeito aos direitos e garantias fundamentais e aos fins constitucionais.

Difere-se, essencialmente, do formalismo excessivo, o qual, acobertado sob

o manto da formalidade legal, desvaloriza, a bem dizer, a finalidade do processo, que é a realização da justiça no caso concreto (OLIVEIRA, 2006, p. 61).

Por conseguinte, o formalismo excessivo deve ser repudiado em favor da efetividade do processo, pois ela

[...] está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus. (OLIVEIRA, 2006, p. 62).

O formalismo excessivo, em nosso sistema jurídico, apresenta estreita ligação com a

[...] anterior tramitação fechada e a minúcia regulamentadora das atuações processuais (excesso de formalismo) dos códigos processuais, formados em período autoritário ou informados por ideologia desse espécie, servia ao fim de controle da jurisdição e dos agentes forenses pelo centro do poder político, diminuindo a participação democrática dos sujeitos de direito. (OLIVEIRA, 2006, p. 63).

No entanto, com o advento da Constituição da República, promulgada em

05 de outubro de 1988, de notável caráter social e extremamente protetora dos direitos fundamentais, especialmente no que se refere à sua aplicação prática na solução dos litígios, ocorreu uma “mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido” (OLIVEIRA, 2006, p. 64). Assim,

O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atitude passiva nesta matéria. (OLIVEIRA, 2006, p. 66).

Outra vez, mostra-se importantíssima a postura dos operadores do direito, em especial os juízes, no desenvolvimento do processo, de sorte que se evitem os formalismos excessivos.

O juiz “[...] não é uma máquina silogística nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão”. Impõe-se, portanto, “[...] rejeitar a tese da mecanicista aplicação do direito” (OLIVEIRA, 2006, p. 66).

Até porque, na própria legislação,

muitas vezes o magistrado encontrará uma saída, ainda que tenha que se utilizar de integração analógica ou equivalente. Exemplo disso é o disposto no artigo 250 do Código de Processo civil, segundo o qual

[...] o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Mesmo assim, e o ponto é assaz importante, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa. (OLIVEIRA, 2006, p. 73).

Não obstante a possibilidade de o julgador agir desta maneira, ele não poderá “[...] ser arbitrário e desprezar o formalismo virtuoso, a seu bel prazer” (OLIVEIRA, 2006, p. 77).

Constitui deveres responsabilidades do magistrado, portanto, justificar e fundamentar seus atos. Para conferir legitimidade à sua atuação, fica incumbido de demonstrar os motivos da adoção de determinada postura, bem como comprovar o respeito aos direitos e às garantias fundamentais e a atenção aos limites e fins constitucionais.

4 A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: A FUNDAMENTAÇÃO

DAS DECISÕES

Para que um poder possa subsistir sem ser considerado como um mero “poder de fato” (BOBBIO, 2000, p. 674), é necessário que seja ele legítimo.

Entende-se por poder legítimo aquele provido da qualidade ou da “[...] possibilidade de decidir e ter essa decisão aceita porque conforme ao objetivo do grupo contido na Idéia de Direito” (REIS, 1978, p. 140). Ou seja, é legítimo quando de acordo com a vontade do grupo do qual é emanado: o povo⁷.

Diferente de legalidade, apesar de apresentarem o mesmo radical etimológico, a legitimidade apresenta um sentido mais abrangente: “Legítimo não é só o que é legal, como o que é aceito por princípios éticos, religiosos ou políticos, dentro da própria evolução histórico-cultural da comunidade”. Logo, pode-se dizer que “A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração” (PIMENTA, 1982, p. 96).

Como afirma Bobbio (2000, p. 674):

Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até no uso técnico, entre Legalidade e legitimidade, costuma-se falar em Legalidade

⁷ Parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal: o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário.

