
ATIVISMO OU GARANTISMO NO PROCESSO CIVIL: QUAL O CAMINHO ADEQUADO PARA UM PROCESSO JUSTO, DEMOCRÁTICO E EFETIVO DIANTE DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015)?

Guilherme Maduro Zaroni

Procurador Federal

Pós-Graduado em Direito Público pela PUC/MG e UnB/DF

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os paradigmas jurídico-constitucionais, a interpretação do direito e o processo. 1.1. Paradigmas; 1.1.1 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal (ou Estado de Direito); 1.1.2 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Social; 1.1.3 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito; 1.2 Democracia e Processo: um novo modelo deliberativo-procedimental e cooperativo; 2 Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo; 2.1 Neoconstitucionalismo; 2.2 Neoprocessualismo; 2.2.1 Direito fundamental a um processo justo; 2.2.2 Direito fundamental a tutela jurisdicional justa e efetiva; 3 Ativismo ou garantismo no processo civil: qual o caminho adequado para um processo justo e efetivo diante de um novo Código de Processo civil?; 3.1 Ação, Processo e Jurisdição; 3.2 Ativismo, Garantismo e o novo Código de Processo Civil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O desenvolvimento de um processo justo e efetivo é um preocupação contemporânea, e que tem motivado diversas reformas ao redor do mundo, inclusive, no Brasil, que tem um novo Código de Processo Civil. O estudo dos paradigmas revela uma ampliação das finalidades do processo civil, e uma readaptação do modelo processual às concepções filosóficas e políticas de seu tempo. No Estado Democrático de Direito há a necessidade de um novo modelo deliberativo-procedimental e cooperativo, que permita identificar uma solução racionalmente justificada, e que, sobretudo, seja aceita pelas partes e compreendida como justa. Na esteira da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, o neoprocessualismo produz uma necessária revisão destinada a alcançar uma tutela jurisdicional democrática, justa e efetiva. Neste cenário, notáveis processualistas formaram uma frente de resistência ante a crescente tendência de atribuir ao juiz a direção efetiva e não apenas formal do processo, um movimento contra a sua participação de forma mais intensa no processo e em particular na investigação dos fatos. Neste debate, o novo código brasileiro de processo civil, parece proporcionar a conciliação, entre ativistas e garantistas, através do cooperativismo, que, efetivamente, é o melhor caminho para construção de um processo consentâneo ao Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Paradigmas. Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Ativismo. Garantismo. Cooperação.

ABSTRACT: The development of a fair and effective process is a contemporary concern, and that has motivated several reforms around the world, including in Brazil that has a new Civil Procedure Code. The study of paradigms reveals a widening of the purposes of civil procedure, and the upgrading of the procedural model to philosophical conceptions and their time policies. In a democratic state there is a need for a new procedural-deliberative and cooperative model, which will identify a rationally justified solution, and, above all, be accepted by the parties and perceived as fair. In the wake of constitutionalisation of the procedural rights and guarantees, the neoprocessualismo produces a necessary revision aimed at achieving a democratic judicial protection, fair and effective. In this scenario, notable processualist formed a resistance front against the growing trend of giving the judge the effective and not just formal process direction, a movement against its share more intensely in the process and in particular in the investigation of the facts. In this debate, the new Brazilian code of civil procedure, appears to provide a reconciliation between activists and garantistas, through the cooperative, which effectively is the best way to build a consistent process to the democratic rule of law.

KEYWORDS: Paradigms. Neoconstitutionalism. Neoprocessualismo. Activism. Garantismo. Cooperation.

INTRODUÇÃO

Jhering dizia que “o direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. [...] o que se realiza como direito é o direito [...]”¹, ou seja, o direito depende de sua efetividade, pois sem ela não seria mais do que um “fantasma de direito”².

A questão da efetividade do direito se manifesta, sobretudo, naquelas situações em que existe uma resistência total ou parcial a sua realização, a tal ponto que se torna necessária a intervenção do Estado-Juiz, assumindo especial relevância a postura do juiz e das partes no processo de concretização (ou não) desse direito,

Justamente sobre a postura desejada do juiz e das partes dentro do processo, é que se formou um debate atual, e que está sendo travado em trincheiras opostas, entre ativistas e garantistas. Os primeiros defendem o protagonismo judicial, e os segundos pretendem a volta do protagonismo das partes. E, às vésperas da entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil no Brasil, é oportuno e conveniente analisar esse “duelo” para revelar qual o caminho ou método adequado para alcançar uma tutela jurisdicional apropriada ao Estado Democrático de Direito.

Afinal, é indispensável o processo trazer para realidade e de forma concreta todos os direitos, prerrogativas e, também os deveres previstos no direito material

Para tanto, desenvolve-se neste artigo uma investigação da evolução do Processo atrelada a concepção de paradigmas (Kuhn e Habermas); da relação entre Democracia, Processo e Constituição, bem como dos movimentos denominados Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Investiga-se, ainda, a evolução dos três institutos (ou categorias) fundamentais da Teoria Geral do Processo: Ação, Processo e Jurisdição, e, por fim, o debate entre ativistas e garantistas e a posição adotada no novo Código de Processo Civil brasileiro.

1 JHERING, Rudolf von. L'Esprit du droit romain, III, p. 16 apud NEVES, Antônio Castanheira. Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 25. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 44, n. 1, 2003. p. 179, (179-212). Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2013.

2 Ibidem.

1 OS PARADIGMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS, A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E O PROCESSO

Segundo Menelick de Carvalho Netto a noção de paradigma é fundamental para compreensão da questão da interpretação, sobretudo, a da interpretação constitucional³. É que pelos paradigmas jurídico-constitucionais, na lição de André Cordeiro Leal, citado por Vinícius Lott Thibau, é “que reconstroem-se os pressupostos à dinâmica jurídica para oferecer bases à investigação da importância, funções e conceito do Estado e dos direitos fundamentais nos processos de integração social”⁴.

1.1 Paradigmas

A acepção contemporânea do vocábulo “paradigma” é atribuída a Thomas S. Kuhn que, em seu livro “A Estrutura das Revoluções Científicas”, utiliza a expressão “paradigmas” para designar “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”⁵, e prossegue: “O desenvolvimento da maioria das ciências têm-se caracterizado pela contínua competição entre diversas concepções de natureza distintas; [...] da incomensurabilidade de suas maneiras de ver o mundo e nele praticar a ciência.”⁶

Para Kuhn, o paradigma aceito em determinada época pelos cientistas é, portanto, determinante na condução das pesquisas, ou seja, ele estabelece o padrão de racionalidade aceito em uma comunidade científica. Assim, para compreender o desenvolvimento científico é preciso compreender a estrutura intelectual sob a qual um cientista trabalha.

Entretanto, quando o paradigma e a condução por ele determinada são incapazes de produzir respostas satisfatórias surge à consciência da anomalia, isto é, “do reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal”⁷.

3 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/forum/view.php?id=244>>. Acesso em: 15 maio 2013.

4 LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 25 apud THIBAU, Vinícius Lott. Os Paradigmas Jurídico-Constitucionais e a Interpretação do Direito. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 319, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/787/0>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

5 KUHN, Thomas. S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p.13.

6 *Ibid.*, p. 23.

7 KUHN, op. cit., p. 78.

Essas anomalias se acumulam de tal forma que o paradigma começa a ser questionado, e então, ocorre uma crise, inclusive, por motivos nem sempre racionais. Afinal, “o fracasso das regras existentes é o prelúdio para a busca de novas regras”⁸. Há então, nas palavras de Kuhn: “Uma proliferação de articulações concorrentes, a disposição de tentar qualquer coisa, a expressão de descontentamento explícito, o recurso à filosofia e ao debate sobre os fundamentos, são sintomas de uma transição da pesquisa normal a extraordinária.”⁹

Provocando a crise uma mudança de paradigma, há também uma mudança revolucionária de visão do mundo. O que demonstraria o caráter de descontinuidade do conhecimento científico que progride, então, não pelo acúmulo do saber, mas por rupturas paradigmáticas.

Para Menelick de Carvalho Netto:

[...] em uma teoria de paradigmas o progresso do conhecimento não ocorre de forma evolutiva e pacífica, mas se dá por rupturas, por saltos, pela modificação de paradigmas. Não há como sair de um paradigma, sem trocar por outro. O que possibilita, então, a troca de paradigmas é o advento de novas práticas sociais. O paradigma será, então, um filtro, ou seja, óculos que filtrarão a visão e que moldarão a maneira como percebemos a realidade, e de tal modo que tudo o quê e como vemos está condicionado por vivências sociais concretas, que limitam ou condicionam a ação e percepção do indivíduo e do mundo.¹⁰

O filósofo alemão Jürgen Habermas, na esteira da obra de Thomas S. Kuhn, capitaneou para as Ciências Social e Jurídica a noção de “paradigma”. Na obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, v. 2, o autor alemão esclarece que os paradigmas funcionam como uma espécie de “pano de fundo” intervindo na consciência de todos os cidadãos, do legislador, da justiça e da administração¹¹.

Assim, o paradigma representa a compreensão de determinada época social que pode ser expressa como uma ideologia, uma “visão social” ou, simplesmente, uma “teoria” capaz de explicar como as normas jurídicas devem ser concebidas e interpretadas.

Habermas distingue três grandes paradigmas: Estado liberal, Estado social e Estado democrático de Direito.

Para Carvalho Netto:

8 KUHN, op. cit., p. 95.

9 Ibid., p. 123.

10 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Belo Horizonte, v. 3, p. 476, maio 1999.

11 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 131.

[...] há quatro paradigmas do Direito: o pré-moderno e o da modernidade. O primeiro envolve a antiguidade e a Idade Média. Neste, o Direito era um conjunto normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados, que consagrava os privilégios de cada uma das castas e suas facções. O juiz tinha a função de realizar a justiça, aplicando as normas concretas e individuais casuisticamente, pela ausência de normas gerais e abstratas válidas para todos. O paradigma da modernidade se divide, por sua vez, em três grandes paradigmas constitucionais: o do Estado de Direito, o do Estado de Bem-Estar Social e o do Estado Democrático de Direito.¹²

Como se verá, a evolução do Direito Processual (e o Processo) não ficou imune as mudanças paradigmáticas, ou seja, o exercício da justiça não permaneceu alheio ao seu modelo social.

1.1.1 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal (ou Estado de Direito)

O Estado Liberal decorre da ruptura do paradigma do direito pré-moderno, e perdurou das primeiras codificações do século XVIII (p. ex. o Código Civil de Napoleão) até a 1ª. Guerra Mundial.

No paradigma do Estado Liberal, a relação entre Estado e sociedade foi restritiva em relação à ação do primeiro, de maneira a garantir a liberdade individual e o protagonismo dos indivíduos.

A Constituição liberal refletia esse Estado “minimista”, sendo breve e relativamente simples, com o papel fundamental de conformar o poder político e garantir a ampla liberdade da sociedade mediante a positivação de matérias relativas à limitação do poder político (separação de poderes) e consagração dos direitos individuais (direitos de primeira geração). A lei deveria ser universal, geral, clara e precisa e, tanto o quanto possível, completa¹³.

