

Ativismo Judicial na Tutela Jurisdicional Diferenciada

João Batista Lopes*

Introdução [\[arriba\]](#)

O advento do novo Código de Processo Civil suscita numerosos debates doutrinários a respeito dos poderes do juiz na direção e instrução do processo.

Sem analisar, em profundidade, as vertentes que se formaram a respeito do tema, é possível afirmar-se que os autores pátrios se inclinam, majoritariamente, no sentido de conferir ao magistrado o papel de protagonista principal do processo, e não o de simples convidado de pedra.[1]

Daí, porém, a conceder-lhe poderes de investigação ou a considerá-lo “dono do processo”[2] vai uma distância abissal.

Com efeito, o processo deve ser visto como um sistema, ou seja, um conjunto orgânico de elementos, e não a simples reunião ou soma deles. Como todo sistema, possui alguns atributos dentre os quais sobrepõem a unidade, a organização e a harmonia.

Posto que doutrina autorizada atribua ao juiz a função de diretor material do processo[3], tal condição não lhe confere poderes ilimitados no exercício da atividade jurisdicional. Assim, por exemplo, ao juiz não é dado decidir com base em suas impressões pessoais, nem escorar-se em elementos estranhos ao processo, cumprindo-lhe fundamentar sua decisão no conjunto dos autos e nas normas do sistema jurídico.

Contudo, a pretexto de atribuir ao juiz papel relevante e dinâmico na condução do processo, pretendem alguns conferir-lhe poder assistencial e convertê-lo em patrono da parte mais fraca, o que é inadmissível.

Tais considerações sugerem análise do chamado ativismo judicial, particularmente no que respeita à tutela jurisdicional diferenciada

É o que se pretende fazer nos itens seguintes.

1. Breves considerações sobre o chamado ativismo judicial [\[arriba\]](#)

Sobreleva notar, inicialmente, que o processo civil brasileiro atravessa fase de grande evolução científica como se comprova com o grande número de teses e de obras doutrinárias publicadas nos últimos anos.

A preocupação com a principiologia do direito processual tem sido uma constante e, como corolário, os institutos fundamentais do processo têm sido revisitados pelos estudiosos.

A partir da elevação a status constitucional de algumas garantias processuais (contraditório, ampla defesa, publicidade, juiz natural, razoável duração do

processo) formulou-se o chamado modelo constitucional de processo para que a Lei Máxima seja seu ponto de partida e de chegada.

Se a constitucionalização do processo não constitui propriamente uma novidade - recorde-se que COUTURE e CAPPELLETTI já haviam acenado com ela em obras clássicas[4] - forçoso é reconhecer que, com a Constituição de 1988, ela ganhou, entre nós, notável impulso.

Contudo, tem-se observado, nos trabalhos acadêmicos, a superestimação das garantias constitucionais do processo em prejuízo das normas processuais infraconstitucionais. Assim, não é incomum a tentativa de resolver todos os problemas processuais com aplicação direta de princípios constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana.

Nos limites estreitos desta exposição, não há espaço para se discutir a natureza da dignidade da pessoa humana: princípio, postulado, garantia ou valor. Cumpre, porém, ressaltar que ela não pode funcionar como uma panaceia milagrosa capaz de substituir todo o ordenamento processual civil.

Impende, pois, compreender adequadamente o sentido das garantias constitucionais e sua aplicação na solução dos conflitos de interesses. Também é necessário pôr em relevo os limites do processo que, ao revés do que sustentam alguns, não tem o condão de garantir o acesso à ordem jurídica justa, mas apenas à ordem jurídica *tout court* (v.g., mesmo em se considerando que o salário mínimo vigente não garante as necessidades vitais do trabalhador, o juiz não tem o poder de aumentar seu valor).

É nesse cenário que se põe a questão da admissibilidade do chamado ativismo judicial, expressão de conteúdo indeterminado que, em mãos inexperientes, pode conduzir ao desprezo da técnica processual e ao autoritarismo judicial.

Sobreleva notar que o sufixo *ismo* tem, em alguns vocábulos, sentido pejorativo[5] (v.g., falamos, com frequência, em *continuísmo* para criticar a permanência de um mesmo partido no poder por muitos anos; em *tecnicismo* para designar o exagerado apego à técnica e em *egoísmo* para indicar o culto ao ego). Assim, costuma-se denominar *ativista* o juiz que não se prende às regras processuais, mas procura guiar-se por posições pessoais inspirando-se no que considera o ideal de justiça. Em sentido oposto, *garantista* é o magistrado que atua observando estrita e fielmente as garantias constitucionais do processo.