Com relação ao Poder Judiciário, na qualidade de órgão do poder político ao qual incumbe o exercício da função jurisdicional, sua legitimidade formal decorre da Constituição Federal, isto é, “O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões” (DALLARI, 2002, p. 89).

Ocorre que, apesar de formalmente legitimado pela Carta Política, o exercício do poder jurisdicional estatal pelo Poder Judiciário necessita legitimar-se materialmente. Significa dizer que, para o exercício de tal função, ele foi condicionado pela própria Constituição, a qual lhe confirmou a legitimidade formal de proceder à fundamentação de suas decisões, sob pena de nulidade (artigo 93, IX, CF).

Assim, é possível afirmar que a fundamentação das decisões emanadas do Poder Judiciário

[...] constitui pressuposto de legitimidade das decisões

judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. (HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-10-01, *DJ* de 23-11-07).

Desta forma, não basta a legitimidade formal do juiz recebida do povo por meio da Constituição: incumbe-lhe, sob pena de suas decisões tornarem-se nulas e ineficazes (logo, ilegítimas), o dever de fundamentá-las.

E mais: “A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação” (RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19-2-08, *DJE* de 2-5-08).

É possível dizer, portanto, que essa legitimidade material, alcançada mediante a fundamentação das decisões, é condição indispensável para a validade e eficácia da legitimidade formal; por isso, o artigo 93 da Constituição Federal exige que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos e todas as decisões

fundamentadas, sob pena de nulidade.

Isto porque, “Não se pode esquecer também que o Poder Judiciário emana do povo. Assim, a sentença é o momento em que o juiz mais responde ante o povo pelo uso que faz desse poder” (PORTANOVA, 2001, p. 249).

Como já visto nos capítulos anteriores, o juiz não deve basear sua decisão apenas no que é legalmente previsto. Ao contrário, deve atentar-se, além da lei, à realidade social e aos direitos e às garantias fundamentais dos jurisdicionados.

Por isso, “Não é suficiente a fundamentação baseada somente na lei. Sendo o direito, pelo menos, fato, valor e norma, fundamentação bastante é aquela que atende a essas três dimensões” (PORTANOVA, 2001, p. 250).

A fundamentação das decisões judiciais não pode resultar na simples menção ao dispositivo legal utilizado como base de sua sentença, porque seria incompleta e insuficiente.

No ato da fundamentação “Importa [...] atentar-se a uma visão pelo menos tridimensional do direito; aos escopos jurídicos, políticos, sociais e ideológicos do processo e a um entendimento interdisciplinar das ciências” (PORTANOVA, 2001, p. 251).

E isso se justifica, ainda pelo fato

de que o juiz também deve observar o bem comum e os fins sociais, conforme o previsto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual, por tratar-se de norma de sobredireito, regula e orienta a aplicação das normas jurídicas. De acordo com Portanova (2001, p. 251):

Ademais, convém não esquecer a determinação cogente do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Estando o juiz obrigado a aplicar a lei, e levando em consideração o bem comum e os fins sociais, está, por igual, obrigado a revelar, motivar e fundamentar o bem comum e o fim social que levou em conta

Além disto, a fundamentação das decisões judiciais também é considerada “uma imposição do princípio do devido processo legal em que se busca a exteriorização das razões de decidir, o revelar do prisma pelo qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa” (PORTANOVA, 2001, p. 248).

A legitimidade do Poder Judiciário, desta maneira, não consiste somente na observância aos direitos e garantias dos jurisdicionados, mas na sua complementação pela fundamentação das decisões: mediante a fundamentação, o juiz demonstrará tanto aos jurisdicionados quanto ao povo (princípio da publicidade) que tais direitos e garantias foram observados, logo, que sua atividade

foi, naquele caso, materialmente legítima.

Não há como fundamentar uma decisão, com o objetivo de legitimá-la, sem o respeito aos direitos e às garantias fundamentais dos jurisdicionados, da mesma maneira que, sem a fundamentação, não há como constatar o respeito a eles.