A atividade interpretativa é vista como uma atividade mecânica. “A interpretação é algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera *bouche de laloi*.”¹⁴

O papel do Poder Judiciário era de espectador passivo e “politicamente neutralizado” pela precedência do Poder Legislativo (Princípio da Legalidade); pela ideia da “Justiça cega” voltada apenas à preservação do interesse individual sem qualquer objetivo social e por um processo coordenado pela divisão das tarefas entre as partes e com menor participação do juiz.

12 CARVALHO NETTO, op. cit., p. 476.

13 Ibidem, p. 477-479.

14 Ibidem, p. 476.

Consagrava-se uma concepção privatista do processo.

Cabe ao Poder Judiciário dirimir conflitos interparticulares ou, conforme o modelo constitucional, entre esses e a administração pública, quando provocado, através de procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito, através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, sob os ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a boca da lei.¹⁵

Entretanto, a concepção individualista do exercício dos direitos fundamentais da igualdade, liberdade e propriedade acarretou dificuldades incontornáveis pelo paradigma liberal, impondo-se a intervenção estatal para resolvê-las.

A concentração de riquezas, o alastramento da miséria e a Revolução Industrial contribuíram para o surgimento de uma nova classe social de massas: o “proletariado”, e, em consequência, eclodiram movimentos grevistas e a criação de sindicatos juntamente com o aparecimento das ideias socialistas, anarquistas e comunistas¹⁶.

Carvalho Netto revela que a experiência do Estado Liberal “[...] levou-nos a ver que a afirmação da liberdade e da igualdade pode redundar, como, de fato, redundou, na maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história. Uma miséria sem precedentes foi gerada ao lado de uma riqueza também sem precedentes”¹⁷.

Em consequência, o Estado Liberal entrou em crise diante da sua incapacidade de lidar com a emergência destas questões, incompatíveis com sua conduta omissiva, e, junto com ele, a correspondente concepção privatista do processo com protagonismo das partes.

1.1.2 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Social

Sucedem então o Estado Social ou Estado Providência, que se consolida no continente europeu após o término da 2^a. Guerra Mundial, e inaugura uma nova era de direitos sociais e coletivos, que impõe uma atividade intensa do Estado na sua concretização contrapondo-se a atitude contida do Estado Liberal.

Assim, o Estado assume o papel de protagonista e intervencionista com o objetivo de também garantir direitos sociais e econômicos aos cidadãos, que se tornam seus “clientes” enquanto prestador de serviços e produtor de bens.

15 THIBAU, op. cit., p. 330.

16 Ibid., p. 330-333.

17 CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 106, dez. 2003.

A intervenção ativa do Estado na sociedade, por óbvio, provocou uma mudança no perfil das Constituições na medida em que passou a incorporar a regulação da intervenção e da direção estatal sobre a economia, além de uma nova gama de direitos (sociais e coletivos). Os textos se tornam mais longos e complexos. A Administração Pública, ante a ampliação significativa de suas atribuições, passa a dispor de mecanismos jurídicos e poder normativo, o que, inclusive, impacta na Teoria Clássica da Separação dos Poderes.

A atividade interpretativa, antes reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei, “incorpora métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei”¹⁸.

Valoriza-se a jurisdição e o caráter teleológico do processo, que vai se transformando em um modelo com participação ativa do juiz, embora preservado o princípio dispositivo, pois não basta apenas a verdade formal e a segurança jurídica. Busca-se agora também a verdade material e a segurança jurídica acompanhada da “Justiça da decisão”. Para isso, o juiz é dotado de poderes de direção e coordenação, o que provoca a angularização e verticalização da relação processual, bem como o processo passa a ser visto não como um “fim em si mesmo”, mas como instrumento para realização de objetivos sociais, políticos e jurídicos.

Cândido R. Dinamarco ressalta que:

[...] a instrumentalidade do processo precisa produzir resultados. Se digo instrumento, estou perguntando: instrumento de quê, a serviço de quê? A minha geração aprendeu – os professores da nossa época ensinavam – que o processo é um instrumento a serviço do direito material, ponto. O processo existe para que o direito material, civil, comercial, administrativo, tributário, seja bem cumprido. Dizia se – ouvi isso de um professor: “O juiz tem o dever de cumprir a lei material”. Se o artigo “x” do Código Civil tem aplicação em um caso, que seja aplicado. Se houver injustiça, que ela seja cobrada do legislador. Quando passamos para essa visão instrumentalista, isso não ocorre. O juiz tem de fazer justiça; ele usará as técnicas do processo e também as normas de direito material para fazer justiça. Em outras palavras, na medida do possível, ele tem de procurar uma maneira de amenizar o rigor da lei material, deverá interpretá-la adequadamente. Isso não significa que o juiz pode virar legislador e mudar tudo; mas quer dizer que, sempre que possível, ele deve dar uma interpretação mais conducente a uma solução justa, segundo o pensamento comum da sociedade, e não dele próprio. Um juiz

18 CARVALHO NETTO, op. cit., p. 481.

radical, que faz as coisas segundo a justiça dele, não representa o que a nação espera dele.¹⁹

José Carlos Barbosa Moreira, em 1985, pontuou os efeitos da mudança paradigmática no processo civil durante a transição do liberalismo individualista para o Estado social de direito:

“Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das ‘regras do jogo’ e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do ‘social’ também no processo derrui o império do *laissez-faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da “divisão de tarefas” entre as partes e o órgão de jurisdição.”²⁰

Entretanto, o agigantamento do Estado, das suas funções, e a prestação de serviços em todas as áreas, levou à crise e falência do chamado Estado provedor como modelo de sociedade justa, e provocou a necessidade de teorização de uma nova forma de ver o mundo, bem como o reconhecimento de novos direitos.

Da mesma forma, percebe-se claramente a insuficiência do processo para revelar sempre a verdade material, para garantir a efetividade de suas decisões, bem como uma carência de legitimidade decorrente da pouca internalização do valor “participação” nas decisões.

É no início da década de setenta que a crise do paradigma do Estado Social manifesta-se em toda a sua dimensão e “às indagações oriundas de uma sociedade pluralista e complexa em busca de sua autodeterminação, levou à necessidade de se teorizar um novo paradigma jurídico-constitucional”²¹: o Estado Democrático de Direito.

1.1.3 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito

Para Habermas, do ponto de vista jurídico, um dos pontos inquietantes da “crise do Estado Social” residia na insensibilidade do aparelho estatal com relação a limitações impostas à autodeterminação

19 GABBAY, Daniela Monteiro et al. *Cândido Rangel Dinamarco e a Instrumentalidade do Processo (Uma Entrevista)*. Cadernos de Direito GV. São Paulo, v.7, n.4, jul. 2010. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7850. Acesso em: 15 set. 2013.

20 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, p. 145, jan. 1985.

21 THIBAU, op. cit., p. 339.

de seus clientes, chegando, inclusive, a apontar uma simetria com a “cegueira social” do Estado Liberal.²²

Carvalho Netto corrobora o mesmo entendimento, pois, no paradigma do Estado Social, “os próprios destinatários desses serviços públicos terminavam por ser excluídos da discussão acerca do planejamento e execução dos mesmos”²³.

O Estado Democrático de Direito busca uma relação de equilíbrio entre o individualismo liberal e o assistencialismo social. Estado e sociedade devem ser protagonistas, coautores dentro de um processo para transformação social.

Para tanto, a atuação estatal deve estar legitimada pela participação dos interessados na produção e realização do direito.

Neste paradigma, os textos constitucionais devem consagrar a construção participativa do direito, a participação democrática nos processos decisórios do Estado, e ampliar o rol dos direitos fundamentais (de terceira geração, difusos e individuais homogêneos, etc).

É, ainda, no Estado Democrático de Direito, que a Constituição toma o lugar dos Códigos e passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico a ponto de se dizer que se passou do “império da lei” a “constitucionalização da ordem jurídica”, do “Estado Legislativo” ao “Estado Constitucional”.

O princípio da legalidade inserindo-se no Estado Democrático de Direito tem seu conceito ampliado para abranger, não apenas as leis e atos normativos do Executivo, mas também os princípios constitucionais explícitos ou implícitos.

Aos princípios é reconhecida eficácia normativa.

[...], os princípios são também normas jurídicas, muito embora não apresentem essa estrutura. Operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e interrelações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um ‘hard case’. Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas

22 HABERMAS, op., cit., p. 125.

23 CARVALHO NETTO, op. cit., p. 101-102.

exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Günther denomina *sense of adequability*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões (GÜNTHER, KLAUS. *The sense of appropriateness*. Trad. John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993).²⁴

Ocorre, assim, no Estado Democrático de Direito uma transformação na visão de como deve ser interpretado e aplicado o direito. Reclama-se uma nova postura do juiz, uma nova postura participativa dos atores sociais para que as decisões produzidas não atendam somente ao sentimento da segurança jurídica, mas também o de justiça realizada como resultado da adequabilidade da decisão às singularidades do caso concreto²⁵.

Marcelo Cattoni, citado por Thibau, esclarece que, no Estado Democrático de Direito cabe ao juiz, “[...] uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, ‘a Justiça no caso concreto’.²⁶

Neste cenário, o processo ganha admirável relevo como instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito, de efetivação dos direitos fundamentais, e se reestrutura em um modelo participativo no qual o juiz exerce seu poder jurisdicional ao lado das partes e em colaboração para “concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (art. 5º, incs. XXV e LXXVIII, CF²⁷)”²⁸.

1.2 Democracia e Processo: um novo modelo deliberativo-procedimental e cooperativo

O século XX foi marcado por uma intensa disputa em torno da questão democrática. Na primeira metade prevaleceu a desejabilidade do regime democrático como forma de governo, e, na outra metade, formou-se um consenso em torno de um procedimento eleitoral para a formação de governos.

24 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, jul./dez. 1998. p. 245 (233-250).

25 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação* [...], p. 481.

26 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 42 apud THIBAU, op. cit., p.337.

27 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto promulgado em 5 out. 1988. Brasília. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf. Acesso em: 20 set. 2013.

28 CAMBI, Eduardo. *Protagonismo Judiciário Responsável*. *Revista Argumenta*, n. 16, 2012, p. 84. Disponível em: seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/215/214>. Acesso em: 24 set. 2013.

A forma hegemônica de prática da democracia, a partir da segunda metade do século XX, consolidou-se no procedimento eleitoral como prática restrita de legitimação de governos.

Entretanto, a expansão global da democracia coincidiu com uma grave crise deste regime nos países centrais onde a democracia representativa se encontrava mais enraizada.

Nesses países se iniciou uma crise conhecida como “dupla patologia”: 1) a patologia da participação, marcada, sobretudo, pelo aumento do abstencionismo; e 2) a patologia da representação, decorrente do fato de os eleitores se considerarem cada vez menos representados pelos seus eleitos²⁹.

A redução do procedimentalismo democrático a um processo de eleição mostrou-se incapaz também de oferecer respostas satisfatórias a duas questões: 1) se as eleições seriam o único mecanismo de autorização por parte dos cidadãos e 2) saber se os procedimentos de representação solucionam a questão da representação das diferenças.