GLAUCO GUMERATO esclarece o ponto:

(...) “ativismo e garantismo pretendem o mesmo, cada qual desde um respectivo ponto de vista, seja fortalecendo a jurisdição (=ativismo), seja com o fortalecimento das regras que ordenam o processo (=garantismo). Apesar da carga ideológica que possa estar por detrás de cada uma dessas posturas dogmáticas - eventual autoritarismo na condução *ativista* do processo pelo juiz, ou eventual liberdade na condução do processo com a observância irrestrita das garantias constitucionais - não se pode perder de vista que no atual ambiente constitucional dos povos ocidentais espera-se que o Poder Judiciário atue de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos, sempre com a observância do devido processo legal. E é

nessa perspectiva que se deve pensar e concretizar o processo civil. Não temos como fugir disso.”[6]

Com efeito, o que importa é a preservação do devido processo legal (rectius, devido processo constitucional), de modo que não se vê inconveniente na utilização do adjetivo ativista para indicar o juiz dinâmico e preocupado com a efetividade do processo.

O debate acerca do ativismo ganha especial relevo em matéria probatória, mas também se reveste de importância em tema de tutela jurisdicional diferenciada, como veremos adiante.

2. Ativismo judicial na tutela jurisdicional diferenciada [\[arriba\]](#)

Em escrito anterior, assim discorremos sobre o conceito de tutela jurisdicional diferenciada:

“(…) em certas hipóteses, a tutela comum ou padrão não resolve a situação de crise do direito material, tornando inafastável tutela diversa, a que PISANI denominou tutela jurisdicional diferenciada. Tutela jurisdicional diferenciada pode ser explicada como o conjunto de técnicas e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, concedendo efeitos práticos para garantir a adequada proteção dos direitos segundo as necessidades de cada caso, obedecidos os princípios, regras e valores da ordem jurídica.

Mais explicitamente: em muitas hipóteses, a demora na solução da causa poderá fazer perecer o direito; em outras, as provas já existentes aconselham decisão imediata, ainda que em caráter provisório. A tutela comum, nessas situações, não seria adequada, nem suficiente.

Exemplos: (1) se alguém falsifica minha assinatura numa nota promissória e a leva a cartório, não posso esperar a longa tramitação do processo para me ver livre do protesto. A sustação de protesto, medida urgente, proteger-me-á até a discussão final da lide; (2) se o hospital se recusa a atender a caso de urgência a pretexto de ambiguidade em cláusula de plano de saúde, necessita o paciente de tutela imediata para pôr a salvo sua saúde ou integridade física; (3) se disponho de prova escrita da dívida, que não constitua título executivo (por exemplo, um vale ou um fax), posso utilizar-me de um tipo de tutela diferenciada (a tutela monitoria), não necessitando percorrer o árduo caminho da tutela comum; (4) se meu vizinho insiste em produzir ruídos no período noturno, posso valer-me de tutela especial para, de imediato, fazer cessar o incômodo.”[7]

Importa ressaltar, pois, que tutela jurisdicional diferenciada não significa simplesmente a variedade de procedimentos, mas tem relação direta com a efetividade do processo na medida em que procura atender às situações de crise do direito material.

Os estudos acerca da matéria estão bastante desenvolvidos, tendo o novo CPC disciplinado a tutela antecipada, a cautelar e a de evidência.

Contudo, a tutela inibitória não figurou ao lado das três espécies mencionadas, tendo sido contemplada somente no parágrafo único, do art. 497, que se utiliza do

verbo inibir, razão por que houvesmos por bem apresentar ao CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo) enunciado com o seguinte teor:

“Não obstante a ausência de alusão expressa, é admissível a tutela inibitória com fundamento no parágrafo único, do art.497, do novo CPC, tanto nas obrigações de fazer como nas de não fazer, seja para evitar a ocorrência do ilícito, seja para impedir sua continuação.