Assim, para o exercício legítimo (material e formal) da função jurisdicional, o juiz deve respeitar os valores e fins constitucionais, sempre em observância aos direitos e garantias fundamentais de ambos os jurisdicionados, de modo que, pela fundamentação das decisões, pressuposto de sua legitimidade, demonstre o respeito aos aludidos direitos e garantias.

CONCLUSÃO

Durante o presente trabalho, refletiu-se sobre a postura dos juízes na direção de um processo judicial e sobre sua necessidade de atenção aos direitos fundamentais dos indivíduos.

O perfil tradicionalista atribuído aos magistrados, dotados de uma postura passiva e neutra, indiferente à realidade social e extremamente vinculado às formalidades do processo, não mais pode ser aceito.

Assim sendo, procurou-se demonstrar que o juiz deve assumir um papel ativo e participativo na relação de Direito

Processual, sempre atento à realidade social que o cerca.

Ademais, mesmo o fiel respeito incondicional às formalidades legais pode gerar evidentes injustiças. É dever do magistrado, desta forma, superar tais formalismos excessivos em prol da efetiva concretização dos direitos fundamentais, bem como para que seja alcançado o ideal de justiça.

Não se defende a condução do processo às cegas, em total desatenção às formalidades legais. Todavia, também não se admite a incondicional obediência às formas legais, à jurisprudência oficial, à doutrina majoritária e aos próprios ditames da lei, quando tal postura certamente acarretará em flagrante injustiça.

Deste modo, o magistrado deve participativa e criticamente na concretização dos valores e fins constitucionais, de modo a, pela fundamentação das suas decisões, demonstrar aos reais donos do poder (o povo), pelo princípio da publicidade, a legitimidade formal e material de sua atividade.

Conclui-se, finalmente, que para o exercício legítimo da função jurisdicional estatal, o juiz deve respeitar os valores e fins colimados na Constituição da República, sempre em observância aos direitos e garantias fundamentais de ambos os jurisdicionados e atento à realidade social que os cercam,

para que, assim, sua atividade seja legítima e justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. O imaginário dos juristas. **Revista de Direito Alternativo**, nº 2, Editora Acadêmica - São Paulo, 1993. p. 18-27.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidade Jurídica**: revista eletrônica da OAB, Brasília, n. 4, janeiro / fevereiro de 2009. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2009.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo**. Ano VII, n. 27, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1982. p. 189-199.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 5. ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BRASIL, Códigos Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 80.892-1/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Pacientes: Jorge Patrício

Rodoureira Hidalgo e outro. Impetrantes: Jorge Bissoli dos Santos e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 16 de outubro de 2001. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. p. 951. Acesso em: 16 maio 2008.

_____, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 453.740-1/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: União. Recorrido: Severino Gonçalves da Silva Irmão. Brasília, 28 de fevereiro de 2007. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. p. 48. Acesso em: 16 maio 2008.

_____, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 540.995-3/RJ. Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Silvio Artur Meira Starling. Brasília, 19 de fevereiro de 2008. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. p. 951. Acesso em: 16 maio 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. Ed. rev, ampl. e atual. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A hora do Judiciário. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Ano I, número 01. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2006. p. 10-16.

_____. **O poder dos juízes**. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. Direito e realidade social: velhos inimigos. **Anais do XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2005. p. 203-214.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de processo civil**, vol. 2: processo de conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. Da obra Manual do processo de conhecimento – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 04 ago. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: AJURIS, v. 33, n. 104, dez., 2006. p. 55-77.

PIMENTA, E. Órsi. **Dicionário brasileiro de política**. Belo Horizonte: Lê, 1982.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Palhares Moreira. **O poder político e seus elementos**. 3. ed. rev. e aum. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 nov. 2008.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de La interpretación del derecho**. México: Ed. Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, até a

Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005.

– São Paulo: Malheiros, 2006.