A falta de respostas idôneas a estas questões, o fim da guerra fria e o processo de globalização conduziram a uma reabertura do debate democrático, do debate entre democracia representativa e democracia participativa.

Em resposta, surgiram fórmulas alternativas, que sem romper com o caráter procedimental da democracia, a ele agregaram a pluralidade humana.

Para Boaventura de Souza e Leonardo Avritzer, e de fato, foi Habermas quem “abriu o espaço para que o procedimentalismo passasse a ser pensado como prática social e não como método de constituição de governo”³⁰.

Para tanto, Habermas realça a necessidade da discussão racional e pública dos indivíduos (participação deliberativa) como fator de validade das “normas-ações”³¹.

O que, evidentemente, resulta em um procedimentalismo social e participativo com origem na diversidade das formas de vida desses indivíduos integrantes de uma sociedade contemporânea cada vez mais diversificada e multicultural³².

Afinal, a própria democracia pressupõe o alcance de um consenso e a compreensão de interesses mútuos. E uma norma justificada por esse processo é uma norma adequada para todos os participantes.

29 SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. *Para Ampliar o Cânone Democrático*. Organizador Boaventura de Souza Santos. Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-42.

30 Ibid., p. 52.

31 Ibid.

32 Ibid.

No posfácio da sua obra, na edição de 2003, Habermas registra: “para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência”³³.

Desta forma, é necessário que os cidadãos se concebam como os autores do Direito ao qual estão submetidos enquanto destinatários³⁴. Supera-se a concepção de que basta a correção procedimental para dar força à legalidade, é preciso que ela “seja resultado da criação discursiva e reflexo da opinião e da vontade dos membros de uma comunidade jurídica”³⁵.

Assim, Habermas acredita que o direito somente é legítimo se for constituído de acordo com procedimentos da formação democrática da opinião e da vontade, que fundamentam a suposição da aceitabilidade racional dos resultados.³⁶

Ada Pellegrini, com propriedade e acerto, destaca que “o princípio participativo também exerce sua influência em relação à atividade jurisdicional”³⁷, e que uma das formas desta participação é “a própria utilização do processo como veículo de participação democrática”³⁸.

A jurisdição não tem apenas escopo jurídico, mas também escopos sociais e políticos.

Entretanto, a sentença nem sempre alcança a pacificação social:

Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg.³⁹

33 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. 2. ed. v. 2, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 323.

34 *Ibidem*, p. 479.

35 FERRAZ, Adilson Silva. A Teoria da Argumentação Jurídica como controle de racionalidade: breves considerações acerca de sua viabilidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.19, ago. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Adilson_Ferraz.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

36 HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 172.

37 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Fundamentos da Justiça Conciliativa*. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_ADA%20PELLE.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013.

38 *Ibidem*.

39 *Ibidem*.

Desta percepção, decorrem alterações profundas no processo judicial, na forma de agir em juízo, apontando-se para a necessidade de um novo modelo deliberativo-procedimental e cooperativo, que permita identificar uma solução racionalmente justificada, e que, sobretudo, seja aceita pelas partes e compreendida como justa, ou seja, uma solução democrática.

Trata-se de uma alternativa a contraposição dos paradigmas que antecederam o Estado Democrático de Direito, de uma alternativa ao modelo jurisdicional liberal e ao modelo social. Esta alternativa invoca uma visão cooperativa do processo em que o juiz exercerá a função jurisdicional ao lado e em cooperação com as partes, e não distante ou sobre elas em posição hierárquica, valorizando-se o contraditório como garantia da democracia participativa e do processo justo.

Neste sentido, Daniel Mitidiero esclarece que, “[...] esse modelo de processo corresponde ao processo cooperativo, pautado pelo diálogo judiciário, pela cooperação e pela lealdade das pessoas que participam do processo”.⁴⁰ E,

Leonardo C. da Cunha pondera que: “[...] em razão do princípio da cooperação, o juiz deixa de ser o autor único e solitário de suas decisões. A sentença e, de resto, as decisões judiciais passam a ser fruto de uma atividade conjunta”.⁴¹

No Estado Democrático de Direito, portanto, é inadequada qualquer investigação solitária (ou autoritária) do órgão judicial. Impõe este paradigma que seja concedida às partes “a faculdade de pronunciar e intervir ativamente no processo, de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões”⁴².

Está claro, assim, que democracia e processo estabelecem uma relação íntima, pois os princípios estruturais do processo como o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, constituem valores intrínsecos da democracia. E a colaboração efetiva das partes com o juízo proporciona autêntica garantia de democratização do processo.

40 MITIDIERO, Daniel. *Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo*: o Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Tese apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 5. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/13221>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

41 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo, São Paulo, v. 209, jul. 2012. p. 359.

42 OLIVEIRA, op. cit., p.9.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO⁴³ 44E NEOPROCESSUALISMO

2.1 Neoconstitucionalismo

Nas últimas décadas a Constituição passou de uma supremacia formal para uma supremacia material ou axiológica. Passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, e não apenas o ápice da pirâmide positivista, e, em consequência, toda a leitura do ordenamento ordinário passa a ser realizada a partir da Constituição, ou como diz Luís Roberto Barroso, “a Constituição passa a ser um filtro através do qual se deve ler e interpretar as categorias e institutos de todo o direito infraconstitucional”⁴⁵.

Essa conquista não é fruto de um momento, mas de um movimento político e jurídico chamado “Constitucionalismo”⁴⁶ destinado ao estabelecimento de regimes constitucionais, ou seja, “regimes moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”⁴⁷.

Mesmo antes das Constituições escritas já havia lei que detinha supremacia em relação ao restante⁴⁸. Pedro Lenza recorda que entre os hebreus, ainda que timidamente, nasceu o constitucionalismo, pois são estabelecidos limites bíblicos ao poder político, e, mais tarde, no século V a.c., há as experiências das Cidades-Estados gregas que democraticamente distribuíam o poder político⁴⁹.

43 O uso desta expressão no Brasil é recente, “[...] seguindo-se à ampla difusão que recebeu na academia brasileira a já citada obra Neoconstitucionalismo(s), organizada por Miguel Carbonell e publicada em 2003 [CARBONELL, Miguel et al. Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta, 2003]. De lá para cá, muito se tem escrito sobre o tópico e vários autores nacionais aderiram explicitamente à corrente, como Luis Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Antonio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Paulo Ricardo Schier, Eduardo Moreira, Écio Otto Ramos Duarte e Thomas Rosa de Bustamante”. In: SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. p. 9 (1-38) Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/73066241/04-O-Neoconstitucionalismo-No-Brasil-riscos-e-Possibilidades-Daniel-Sarmento>>. Acesso em: 23 out. 2013.

44 “Erroneamente os termos pós-positivismo e neoconstitucionalismo no Brasil são considerados como sinônimos, porém trata-se de significados distintos, pois o neoconstitucionalismo reúne a proposta antipositivista enquanto que o pós-positivismo abarca apenas as teorias tais como de Alexy e Dworkin (conforme nos ensina Barroso trata-se de designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais...)”. LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*, v.2, n.4, abr. 2012. Disponível em: <www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/57-v2-n4-abril-de-2012/190-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo>. Acesso em: 11 nov. 2013.

45 BARROSO, Luís Roberto. Especialista Traça Histórico do Direito Constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, mar. 2009. p. 1. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>>. Acesso em: 22 out. 2013.

46 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 07.

47 Ibid.

48 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.73-74.

49 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

Mas, é na Idade Média e Moderna que a noção de constitucionalismo se torna mais aparente com a limitação do poder estatal e o reconhecimento de direitos individuais, inicialmente, por meio de documentos escritos que consagram as liberdades individuais (Magna Carta de 1215, *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Acts* de 1679, etc.)⁵⁰, e depois, por meio de textos codificados denominados de “Constituição”. Dois são os principais documentos históricos e formais nesse segundo momento: a Constituição americana de 1787 e a francesa de 1791.

São características desse movimento na modernidade: a codificação das regras em um único documento (Constituição instrumental); existência de um poder constituinte originário (Constituição dogmática); supremacia da Constituição e vinculação de todos os Poderes do Estado; responsabilidade do soberano e (ou) exercentes de funções públicas perante a Constituição; correspondência entre a Constituição real e a formal; força normativa do texto constitucional; surgimento da ideia do controle de constitucionalidade e um procedimento mais rigoroso de alteração do texto constitucional (Constituição rígida) e globalização da proteção dos direitos fundamentais⁵¹.

O fato é que o constitucionalismo chega vitorioso ao século XXI⁵², mas reconfigurado.

Até a 2ª Guerra Mundial, prevalecia no continente europeu uma cultura positivista, sendo a lei a fonte principal do Direito. As Constituições eram destituídas de força normativa, e vistas basicamente como programas políticos aptos apenas para inspirar o legislador. Nesse cenário, os direitos fundamentais dependiam da proteção legal, de tal forma que poderiam ser flexibilizados (ou fragilizados) diante das maiorias políticas instaladas nas casas legislativas.

Finda a 2ª Guerra, diante do holocausto, e da percepção de que as maiorias políticas perpetraram ou contribuíram para a barbárie, justificando-se as atrocidades através da lei⁵³, as novas Constituições

50 MORAES, op. cit., p. 75.

51 Ibidem, p. 80-81.

52 “[...] consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) legitimidade – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) limitação do poder – repetição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) valores – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.” BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 54, 2001. p. 53 (47-78). Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/783251/DLFE-47041.pdf/Revista54Doutrina_pg_47_a_78.pdf>. Acesso em: 22 out. 2013.

53 George Marmelstein aponta que: “Seria ingenuidade e talvez até mesmo má-fé pensar que Kelsen teve alguma influência ou participação na elaboração das leis nazista. Longe disso. Kelsen era um democrata e ele próprio foi perseguido pelo regime de Hitler. Porém, não há como negar que a sua teoria pura forneceu embasamento jurídico para tentar justificar as atrocidades praticadas contra judeus e outra minorias. Afinal, o formalismo da teoria pura não dá margem à discussão em torno do conteúdo da norma. Na

passaram a criar ou fortalecer a jurisdição constitucional, e a instituir mecanismos de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador, o que fez aproximar o constitucionalismo europeu do americano⁵⁴.

Luís Roberto Barroso aponta como marcos desse processo de reconfiguração do constitucionalismo moderno: a edição da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, a Constituição italiana de 1947, e no Brasil a promulgação da Constituição de 1988⁵⁵.

Para Daniel Sarmento, além da consagração da supremacia material ou axiológica da constituição, há um relativo consenso na definição das características centrais deste novo constitucionalismo e do Estado de Direito: adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a valorização dos princípios e para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Lei fundamental.⁵⁶ Dando ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição.⁵⁷

2.2 Neoprocessualismo

Cambi esclarece que a Constituição e o processo se relacionam de forma direta e (ou) indireta. Diretamente, quando o texto constitucional incorpora os direitos e as garantias processuais fundamentais; quando dispõe sobre as instituições essenciais à realização da justiça e estabelece os instrumentos de controle constitucional. Indiretamente, através da tutela específica de um bem jurídico ou de determinadas pessoas, o que exige do legislador ordinário a elaboração de regras processuais específicas para concretização da tutela constitucionalmente reconhecida⁵⁸.