Justificativa - Nas versões anteriormente divulgadas, o PNCPC silenciara a respeito da tutela inibitória[8], mas o novo CPC, após aludir, no caput do art.497, às obrigações de fazer e de não fazer, houve por bem contemplar, no parágrafo único, tal modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, valendo-se de terminologia utilizada por MARINONI.

A orientação adotada pelo legislador não merece apenas elogios, porque o rigor sistêmico recomendava fosse a matéria disciplinada ao lado das demais formas de tutela diferenciada(cautelar, antecipada, de evidência, monitoria).

De qualquer modo, modificou-se o panorama de contrastes apresentado pela doutrina, uma vez que se reconheceu a autonomia da tutela inibitória, tanto nas obrigações de fazer como nas de não fazer, já que, consoante regra de hermenêutica, as disposições dos parágrafos subordinam-se ao comando do caput. Assim, a medida é cabível seja para obstar a prática do ilícito, seja para impedir sua continuação, independentemente da prova de dano ou de culpa.

Nem colhe o argumento de que a lei se vale do verbo impedir, o que recomendaria interpretação restritiva do texto, ou seja, circunscrita às obrigações de não fazer, porquanto o caput do artigo, de modo claro e inequívoco, inclui ambas as espécies de obrigações.

Alguns exemplos confirmam o acerto da posição adotada no novo Código: a) obrigações de fazer (decisão judicial ordenando a publicação de livro objeto de contrato de edição ou a inclusão de capítulo excluído pela editora; b) obrigações de não fazer: ordem para cessar o ruído em casa noturna; proibição de apresentação de programa de televisão que exponha crianças a situação humilhante etc.”

Expostas, em apertada síntese, as espécies de tutela jurisdicional diferenciada, cabe indagar sobre como deve atuar o juiz nessa província do direito processual.

Põe-se, pois, a questão de saber se o juiz deve agir nos estritos limites da lei ou se dispõe de poderes especiais para tornar efetiva a tutela jurisdicional.A premissa a ser adotada é a seguinte: a toda situação de crise do direito material deve ser deferido um tipo de tutela adequado para restabelecer o império da ordem jurídica. A Constituição Federal garante não só a reparação da lesão como a prevenção de ofensa ao direito, donde se conclui que, mesmo na ausência de texto legal expresso, a proteção constitucional existe e ao juiz são conferidos poderes para tornar concreta essa proteção. Assim: a) para impedir que a demora na prestação jurisdicional faça perecer o direito ou comprometer seu pleno exercício, o sistema indica a tutela cautelar; b) para obtenção de efeitos práticos do provimento antes do exame do mérito, a tutela antecipada;c) para hipótese de o credor estar munido de prova escrita que não constitua título executivo, a tutela monitoria; d) para hipótese de pedido lastreado em prova documental segura, a

que o réu não oponha impugnação séria, a tutela de evidência; e) para impedir a ocorrência do ilícito ou obstar seu prosseguimento, a tutela inibitória.

O poder conferido ao juiz na tutela jurisdicional diferenciada não se confunde com discricionariedade, pelo menos no sentido que esse termo é empregado no Direito Administrativo.

A doutrina tradicional conceitua o ato discricionário como aquele em que há liberdade de escolha por parte do administrador segundo alguns critérios como a conveniência e a oportunidade.[9]

Concepção mais recente inclina-se no sentido de que, na discricionariedade, há certa margem de liberdade conferida ao administrador para escolher um dos comportamentos possíveis segundo critérios de razoabilidade para atender à finalidade da lei.[10]

Importa ressaltar que essa margem de liberdade tem diminuído na medida em que são aprovadas e aplicadas políticas públicas que têm de ser respeitadas pelo administrador.

É inquestionável, porém, que no plano judicial, a liberdade de atuação é menor que no administrativo. Por exemplo, o Secretário da Educação pode optar pelo emprego de verba para reforma de uma escola em lugar de construir uma nova. Já o juiz, ao apreciar um pedido de liminar, não pode fugir da observância dos requisitos exigidos para sua concessão (por exemplo, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* na tutela cautelar). Presentes os requisitos legais, não há espaço para opção do juiz, que tem o dever de deferir a medida.

Igual raciocínio se faz em outra modalidade de tutela diferenciada, a tutela inibitória. Desde que demonstrada a iminência da prática de um ilícito (independentemente de prova do dano) o juiz não terá possibilidade de optar pela concessão, ou não, da providência.