ótica de Kelsen, não cabe ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do direito. Se a norma fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos. E foi precisamente essa a questão levantada pelos advogados dos nazistas: segundo eles, os comandados de Hitler estavam apenas cumprindo ordens e, portanto, não poderiam ser responsabilizados por eventuais crimes contra a humanidade."In LIMA, George Marmelstein. Direitos Fundamentais: Retrospectiva 2007 – Perspectivas 2008. [S.l.], jan. 2008. Disponível em: <<http://georgemlima.blogspot.com.br/2008/01/capitulo-1-teoria-dos-direitos.html>>. Acesso em: 26 out. 2013.

54 SARMENTO, op. cit., p. 2.

55 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, nov. 2005. p. 1 (1-3). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 out. 2013.

56 SARMENTO, op. cit., p. 9.

57 MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p.24.

58 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, n. 6, fev. 2007. p. 1 [1-44]. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/59/64>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

O processo além de ser a ferramenta para efetivação dos direitos fundamentais, ele próprio é um direito fundamental (ao devido processo e todos seus pertinentes corolários tais como contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita e, etc.) e, no Estado Democrático de Direito, também veículo de participação democrática.

Quando uma constituição, a exemplo da brasileira, contempla amplos direitos e garantias processuais, a relação é direta, umbilical, e o processo se torna muito mais que mera técnica⁵⁹, pois, pela via constitucional, fica inserido também no plano da política do direito⁶⁰ e da cultura social⁶¹.

Eliana P. Rocha e Jefferson C. Guedes, analisando a Constituição e o direito processual, visualizam que:

59 "É fora de dúvida que o direito processual, como fenômeno cultural, constitui produto exclusivo do homem, sendo, por consequência, inevitavelmente empolgado pelo conceito, um tanto fluídico, é verdade, de liberdade. Por isso mesmo, o tecido interno do processo forma-se pela confluência das ideias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. Constitui, portanto, um grave equívoco, assimilá-lo, apesar de seu caráter formal, a um mero ordenamento de atividades, dotado de cujo exclusivamente técnico, composto por regras estabelecidas de modo totalmente arbitrário pelo legislador. A estrutura mesmo do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional. Esses valores, no fundo, é que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado. In ÁLVARO DE OLIVEIRA, op., cit., p.1.

60 "Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na ideia liberal positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa. A ambiguidade refletida no parágrafo anterior impõe a qualificação do que se entende por política. Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, consequentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias. O facciosismo é o grande inimigo do constitucionalismo. [...] Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação." In BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. *Atualidades Jurídicas, Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, n. 4, jan./fev. 2009, p. 13 [1-29]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

61 CAMBI, op. cit., p. 18.

[...] a efetividade dos direitos reconhecidos constitucionalmente encontra no processo um importante mecanismo de afirmação. Esse processo, entre nós, considerando a diversidade de matérias tratadas pela Constituição de 1988, não pode ser compreendido, sem que se busquem seus fundamentos de validade na Lei Fundamental.”⁶²

Abre-se, então, uma nova perspectiva em que os princípios processuais constitucionais são também normas jurídicas, com força normativa imediata, e, como garantidoras de direitos fundamentais, a elas se aplicam toda a teoria dos direitos fundamentais⁶³.

Com a publicização e a constitucionalização, superou-se a concepção do processo como manifestação da autonomia e da liberdade das partes privadas.

O processo está voltado agora para algo superior à solução do litígio envolvendo os interesses controvertidos das partes, sem desprezá-los, uma vez se torna um instrumento funcional ao Estado para a realização dos direitos fundamentais e outros valores de conteúdo constitucional⁶⁴.

Neste cenário, de relação íntima entre processo e constituição, a figura do juiz distante e indiferente⁶⁵ deixou de se coadunar com a atividade jurisdicional pretendida no Estado Democrático de Direito.

Elpídio Donizetti, ao comentar a metodologia do projeto de lei do novo Código de Processo Civil Brasileiro, reconhece como neoprocessualismo o desenvolvimento do processo civil em consonância com o novo pensamento decorrente da fase neoconstitucionalista, “[...] que está conduzindo a uma nova visão do estudo do Direito Constitucional, orientada pela percepção do efeito expansivo e irradiador das normas

62 GUEDES, Jefferson Carús; ROCHA, Pires Eliana. Direitos Fundamentais e Processo Civil no Brasil: algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais. *Revista da AGU*, n. 25, Brasília-DF, jul./set. 2010. p. 95 [88-119].

63 DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. 1, Bahia: Juspodivm, 2009. p. 22.

64 “[...] essa constitucionalização dos direitos e garantias processuais torna-se relevante, pois, além de retirar o Código de Processo da centralidade do ordenamento processual, fenômeno designado de descodificação, ressalta o caráter publicístico do processo. [...] deixando de ser um mecanismo de utilização pessoal, para ser visto como um meio de realização da justiça.” LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, out./dez. 2011. p. 89 [74-107].

65 “A imparcialidade aqui, se traduz na capacidade de o juiz levar em conta a reconstrução fática de todos os afetados pelo provimento e, desse modo, fazer com que o ordenamento como um todo, enquanto pluralidade de normas que concorrem entre si para reger situações, se faça presente, buscando então qual a norma que mais se adequa à situação; qual a norma que, em face das peculiaridades específicas daquele caso visto como um ‘hard case’, promove justiça para as partes, sem deixar resíduos de injustiças decorrentes da cegueira à situação de aplicação. Cegueira esta que até bem pouco tempo atrás poderia ser confundida com a própria imparcialidade por haver sido elevada à condição de suposto implícito do conceito mesmo de ordenamento jurídico dos dois primeiros paradigmas constitucionais na modernidade.” In: CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito* [...], p. 246-247.

constitucionais – nucleares de todo o sistema –, cuja força normativa se espalha sobre todo o ordenamento jurídico [...]”⁶⁶.

O processo se revela não apenas como método de controle do exercício do poder, mas também de manutenção do mínimo existencial capaz de conservar a dignidade da pessoa humana bem como os demais fundamentos da república brasileira⁶⁷.

Para isso, conjugado com a construção e aprimoramento de um método justo e efetivo de interpretação e aplicação do direito, é preciso uma nova visão⁶⁸ do operador apta a garantir uma utilização adequada do instrumental posto à disposição das partes e do juiz.

Assim, não basta a consciência da necessidade da construção e desenvolvimento de “um método de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (art. 5º, incs. XXV e LXXVIII, CF/88)”⁶⁹, pois o método deve estar acompanhado do juízo crítico para “[...] construir ‘dever-seres’ que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de se ajustar [...] às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas”⁷⁰.

2.2.1 Direito fundamental a um processo justo

A doutrina brasileira destaca que, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é um importante alicerce teórico do neoprocessualismo⁷¹. Pois, ao se incluir a garantia da inafastabilidade

66 DONIZETTI, Elpidio. *Um novo CPC: Análise das principais inovações do projeto de Lei do Senado n. 166/2010*. [S.l.], 12 nov. 2010, p.2. Disponível em: <<http://www.editoraatlas.com.br/elpidiodonizetti/index.aspx>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

67 LEITE, Gisele. *Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo*. p.6.

68 “O discurso ‘neo’ é sedutor e essencial para a construção de novas práticas, estas não menos complexas, na medida em que colocam o operador jurídico diante de saberes acumulados que, muitas vezes, em face da riqueza dos fatos, de nada servem senão para propagar o sofrimento e a injustiça. [...] Por isto, o verdadeiro desafio é cultural, mudar o modo como o homem opera o direito é o escopo final e, reconheça-se, muito mais difícil que, simplesmente (sem embargo disto ser absolutamente necessário), criar, em abstrato, as teorias.” In: CAMBI, op. cit., p. 42-43.

69 CAMBI, Eduardo. *Protagonismo Judiciário Responsável*. p. 84.

70 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo* [...], p.2.

71 “A ordem constitucional brasileira assegura, de forma expressa, desde a Constituição de 1946 (art.141, § 4º) que a lei não excluíra da apreciação do Poder Judiciário lesão ou a ameaça a direito [...]. Observa-se que o texto de 1988 inova ao garantir o acesso à justiça no caso de ameaça a direito”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.539. E, “na verdade, a Constituição de 1967, emendada em 1969, já previa garantias, como a inafastabilidade da jurisdição (art. 153, § 4º), a ampla defesa (art. 153, § 15) e a vedação a tribunais de exceção (art. 153, § 15). Porém, a constitucionalização formal dos princípios processuais existentes se esgotava num enquadramento garantístico, que não interferia, de forma inovadora, na realidade do processo. A garantia reportava à legislação infraconstitucional, o que dificultava ou obstava a releitura destas normas a partir dos direitos fundamentais, deixando pendentes as lacunas da regra”. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, p. 3 apud GUEDES; ROCHA, op. cit., p. 94.

da jurisdição, consagra-se também o direito fundamental à tutela jurisdicional justa e efetiva⁷².

O acesso à justiça, prescrito no art. 5º, inc. XXXV, da CF, é mais do que alargar as portas do Poder Judiciário aos reclamos dos jurisdicionados por meio do direito de ação.

O acesso à justiça, consagrado como direito fundamental, deve ser interpretado em toda a sua amplitude para compreender, além do ingresso em juízo, a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; a efetividade do contraditório; a análise adequada e tempestiva pelo juiz (natural e imparcial) das questões debatidas; e a construção e o desenvolvimento de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais paragarantir sua efetividade⁷³.

O direito ao processo justo se revela na fórmula mínima do processo blindado pelas garantias processuais constitucionais⁷⁴, e que, portanto, “constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional”⁷⁵, vinculando o legislador, o administrador e o juiz.

O Ministro Gilmar Mendes comunga dessa importância:

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. [...] Em verdade, a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie.⁷⁶

72 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: *Garantias constitucionais do processo civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999. p. 237; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1997. p. 20; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: RT, 1998. p. 391. Nota 31; WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988. p. 135 apud CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, p. 24.

73 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 24-25.

74 “[...] a Constituição Federal brasileira de 1988 destacou, em capítulo nominado direitos e garantias fundamentais, uma série de garantias constitucionais do processo. São elas: garantia do processo jurisdicional ou do devido processo legal; garantia do acesso à justiça; garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional; garantia à assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade de justiça; garantia à duração razoável do processo e da celeridade; garantia à igualdade processual; garantia do juiz natural; garantia do duplo grau de jurisdição; garantia da publicidade dos atos processuais; garantias do contraditório e da ampla defesa; garantia da proibição da prova ilícita; garantia da fundamentação das decisões judiciais. Todos são instrumentos referendados pelo Estado Constitucional, que permitem uma aplicação mais justa do direito, oportunizando a superação de entraves que se apresentam no sistema jurídico mediante o emprego do papel integrativo dos direitos fundamentais.” In: GUEDES; ROCHA, op. cit., p. 89.

75 MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Processo Justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 45, 2011. p. 23 [22-31]. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164953.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2013.

76 MENDES, op. cit., p. 537-538.

Portanto, para que um processo possa ser adjetivado como “justo”, e adequado ao Estado Democrático de Direito, não basta a entrega da prestação jurisdicional, é necessário que ela seja prestada mediante a observância das garantias constitucionais que assegurem sua idoneidade.

Enfim, o processo justo “[...] é condição necessária indispensável, embora não suficiente, para obtenção de decisões justas”.⁷⁷

2.2.2 Direito fundamental a tutela jurisdicional justa e efetiva

No atual estágio do processo civil não é suficiente que a tutela jurisdicional seja apenas adjetivada como justa. O Estado Democrático de Direito requer algo mais, exige também que a tutela jurisdicional seja democrática e efetiva, o que demanda a participação das partes, celeridade e adequação.

De nada adiantará garantir o acesso à justiça e a tutela justa, se não houver efetividade da prestação jurisdicional. “É dizer, o direito à sentença significa direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito material seja ele ou não um direito fundamental.”⁷⁸

Obviamente, a tutela para ser efetiva deve igualmente ser tempestiva, o que depende de um processo célere (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF), bem como da utilização de uma técnica processual adequada para a proteção do direito, sem dilações ou formalismo desnecessários.

José Carlos Barbosa Moreira sintetizou em cinco itens, o que ele considerou uma espécie de “programa básico” da campanha em prol da efetividade:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade

77 MITIDIERO, Daniel. Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n.1, jan./mar. 2012. p. 67 [67-77]. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/29621/003mitidiero.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

78 GUEDES; ROCHA, op. cit., p. 98.

a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias⁷⁹.

Por outro lado, nem o justo, nem a efetividade devem ser erigidos em valor absoluto. A satisfação de um deles não deve implicar no sacrifício total de outro. A sabedoria será revelada justamente na capacidade de construir um processo justo e efetivo, e não um processo justo ou efetivo. Na síntese perfeita de Barbosa Moreira: “Nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele.”⁸⁰

Este é o grande desafio do neoprocessualismo: conferir maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional sem suprimir garantias das partes; assegurar a legitimação democrática do processo; e evitar o exercício autoritário da jurisdição.

3 ATIVISMO OU GARANTISMO NO PROCESSO CIVIL: QUAL O CAMINHO ADEQUADO PARA UM PROCESSO JUSTO E EFETIVO DIANTE DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL?

3.1 Ação, Processo e Jurisdição

Os três institutos (ou categorias) fundamentais da Teoria Geral do Processo: ação, processo e jurisdição, obviamente, não permaneceram imunes as alterações paradigmáticas.

Ada P. Grinover, escudada em Calamandrei e Vidigal, leciona que: “O conceito de ação; muda, conforme as tendências políticas e filosóficas do momento. [...] que a concepção do escopo do processo varia, segundo a orientação política do Estado, variando, com ele, a concepção sobre a natureza da ação.”⁸¹

É inegável a transição ocorrida entre o direito de ação do Estado liberal e o direito de ação do Estado Democrático de Direito.

No Estado Liberal, o direito de ação se restringia ao seu aspecto formal de simples direito de acesso ao judiciário para proteção dos direitos individuais. A concepção foi construída sobre um cenário em que prevalecia o direito privado.

Essa visão formalista e reducionista do direito de ação, após a crise do modelo liberal, com transição pelo Estado Social⁸², não chegou ao Estado Democrático de Direito.

79 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, jan. 1995. p. 168 [168-175].

80 *Ibid.*, p.170.

81 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Direito de Ação*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, São Paulo, v. 2, out. 2011. p. 51 [45-53].

82 “O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado.” In: GUERRA FILHO, Willis S. *Autopoiese do Direito na*

No atual paradigma, o direito de ação deve assegurar acesso material ao judiciário, o que só se realiza com uma tutela justa e efetiva.

Não foi somente a concepção sobre o direito de ação que evoluiu. Evoluiu o processo, evoluiu a jurisdição.

Afinal, ação, processo e jurisdição compõe um sistema incindível na evolução histórica do Direito Processual Civil.

O exercício da função jurisdicional única e exclusivamente pelo Estado evoluiu a partir da Justiça privada. Evoluiu como mecanismo de superação das fases anteriores, centradas na autotutela, na autocomposição, na arbitragem voluntária ou obrigatória. Função que inerte, adormecida, depende de provocação, e para tanto surge o conceito de direito de ação⁸³ materializado no pedido de tutela jurisdicional pelo autor⁸⁴.

Lacerda revela que a história da teoria da ação coincide com a independência do direito processual em relação ao direito material. Isto é, o direito processual foi adquirindo autonomia na exata medida em que os processualistas alcançaram êxito em demonstrar a independência do direito de ação em relação ao próprio direito material⁸⁵.

Álvaro de Oliveira é perfeito ao sintetizar que:

A verdade é que, negadas as concepções monistas do direito, ponto atualmente pacífico, mostra-se forçoso reconhecer a autonomia do processo em relação ao direito material, nada obstante a íntima conexidade entre os planos material e processual. Ademais, com o monopólio estatal da administração da justiça, a ação só pode ser pensada como um poder dirigido contra o Estado, pois só esse pode garantir a tutela jurisdicional dos direitos e determinar os pressupostos pelos quais deve ela ser outorgada. Não se cuida, portanto, de um direito privado, mas de um direito revestido de natureza pública, que por seu caráter, sua direção, seu conteúdo e seus requisitos se distingue essencialmente da pretensão privada. [...] hoje está bem claro que a garantia do acesso à justiça impõe ao órgão judicial o dever de exercer jurisdição.⁸⁶

E o processo?

Está claro que, a garantia de acesso à justiça não se esgota mais com a simples previsão do direito de ação, pois se exige não só uma

Sociedade Pós-Moderna. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 34 apud FRITZ, Samuel de Oliveira, op., cit.

83 Didier distingue o “direito de ação” da “ação”. Enquanto o primeiro, é uma “situação jurídica constitucional que confere ao seu titular um direito a um processo devido”, o segundo, é o “ato jurídico que se chama demanda, que é o exercício do direito fundamental de ação”. DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 176.

84 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Direito de Ação*. p. 45.

85 LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 210.

86 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*. p. 23.

efetividade *inter partes*, mas também uma efetividade social da prestação jurisdicional⁸⁷.

Inadmissível que, portanto, retomem-se concepções civilistas ou procedimentais-formalistas para compreender a natureza jurídica do processo.

Com o reconhecimento da autonomia do direito de ação, e de sua natureza pública, abandonam-se as implicações privatistas do processo como direito adjetivo de atender exclusivamente o desejo das partes, embora continue a depender da sua iniciativa, ou seja “o processo é colocado pelo Estado à disposição das partes, mas bem sabem elas que estão submetidas ao poder jurisdicional, dele não podendo escapar”⁸⁸.

Segundo Marinoni, esta percepção do processo como instrumento da jurisdição, e não apenas um mero procedimento de aplicação judicial do direito material, obrigou a doutrina a rediscutir a natureza jurídica do processo em superação às concepções privatistas.

É então que Bülow apresenta sua teoria da relação jurídica processual, em 1868, na obra *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. E a partir dela, iniciou-se a fase autonomista ou científica do direito processual.

Para Oskar von Bülow:

El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituy en la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica processal se encuentra em embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona com la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes que dan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común.⁸⁹

Bülow vislumbrou que, a instauração do processo “determina a existência de toda uma série de posições e de relações recíprocas entre os seus sujeitos, as quais são reguladas juridicamente e formam, no seu

87 “[...] se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX,” ÁLVARO DE OLIVEIRA, op. cit. p. 11.

88 MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 389.

89 BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. p. 1-3 apud NASCIMENTO. Adilson de Oliveira. *Da Natureza Jurídica do Processo Penal Epistemologicamente Adequada à Conceção Democrática do Estado de Direito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, abr. 2002. p. 463-464 [461-467].

conjunto, uma relação jurídica, a relação jurídica processual”⁹⁰. Que se distingue da de direito material por três aspectos: pelos seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz), pelo objeto (prestação jurisdicional) e pelos seus pressupostos (pressupostos processuais)⁹¹.

Bülow distingue, ainda, os conceitos de processo e procedimento. Os atos desta relação jurídica processual são praticados segundo uma ordem, modo e um tempo pré-determinados. “O conjunto dos atos, na sua sucessão e unidade formal, tem o nome técnico de procedimento.”^{92 93}

A teoria de Bülow é encampada pela maioria dos processualistas brasileiros, inspirando, inclusive, o Código de Processo de 1973.

No Direito pátrio, está concepção sofre significativa influência da Escola (Paulista) Instrumentalista do Processo, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco.

O doutrinador paulista concebe a jurisdição como poder do Estado e centro da teoria processual. O processo, nessa perspectiva, é concebido como instrumento de exercício daquele poder, para cumprimento de seus objetivos. Advém a sua instrumentalidade, por não ser um fim em si mesmo, mas um meio para a consecução dos fins jurisdicionais⁹⁴.

Não são poucas as teorias⁹⁵ que se contrapõem ao processo como relação jurídica⁹⁶.

Entretanto, a que interessa no presente trabalho é aquela que concebe o processo como um espécie do “procedimento em contraditório”.

Fazzalari concebe o procedimento como uma série de atos normatizados, que levariam a um provimento final dotado de imperatividade. A noção de processo se define como “espécie de procedimento em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade,

90 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1, Tradução Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. São Paulo: Forense, p. 40.

91 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 278.

92 LIEBMAN, op. cit., p. 39.

93 “[...] os atos de um processo são ligados entre si como elementos de um todo, como partes de uma unidade que se protraí no tempo. O princípio dessa ligação recíproca reside na identidade do escopo formal (o ato final do processo, a sentença), para atingir o qual cada ato traz a sua contribuição, embora os sujeitos que realizam os vários atos possam ler e geralmente tenham interesses e finalidades pessoais diferentes e em parte contraditórios (cada parte visa a uma sentença de conteúdo diferente e a elas se contrapõe a posição “neutral” do juiz). Assim, tais atos são como as fases de um caminho que se percorre para chegar ao ato final, no qual se identificam a meta do itinerário preestabelecido e ao mesmo tempo o resultado de toda a operação.” LIEBMAN, op. cit., p. 39.

94 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

95 “Cada uma das teorias representou um avanço e da respectiva soma se faz a grandeza da ciência (Couture). Uma nova concepção nunca é fruto exclusivo do pensamento individual, mas do esforço de todos que se dedicaram ao estudo do tema”. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*, p. 101.

96 Teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt); como instituição (Guasp); Teoria Constitucionalista do Processo (José Alfredo de Oliveira Baracho, Andolina e Giuseppe Vignera); eNeo-Institucionalista (Rosemíro P. Leal).

na preparação do provimento jurisdicional⁹⁷. Ou seja, o processo é um procedimento gravado pela característica do contraditório⁹⁸.

Mas, o que é o contraditório?