Daí por que não parecer adequada a utilização do termo discricionariedade no âmbito judicial e, particularmente, no campo da tutela jurisdicional diferenciada. É que a tutela jurisdicional tem como fundamento a necessidade ou utilidade do provimento para resolver situação de crise do direito material, razão por que, preenchido esse requisito, não sobra para o juiz margem de liberdade para optar por solução que não seja o deferimento do pedido.

De outra parte, não há confundir discricionariedade com interpretação. A primeira consiste na escolha da solução mais adequada dentro das indicadas expressa ou tacitamente na lei visando ao atendimento do interesse público; a segunda conceitua-se como a fixação do sentido e alcance da norma, ou seja, da *ratio legis* com aplicação dos métodos teleológico e sistemático[11].

A partir do conceito de jurisdição - poder (*rectius*, manifestação do poder) de declarar e fazer atuar o direito - chega-se à conclusão de que o juiz não pode julgar segundo suas impressões ou opiniões pessoais, uma vez que a aplicação da norma tem como pressuposto sua interpretação segundo os métodos científicos indicados.

Tem-se, pois, que não prevalece, na espécie, o princípio da livre convicção, do mesmo modo que ele não vigora no campo probatório, regido pelo princípio da persuasão racional.

Do exposto se conclui pela inadmissibilidade da denominada discricionariedade judicial.

Concede-se que doutrina respeitável se inclina em sentido contrário.

Assim, o monografista italiano RASELLI[12] propugna pela existência de discricionariedade tanto no âmbito administrativo como no judicial. Contudo, é extenso o rol de autores que recusam a existência de discricionariedade judicial, orientação que se mostra mais adequada, porquanto, como foi remarcado, a tutela jurisdicional tem como requisito essencial a necessidade ou utilidade da jurisdição, sem que o juiz possa declinar do dever que lhe impõe o sistema jurídico[13].

À luz dessas considerações podemos chegar às conclusões que seguem.

3. Conclusões [\[arriba\]](#)

- a) O processo deve ser visto como um sistema, ou seja, um conjunto orgânico de elementos, e não a simples reunião ou soma deles.
- b) Posto que doutrina autorizada atribua ao juiz a função de diretor material do processo, tal condição não lhe confere poderes ilimitados no exercício da atividade jurisdicional.
- c) É necessário pôr em relevo os limites do processo que, ao revés do que sustentam alguns, não tem o condão de garantir o acesso à ordem jurídica justa, mas apenas à ordem jurídica tout court.
- d) Não obstante a ausência de disposição legal expressa, deve ser admitida a tutela inibitória, tanto nas obrigações de não fazer como nas obrigações de fazer, seja para evitar a ocorrência do ilícito, seja para impedir sua continuação
- e) Não se deve superestimar as garantias constitucionais a ponto de sacrificar as normas da legislação infraconstitucional que rege o processo.
- f) A tutela jurisdicional, do mesmo modo que a tutela comum, tem como fundamento a necessidade ou utilidade do provimento para resolver situação de crise do direito material, razão por que, preenchido esse requisito, não sobra para o juiz margem de liberdade para optar por solução que não seja o deferimento do pedido. Não há falar, assim, em discricionariedade na tutela jurisdicional diferenciada.

Bibliografia [\[arriba\]](#)

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Direito Administrativo Brasileiro. 11^a.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Rio de Janeiro: Revista Forense 261/15.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Proceso, ideologías, sociedad. Trad, Santiago SentísMelendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

-----La oralidade y laspruebasenel processo civil. Trad. Santiago SentísMelendo. Buenos Aires: EJE, 1972.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos delDerechoProcesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1972.

CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário Etimológico Nova Fronteira. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. 3ª. ed, Trad. de Manuel Domingues de Andrade. 1978.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil. Apresentação do debate. Texto disponível no GOOGLE.

HELLY LOPES MEIRELLES, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 8ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LEITE. Luciano Ferreira. Interpretação e discricionariedade. São Paulo: RCS Editora Ltda., 2006.

LOPES, João Batista. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2005, vol. I.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz e o princípio dispositivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELENDO, Santiago Sentís. La prueba. Buenos Aires: EJE, 1978.