Partilha-se a lição de Aroldo Plínio Gonçalves, apresentada por Rosemiro Pereira Leal:

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.⁹⁹

Dinamarco reconhece que hoje há uma verdadeira reabilitação do procedimento na ciência do processo e na conceituação deste¹⁰⁰, mas ressalva que o contraditório é um sustentáculo da garantia das partes contra a exagerada liberdade das formas, e que não exclui a relação jurídica do conceito de processo. O contraditório transparece na série de atos com que cada um (autor e réu) procura influir no espírito do julgador, para que a solução final lhe seja favorável. Estes atos, enquanto manifestações do contraditório, na sua prática observam uma ordem, modo e um tempo pré-determinados impostos pela lei, pois só assim a participação poderá ser justa e útil. Este é o valor do procedimento no sistema processual, garantir o contraditório de maneira isonômica e proveitosa para dar legitimidade ao provimento final, e cuja observância é exigência constitucional. E conclui, “[...] a relação jurídica processual é a projeção jurídica da exigência política do contraditório”¹⁰¹, ou seja, o contraditório só se forma mediante o estabelecimento desta relação.

Mas, da mesma forma que a ação e o processo foram e estão sendo repensados, o mesmo ocorre com o procedimento. Afinal, o exercício da jurisdição depende em concreto do módulo legal estabelecido pelo legislador, e de como ele é aplicado e desenvolvido pelas partes e pelo

97 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 314.

98 FAZZALARI, Elio. *Istituzionididirittoprocessuale*. 8. ed. Milano: Cedam, 1996. p. 82 apud OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 143.

99 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 127 apud LEAL, Rosemiro Pereira. *A Princiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-institucionalista*. Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008, p. 281-290. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

100 DINAMARCO, op. cit. p. 76-77.

101 Ibid.

juiz. Por esta razão, realmente não há como aceitar a definição clássica de processo ou qualquer outra que ignore o procedimento¹⁰².

Há então uma “crise do conceito de relação jurídica processual”¹⁰³?

Para Marinoni a concepção da relação jurídica processual peca pela sua neutralidade, uma vez que ficou distante das necessidades das partes, das situações de direito material e das diferentes realidades dos casos concretos.¹⁰⁴

Maia Filho compartilha da mesma convicção¹⁰⁵.

E mais, a concepção do processo como relação jurídica é avesso ao conceito de legitimidade de participação das partes no procedimento, de legitimidade do próprio procedimento e de legitimidade da decisão^{106 107}.

102 “Ver o processo apenas como instrumento para a atuação da lei não permite perceber que o exercício da jurisdição depende do modo como o procedimento é fixado em abstrato - pelo legislador - e é aplicado construído no caso concreto e, assim, compreendido pelo juiz.

A definição clássica de processo, ao ignorar o procedimento, tem íntima relação com os valores do Estado Liberal [...]. A necessidade de compreender o caso litigioso, interpretar a lei e controlar a sua constitucionalidade a partir dos direitos fundamentais não permite que se diga que a jurisdição continua a ter a função de atuar a vontade da lei. [...] o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva - nova roupagem dada ao direito de ação - inibe a conclusão de que o processo possa ser incapaz de permitir a tutela do direito material no caso concreto. [...] o direito fundamental à tutela efetiva incide sobre o legislador, obrigando-o a considerar as necessidades do direito material, e sobre o juiz, atribuindo-lhe o dever de compreender o procedimento conforme as particularidade do caso concreto. [...] Mas a importância do procedimento para a proteção dos direitos vai além. O legislador instituiu normas processuais abertas (arts. 461 e 273 do CPC e 83 e 84 do CDC), conferindo ao autor e ao juiz uma ampla latitude de poder para a utilização da técnica adequada ou - o que é o mesmo - para a estruturação do procedimento idóneo ao caso concreto. [...] Essa nova dimensão alcançada pelo procedimento decorre do direito do autor à tutela jurisdicional efetiva e do dever do juiz de dar proteção aos direitos ou de prestar a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto. Ou seja, além de o processo não estar mais preso à limitada função de dar atuação à lei - nos moldes do princípio da legalidade do direito liberal -, tornou-se visível a importância do procedimento para o exercício da jurisdição ou para que a jurisdição possa cumprir o papel que a ela foi reservado pelo Estado constitucional. [...] Portanto, o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional.” MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 401-404.

103 *Ibid.*, p. 396.

104 *Ibid.*, p.398.

105 MAIA FILHO, Paulo Américo. *Os Descaminhos da Instrumentalidade Trabalhista*. Revista de Processo, São Paulo, v. 181, mar. 2010. p. 313 [313-336].

106 “A legitimidade pela participação decorre da efetividade da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as condições necessárias a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação. [...] A parte, além de ter o direito de participar do processo, possui o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material. [...] Para a legitimidade da jurisdição não basta a participação e a adequação do procedimento às necessidades do direito material, sendo ainda necessário a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais. [...] parece certo que a legitimidade da jurisdição, e assim do processo, não pode descartar a necessidade de que a decisão esteja legitimada pelos direitos fundamentais. [...] O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas como algo que tem finsde grande relevância para a democracia, e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar - pela participação -, deve ser legítimo - adequado à tutela dos direitos e dos direitos fundamentais - e ainda produzir uma decisão legítima.” MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 398-401.

107 NASCIMENTO, op. cit., p. 47.

É evidente, portanto, que é necessário, no mínimo, uma releitura da relação jurídica processual à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito e da Jurisdição no Estado constitucional¹⁰⁸.

É exatamente neste ponto, que desencadeou-se um caloroso debate a respeito da atuação do juiz no processo civil.

De um lado: a publicização (ou socialização) do processo civil, e a concepção de que a efetividade do processo está intimamente ligada à atribuição de certas iniciativas aos juízes, especialmente, em matéria probatória. Essa visão do processo civil está fundamentada no dever constitucional do juiz de garantir a eficácia na proteção dos interesses discutidos no processo e conseguir, assim, alcançar o objetivo final da função judicial, que é a “Justiça”. E para isso, o Estado deve colocar a disposição dos juízes todos os meios e competências necessárias que lhes permitam atingir esse objetivo¹⁰⁹.

Do outro lado: a constitucionalização do devido processo legal, que assegura garantias mínimas para as partes na condução do processo, e a concepção de que às partes cumpre o protagonismo no debate processual, evitando-se a outorga de iniciativas processuais, especialmente, em matéria probatória aos juízes, sob pena de comprometer as garantias constitucionais do devido processo legal¹¹⁰.

Joan Picó externa sua preocupação com o rigor das discussões e a necessidade de se encontrar um meio termo:

En la actualidad, este debate científico esta adquiriendo una excesiva crudeza debido a su “politización”, lo que ha conducido a efectuar indebidos planteamientos de la discusión que, en ocasiones, y aunque sea de forma indirecta o implícita, conducen a ciertas descalificaciones personales respecto de los autores que no comparten unas mismas ideas. Y ello es especialmente significativo en algunos autores que se muestran parti-darios de excluir en el proceso cualquier tipo de iniciativa de dirección material del juez.

La crudeza de estas posiciones se ha visto reflejada en los últimos congresos nacionales e internacionales de derecho procesal, y en recientes

108 “A jurisdição, no Estado constitucional, caracteriza-se a partir do dever estatal de proteger os direitos. Como é evidente, a ideia de proteção dos direitos não tem a ver com a antiga e remota concepção de tutela dos direitos privados, própria a época anterior à afirmação da autonomia do direito processual. O Estado constitucional tem o dever de proteger os direitos fundamentais, seja através de normas, atividades fáticas administrativas ou de jurisdição. Além disso, a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso se querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto.” MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p.402.

109 JUNOY, Joan Picó I. El Derecho Procesal entre el garantismo y laeficacia: un debate mal planteado. *Cuestiones Jurídicas*, v. 6, n. 1, 2012, p. 13 [11-31]. Disponível em: <<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/EI%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>>. Acesso: 20 jan. 2014.

110 *Ibid.*, p. 13-14.

publicaciones. [...] para llegar a una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibile desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la “Justicia” también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso.¹¹¹

É esse debate entre o Ativismo¹¹² e o Garantismo¹¹³ que será tratada no tópico seguinte.

3.2 Ativismo, Garantismo e o novo Código de Processo Civil

O processo civil evoluiu ante a necessidade primeira de resolver conflitos e promover a realização de direitos privados, depois para cumprir também uma função social, e, agora na “modernidade”, como mecanismo de promover os direitos fundamentais e se tornar um instrumento democrático para construção do direito.

Durante o período liberal, as partes detinham amplos poderes para o início e fim do processo e a definição de seu objeto, bem como cumpria-lhes o andamento, o desenvolvimento e a instrução probatória. Os poderes do órgão judicial eram significativamente limitados diante da fronteira estabelecida nesse paradigma¹¹⁴.

Já no Estado Social, diante da concepção publicista do processo (como instrumento da jurisdição, e portanto exercício do poder estatal), chegou-se (nos países do mundo socialista) ao extremo de se propor um processo civil com plena exclusão do princípio dispositivo e sob o império do princípio da oficialidade em prol de ampla investigação da verdade materiale realização dos fins do Estado¹¹⁵.

111 JUNOY, op. cit., p. 14-15.

112 A expressão “ativismo” é aqui utilizada para caracterizar a atividade do juiz no processo, dando ênfase à liberdade, aos poderes de atuação do magistrado e a sua postura dinâmica no processo. Em outra concepção a expressão “ativismo” indica a ingerência do Judiciário em temas políticos, ou seja, vislumbra-se o ativismo no aspecto material. Há uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

113 “A ideia do Garantismo vem sendo elaborada pelo professor italiano Luigi Ferrajoli, encontrando-se inserta nas obras Derecho y razón - Teoría del garantismo penal e Derecho y garantías - La ley del más débil, buscando uma nova perspectiva do Direito, visto como um sistema de garantias individuais em contraposição ao Estado. A matriz da teoria se encontra na seara penal, derivando para uma abstração geral, com reflexos no modelo de Direito, na teoria jurídica das normas e na filosofia do Direito. In NASCIMENTO, op. cit, p. 467.

114 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. p. 2.

115 Ibid., p.3

Muito embora, essa concepção extremista de publicização do processo não tenha vingado, Barbosa Moreira anota que nas diversas reformas ao redor do globo: “O papel do juiz na atividade instrutória vê-se incrementado no mundo do common law e ameaçado de redução em ordenamento que historicamente vem ocupando posição central no âmbito do civil law.”¹¹⁶

Neste cenário, e ainda que, o caráter privado não corresponda mais à concepção dominante sobre a natureza e função do processo civil, pois a experiência desmentiu a crença na eficiência do trabalho desenvolvido pelos participantes do processo.¹¹⁷ Notáveis processualistas formaram uma frente de resistência ante a crescente tendência de atribuir ao juiz a direção efetiva e não apenas formal do processo, um movimento contra a sua participação de forma mais intensa no processo e em particular na investigação dos fatos.

José Carlos Barbosa Moreira¹¹⁸, bem como Leonardo Greco¹¹⁹, atribuem ao processualista espanhol Juan Montero Aroca¹²⁰ e, anteriormente, à Franco Cipriani, na Itália, o resgate do “privatismo” processual como caminho para assegurar as garantias constitucionais do processo (Garantismo).

As críticas “liberais” ao movimento de publicização do Processo Civil podem ser assim sintetizadas:^{121 122}

116 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo*. p.315-319.

117 Ibid.

118 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 122, abr. 2005. p. 9-20.

119 GRECO, Leonardo. Privatismo e Processualismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 164, out. 2008. p. 29-52.

120 “Que através de uma coletânea reuniu vários textos sobre o tema, escritos por processualistas de vários países da América Ibérica e também da Itália: *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. [...] E o texto de Franco Cipriani intitulado *Nel centro di regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*. Nesse estudo o professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari (Itália) fez um profundo levantamento histórico dos aspectos ideológicos em que se radicou o CPC austríaco projetado por Franz Klein. Apoiado em escritos de Menestrina (Francesco Klein, 1926, I, p. 270) e Chioevenda (*Loralità e La prova*, 1924, em *Saggi di diritto processuale civile – 1894-1937 –*, org. PROTO PISANI, II, Milão, 1993. p. 205), Cipriani afirma que o Regulamento de Klein teve um longo período de vacatio legis para bem preparar os juízes com “mão dura”, ao mesmo tempo em que pretendeu “amansar” os advogados que, na Viena de 1897, pretendiam se rebelar contra a entrada em vigor do novo regulamento. No desenvolvimento desse importante texto sobre a história do processo civil europeu, Franco Cipriani adverte sobre a influência do Regulamento de Klein na formação ideológico-política do CPC da Itália de 1940, surgido no auge do nazifascismo naquele país, bem como da influência desse CPC austríaco em outros diplomas processuais que se lhe seguiram”. In RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil. Apresentação do debate. Jus Navigandi*, Teresina, n. 2788, fev. 2011. p.1 [1-3]. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18526>. Acesso em: 30 jun. 2013.

121 GRECO, Leonardo. *Privatismo e Processualismo no Processo Civil*. p.30-31.

122 “Enxerga-se nela uma exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo. Para os que assim pensam, as coisas andarão tanto melhor quanto mais forem deixadas aos cuidados dos próprios litigantes: nenhum juiz, afirma-se, pode saber mais do que os titulares dos interesses em conflito o que convém fazer (ou não fazer) para resolvê-lo. O incremento dos poderes Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a tutela jurídica, sendo o processo (prestação da

1. A corrente publicista e ativista se formou sob a influência do socialismo e do facismo;
2. A falsa crença de que o aumento dos poderes do juiz seria o suficiente para elevar não só acesso, mas também a qualidade da justiça, o que não ocorreu;
3. A iniciativa probatória e a busca da verdade real comprometem a imparcialidade do juiz, “que sempre acaba por beneficiar uma das partes, e as próprias garantias do contraditório e da ampla defesa, porque a parte deve defender-se do adversário, e não do juiz”;¹²³
4. A tutela paternalista dos particulares, e sob a qual “desenvolveu o decisionismo pós-moderno, que põe a justiça a serviço do mais fraco, provoca liminares sem contraditório, inverte as regras do ônus da prova através das cargas dinâmicas e se imiscuindo na política, representa um desgoverno”¹²⁴;
5. A flexibilização da anterior absoluta supremacia do interesse público em detrimento do interesse individual, e a primazia dos direitos fundamentais, inclusive, da dignidade da pessoa humana não permitem mais que as partes no processo civil fiquem sujeitas ao ativismo judicial, que na prática forense se degenera em atos de autoritarismo”.
6. As garantas processuais (autonomia da vontade das partes, a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo) têm suporte na contemporânea teoria dos direitos fundamentais, que impõe limites aos poderes do juiz.

atividade jurisdicional) o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de todo incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política. Se o Direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se, como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, que atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do devido processo legal, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional. [...] Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre emanadas de governos antidemocráticos e indiferentes às garantias dos jurisdicionados. De acordo com esse pensamento, um modelo “garantístico” do processo repele juízes que não se contenham no estrito âmbito da passividade e, por exemplo, se aventurem a buscar, por sua iniciativa, dados capazes de propiciar-lhes conhecimento mais completo dos fatos relevantes para a decisão.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. p.9.

123 Ibid.

124 Ibid.

Para José Carlos B. Moreira, entretanto, não existe uma correlação lógica e inflexível entre regimes políticos e leis processuais, que autorize a conclusão absoluta de que governos autoritários editam leis processuais autoritárias que fortalecem os poderes do juiz, e cita como exemplos leis brasileiras editadas por governos não democráticos, como a Lei 4.717, de 29.06.1965¹²⁵, que regula a ação popular, e a Lei 7.347, de 24.07.1985¹²⁶, que disciplina a ação civil pública¹²⁷. “Ambas são diplomas de corte manifestamente democrático, onde nada se encontra que fira, de leve sequer, as garantias das partes.”¹²⁸

O processualista carioca, ainda, põe em evidência o “equívoco fundamental da suposição de que governos autoritários costumem inclinar-se ao fortalecimento de juízes. Os poderes que eles se empenham em fortalecer são, geralmente, os do executivo, não os do judiciário¹²⁹.”

Leonardo Greco também discorda dessa relação, uma vez que mesmo em períodos democráticos podem ser editadas leis processuais que tratam o processo sob as perspectivas do juiz e do interesse público, e não das partes, restringindo o acesso à justiça como, por exemplo, no Brasil, a EC 3/1993¹³⁰, que criou a força vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade, e da EC 45/2004¹³¹, que criou a súmula vinculante¹³².

Demonstrou-se no decorrer deste trabalho que, são as alterações paradigmáticas que influenciaram e influenciam as concepções processuais. Afinal, estas “visões” são uma consequência dos escopos da justiça resultantes das ideias dominantes sobre o papel do Estado, e que mesmo em regimes democráticos está ocorrendo um movimento para disponibilizar aos juízes todos os meios e competências imprescindíveis para tutelar os direitos fundamentais, e que são ignorados nos regimes autoritários.

125 BRASIL. *Lei 4.717, de 29.06.1965*. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

126 BRASIL. *Lei 7.347, de 24.07.1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

127 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. p. 9.

128 *Ibid.*, p. 10.

129 *Ibid.*,

130 BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993*. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

131 BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

132 GRECO, op. cit., p. 34.

Portanto, realmente não há correlação obrigatória entre modelos ativistas e regimes autoritários.

Outra questão que merece deslinde envolve a iniciativa instrutória do juiz.

Regra geral, a prova é produzida pela parte a quem o fato aproveita. Entretanto, não são raras às vezes que um fato relevante não se faz provado nos autos. Para esses casos as leis estabelecem regras sobre o chamado ônus *probandi*. Para os garantistas, o juiz não poderá de ofício ordenar a realização de prova destinada a suprir a carência probatória.

Barbosa Moreira, neste particular, defende que o juiz consciente de sua responsabilidade não pode julgar com base em uma premissa assentada na incerteza e correr o risco de proferir uma sentença injusta, sobretudo, quando ele detém os meios probatórios para auferir a verdade material. Esta ação não compromete a imparcialidade do órgão julgador, visto que não tem como ele prever o resultado da prova.^{133 134}

Admitida atribuição de poderes instrutórios ao órgão judicial, haveria incompatibilidade com a preservação das garantias processuais das partes?

Em princípio, o exercício de poderes instrutórios pelo órgão judicial não ofenderá as garantias processuais das partes.

Desde que, “[...] elas sejam devidamente científicas das iniciativas oficiais, e que se lhes abra a possibilidade de participar das diligências, de impugná-las, caso lhes pareçam descabidas, e de manifestar-se sobre os respectivos resultados, não se descobre que garantia terá sido desrespeitada.¹³⁵

A réplica de Barbosa Moreira tem o peso de sua autoridade, mas carrega também o peso da finalidade publicista da jurisdição e do processo civil, que, entretanto, deve ser harmonizada com o Estado Democrático de Direito.

Obviamente, será um retrocesso encampar qualquer concepção que tente de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes, pois deve cumprir a alguém, e esse alguém é o juiz, dirigir o processo de tal maneira que ele não sirva somente às partes, mas também à sociedade.

Antes do resgate de concepções passadas, o garantismo preocupa-se com o excessivo e desproporcional protagonismo judicial em relação às partes no processo, o que poderá comprometer o processo justo e democrático como na situação citada por Cambi: “No processo civil, fere o garantismo, por exemplo, as decisões que invertem o ônus da prova,

133 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. p. 14.

134 *Ibid.* p. 14.

135 *Ibid.*, p. 15.

na sentença, ensejando sentenças surpresas, que ferem a garantia do contraditório, inviabilizando a ampla defesa [...] em juízo.”¹³⁶

A esse exemplo podem se juntar inúmeros outros que se consolidaram na chamada “jurisprudência defensiva”.

Jurisprudência defensiva é o termo doutrinariamente cunhado, nas palavras do presidente do STJ, ministro Humberto Gomes de Barros, ao ser empossado no cargo, para descrever a construção pelos tribunais superiores de “entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos”¹³⁷.

A criação jurisprudencial desses entraves, a formalidade levada ao extremo, obsta o acesso à Justiça, desprestigia o direito substancial, e como observa o Ministro Luiz Fux: “Reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade dos tribunais superiores não pode ser lograda a esse preço.”¹³⁸

Greco, com razão, destaca que:

[...] a concepção garantística do processo civil contemporâneo vem sendo profundamente ameaçada ultimamente pelos movimentos de reformas processuais desencadeados em vários países, entre os quais o Brasil, ditados preponderantemente pela necessidade justificável de debelar a crise do Judiciário resultante do excesso de processos e de recursos, mas que relegam a segundo plano a função tutelar dos interesses dos jurisdicionados e dos direitos subjetivos agasalhados pelo ordenamento jurídico, de que decorrem a inafastabilidade do contraditório participativo e da mais ampla defesa, e sufocam essas garantias e a preocupação com a qualidade das decisões, em benefício da produção em massa de decisões padronizadas, pouco refletidas, pouco debatidas e com reduzida probabilidade de serem acertadas, tanto do ponto de vista da justiça processual, quanto da justiça substantiva, ou seja, tanto do ponto de vista do respeito às garantias fundamentais do processo, entre as quais avultam o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, quanto do ponto de vista do resultado, a correta reconstituição dos fatos e a adequada tutela dos direitos subjetivos das partes, através da aplicação da lei ao caso concreto.¹³⁹

No Brasil, Rosemiro Pereira Leal há tempo chama a atenção para o fato de que as garantias processuais inseridas no devido processo legal

136 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. p. 40.

137 BARROS, Humberto Gomes de. *STJ precisa resgatar identidade e ser o fiador da segurança jurídica*. STJ. 7 abr. 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87058>. Acesso em: 30 jan. 2014.

138 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 108181/RS*. Relator(a): Min. Luiz Fux, Brasília, DF, Julgamento: 21 ago. 2012. DJE-176 de 6 set. 2012

139 GRECO, op. cit., p. 38.

muitas vezes são aviltadas diante das posturas ativistas-instrumentalistas destinadas a celeridade.¹⁴⁰

O fato é que, o processo não pode mais ser visto como mero instrumento da jurisdição, como mero instrumento do poder. Ao contrário, ele é direito-garantia fundamental validador e disciplinador da jurisdição que, inserido no Estado Democrático de Direito, impõe a participação das partes na preparação do provimento final.