MESQUITA, Eduardo Melo de. Tutelascautelares e antecipadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RASELLI. Alessandro. Studi sul poterediscrezionale del giudice civile. Milão: Giuffrè, 1975.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Notas [\[arriba\]](#)

** Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da PUC/SP. Desembargador aposentado. Consultor Jurídico*

[1] Expressão utilizada por Santiago SentísMelendo (La prueba. Buenos Aires: EJE, 1978, p.323).

[2] Maria Elizabeth de Castro Lopes é categórica ao assinalar que o juiz não é “dono processo(dominus processu), “pois este é um instrumento público”. Ressalta, também, que ele “não é investigador, pois tal função pode comprometer psicologicamente o ato de julgar”. (O Juiz e o Princípio Dispositivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.152).

[3] Assim, CAPPELLETTI (La oralidade y laspruebasenel proceso civil. Trad. Santiago SentísMelendo. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 124).

[4] Cf. COUTURE, EduardoJ. Fundamentos delDerechoProcesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1972, p. 151 e CAPPELLETTI, Mauro. Proceso, ideologías, sociedad. Trad, Santiago SentísMelendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 523.

[5] Cf. CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário Etimológico Nova Fronteira. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p.448.

[6] RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil. Apresentação do debate(texto disponível no GOOGLE, p. 14).

[7] Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2005, vol.I/22.

[8] Breve consulta à jurisprudência demonstra a ampla utilidade da tutela inibitória. Assim, a providência tem sido adotada em várias hipóteses entre as quais: a) contra o descumprimento de ordem judicial para exclusão do nome do devedor do cadastro de inadimplentes (v.g. ,TJSP-Agr.Instr.0154707-72-2013.8.26.0000 - 4ª. Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Teixeira Leite, J. 17/10/13; desrespeito a determinação judicial para realização de cirurgia (TJSP-Agr.2057/74-45.2014.8.26.0000 - 4ª. Câm.de Direito Privado - Rel. Fábio Quadros - J. 26/6/14) ou para cessar utilização de som mecânico e ao vivo sem isolamento acústico (TJPR -Agr.Instr.66.1140300-0 - 4ª. Câm. Cível - Rel. Des. Guido Döbeli - J.20/5/14); mandado para entrega de móveis sob pena de multa (TJSP-Agr.Instr.2063877-26.2013.8.26 - 29ª. Câm. de Direito Privado - Rel. Des. Francisco Thomaz - J.9/4/14) ou para abstenção de desconto em folha de empréstimo bancário (TJPR-Agr.Instr.48.1215053-9 - 16ª. Câm. Cível-Rel. Des. Gilberto Ferreira-J.26/5/14).

[9] Assim, HELY LOPES MEIRELLES: “Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização” (Direito Administrativo Brasileiro. 8ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.143).

[10] CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO escreve: “Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade da lei, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente” (Direito Administrativo Brasileiro.11ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, pp. 641/642).

[11] O clássico FERRARA assinala: “O texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas que servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual. A lei, porém, não se identifica com a letra da lei. Esta é apenas um meio de comunicação.

(...)

A missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que é possível (como diz WINDSCHEID) na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo. Só assim a lei realiza toda a sua força de expansão e representa na vida social uma verdadeira força normativa.” (Interpretação e aplicação das leis. 3ª. ed, Trad. de Manuel Domingues de Andrade. 1978, pp.127/128.

[12] RASELLI. Alessandro. Studi sul poterediscrezionale del giudice civile. Milão: Giuffrè, 1975, p. 263. No Brasil, BARBOSA MOREIRA defendeu a tese em clássico estudo apontando como exemplos o modo de pagamento da pensão alimentar e a fixação do rumo de passagem em favor do prédio encravado (cf. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Rio de Janeiro: Revista Forense 261/15). No mesmo diapasão EDUARDO MELO DE MESQUITA: “Na discricionariedade há uma prerrogativa, mercê do ‘espaço livre’ destinado ao aplicador da norma, para que pronuncie o direito sem exorbitar desse intervalo, nem extrapolar os limites do razoável, do exigível, do adequado, do proporcional. Dentro dos quais a adjudicação do poder fora outorgada.” (Tutelas cautelares e antecipadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 342).

[13] Entre outros, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 361/362. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.108/109 e LEITE. Luciano Ferreira. Interpretação e discricionariedade. São Paulo: RCS Editora Ltda., 2006, pp. 82 e 162.