Neste sentido, J.J. Calmon já se posicionou acerca da relação processo-jurisdição:

Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a tutela jurídica, sendo o processo (prestação da atividade jurisdicional) o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de todo incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política. Se o Direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se, como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, que atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do devido processo legal, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional. [...] Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, mas sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.¹⁴¹

Glauco Gumerato Ramos esclarece então que:

[...] as categorias fundamentais jurisdição e processo têm peso e importância diferenciada a depender da perspectiva de análise. Para os ativistas, a jurisdição se sobreleva. Para os garantistas, é a categoria fundamental processo (entendido como devido processo legal) que merece distinta proeminência.¹⁴²

Talvez este seja o maior “equivoco” no debate noticiado.

140 LEAL, op. cit., p. 13.

141 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 68.

142 RAMOS, op. cit., p. 2.

Jurisdição e Processo não devem ter peso e (ou) importância diferenciada, pois eles devem ocupar idêntica posição central no Direito Processual.

A construção de um direito democrático não se faz através da visão subjetivista e concentradora de poderes no juiz. Ainda que, o juiz continue no exercício de sua função a procurar a pacificação social, é indispensável a participação dos interessados demandantes, não só na provocação, mas também através de uma discursividade-racional capaz de construir a legitimidade proposta por Habermas.

O grande mérito deste debate é lançar luzes sobre a possibilidade de haver uma exagerada “publicização” do processo, com ilimitada atribuição de poderes ao juiz na investigação probatória e consequente enfraquecimento das garantias e segurança dos direitos individuais¹⁴³.

O processo civil consentâneo como o Estado Democrático de Direito reclama uma nova visão, uma visão cooperativista, para que as partes também conduzam o processo para a função de realizar em plenitude a eficácia dos seus direitos, sem contudo abrir mão do ativismo moderado, e sobretudo das garantias processuais.

O novo código brasileiro de processo civil (Lei 13.105/2015) parece proporcionar a conciliação entre ativistas e garantistas através do cooperativismo.

Não se trata de um código ativista, como sugere Antônio Claudio da Costa Machado que, p.ex., disse: “Afirmar-se num CPC [...] que juízes apliquem diretamente princípios constitucionais abstratos, como ‘dignidade... proporcionalidade e razoabilidade’ é abrir a porta do Judiciário ao ativismo judicial, à livre criação interpretativa e à completa insegurança jurídica.”¹⁴⁴. Ou Ives Gandra Martins que, dividindo artigo com o primeiro, demonstrou preocupação ao se referir a “entregar aos juízes poderes enormes para a solução dos conflitos, diminuindo perigosamente, em contrapartida, os direitos das partes e dos advogados, o que colocará em grande risco o direito de um justo processo legal [...]”^{145 146}.

Ainda que se admita que, o novo Código de Processo tenha seguido a tendência mundial de reforçar os poderes do juiz na direção

143 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. p. 3.

144 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Proposta para novo CPC é confusa e questionável. *Revista Consultor Jurídico*, 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-31/costa-machado-proposta-cpc-confusa-questionavel>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

145 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Novo CPC retira direitos de advogados e partes. *Revista Consultor Jurídico*, 13 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-13/cpc-poder-juizes-retira-direitos-advogados>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

146 Confira também STRECK, Lênio Luiz. A juristocracia do novo Código de Processo Civil. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

do feito e na atividade de instrução¹⁴⁷, há também garantias de que o Estado-Judicial estimulará e promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; de que deverá haver paridade de tratamento e efetivo contraditório; de que decisões surpresas não serão admitidas; e de que todas as decisões deverão ser fundamentadas. E, talvez o mais importante para a compatibilização entre o garantismo e o ativismo judicial, e também para que o processo produza o resultado que dele se espera, a adoção da visão cooperativista (art. 6º).

O princípio da cooperação reflete a importância da atuação das partes no processo e com o resultado deste. Através da cooperação intersubjetiva o juiz deixa de ser o autor único e solitário de suas decisões que passam a ser fruto de uma atividade conjunta.¹⁴⁸

Importante, ainda, o tratamento dispensado para que as partes encontrem elas próprias a solução para seu litígio, mantendo-se a atual incumbência do juiz de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, mas agora preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (art. 3º, §§ 2º e 3º e arts. 165 e segs.).

É positiva a assunção do papel de mediador ou conciliador por outros profissionais, não ficando reservado ao juiz. A audiência preliminar do art. 331 do Código de Processo Civil, que entrou no sistema em 1994, não teve o impacto esperado por falta de preparo dos juízes para conciliar, por falta de instrução sobre as técnicas de negociação e, não raras vezes, apenas por má vontade, por considerar “perda de tempo”.

Portanto, a profissionalização da atividade de autocomposição é muito bem-vinda.

Outro ponto nevrálgico ao debate, “e nó vital do processo civil, localiza-se quase sempre na prova”¹⁴⁹ e na “repartição de atribuições entre partes e juiz na atividade instrutória”¹⁵⁰.

Para os críticos, o novo código de processo civil ao permitir a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo julgador e sua imposição a uma das partes (art.373, §§ 1º e 2º), facilita a “ocorrência de abusos

147 Afinal, “[...] não há como fazer retroceder o ativismo judicial resultante da evolução social, política e cultural de nossa época, já tornado “chosefaite”, e que realmente pode contribuir para mais acabada realização da tutela jurisdicional”. In: ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. p. 5.

148 “Ora, a ideia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores.” ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. p. 8.

149 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo*. p. 314.

150 *Ibid.*

na aplicação do dispositivo ao caso concreto, podendo gerar decisões solipsistas e muitas vezes arbitrárias do Poder Judiciário brasileiro”¹⁵¹.

Realmente, há uma mudança significativa no processo civil brasileiro sem que, em princípio, haja violação as garantias processuais, mas que, não usado com cautela e prudência, pode sim se tornar pernicioso ao sistema de garantias.

Com a inovação proposta, passa-se de um sistema estático de distribuição do ônus da prova, para um sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova. Isto significa que, o ônus poderá variar conforme aquele que tenha melhores condições para produzir a prova necessária ao deslinde do processo.

Trata-se de medida salutar para garantir um tratamento igualitário aos litigantes.

Enquanto no sistema estático, o papel do juiz fica restrito a uma regra previamente fixada pelo legislador, no dinâmico, o juiz tem uma liberdade condicionada para, segundo as peculiaridades do caso concreto e a aptidão das partes, distribuir o ônus da prova.

Para evitar o risco real do uso inadequado da nova “ferramenta”, a Lei 13.105/2015 prevê um liberdade judicial condicionada, já que a possibilidade de distribuir o ônus da prova, “sem a presença de qualquer critério para a sua imposição a uma das partes, poderá não somente ser um instrumento à disposição do magistrado para suprir certas deficiências do material probatório, mas [realmente] também foco de abuso, decisões arbitrárias e ativistas”¹⁵².

A primeira condição é que a parte a quem cabe o ônus tenha excessiva dificuldade ou impossibilidade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário; a segunda é que a decisão deverá ser bem motivada, inclusive, esta decisão desafiará agravo de instrumento; a terceira é a de que a parte tenha condições de se desincumbir do ônus, ou seja não poderá gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil; e a quarta é que a parte a quem foi atribuído o ônus tenha a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Oportuna a lição de Jose Carlos Barbosa Moreira:

Dos poderes acrescidos, aliás de quaisquer poderes, naturalmente se concebe que os juízes façam uso bom ou mau - ou até (conforme sucede com tanta freqüência em matéria de iniciativas probatórias) que não façam uso algum [...]. Essa é contingência inerente à condição humana, e seria tão frívolo pretender negá-la quanto usá-la como pretexto para

151 BALESTERO. Gabriela Soares. A Inversão do ônus da Prova no Novo CPC e a Discrecionariedade Judicial. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 58, set./dez. 2012, p. 52 [50-57]. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1600/1686>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

152 BALESTERO, op. cit., p. 52.

impugnar a outorga, ou proferir a seu respeito condenação sumária, em nome de eventuais destemperos. Não quer isso dizer, em absoluto, que devamos sujeitar-nos, inermes, aos caprichos de magistrados insensatos. Todo aumento de poder acarreta, necessariamente, um correlato aumento de responsabilidade. Temos de caminhar no sentido da efetiva responsabilização dos juízes pelo exercício incorreto (por falta ou por excesso) dos poderes que a lei processual lhes atribui. É difícil, por exemplo, continuarmos a aceitar com tranquilidade que, anulado um processo em razão de grave error in procedendo, não se obrigue o juiz que o cometeu a ressarcir os danos porventura causados pelo indevido prolongamento do feito, em razão de sua inépcia. Com essa ressalva, o incremento dos poderes judiciais, ao menos em linha de princípio, pode contribuir de maneira significativa para a consecução dos mesmos fins: simplificar e agilizar a marcha dos feitos e facilitar a prestação jurisdicional em prol de mais eficiente preservação de interesses socialmente relevantes. Diríamos até que ele atua, em certa medida, como manifestação capaz de assumir sentido igualitário. [...] Não temos a ingenuidade de supor que seja fácil modificar o mundo com puros instrumentos jurídicos. Se falta a vontade política da mudança, pouco se pode fazer, operando no plano específico do direito. Nem por isso devemos de quedar-nos inertes, ou de encerrar-nos de uma vez por todas na famosa “torre de marfim”, vista por tantos como o retiro inevitável de juristas, e particularmente de processualistas. Reconhecer que o direito não é onipotente de modo nenhum nos obriga a havê-lo por impotente. No processo evolutivo, sua palavra está longe de ser a única, ou a definitiva. É, em todo caso, imprescindível; mais do que isso, insubstituível; e algumas vitórias permitem-nos acreditar que não tem sido, nem será, totalmente inútil.¹⁵³

E mais, contra a pecha de “ativista”, atento a questão da “jurisprudência defensiva”, o Novo Código de Processo Civil procura positivar algumas soluções “a imposição de requisitos rigorosos à análise de recursos constitucionais, tais como a necessária ratificação dos recursos interpostos antes dos Embargos de Declaração, o formalismo no preenchimento de guias de preparo recursal e a impossibilidade de se corrigirem vícios perfeitamente sanáveis”¹⁵⁴.

Assim, por exemplo, a interposição prematura, antes da publicação do acórdão, não impede, por si só, o recebimento do recurso¹⁵⁵. Nada

153 BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 78, p. 133-144, Abr.1995. p. 139, 140 e 142.

154 ALVIM NETTO. José Manoel de Arruda. STF ruma para flexibilização da jurisprudência defensiva. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-15/arruda-alvim-supremo-rumo-flexibilizacao-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

155 Art. 218, § 4º.

é capaz de justificar o sacrifício do direito substancial do recorrente diligente, que age para contribuir com a celeridade do processo.

Outro exemplo é a dispensa da ratificação do recurso interposto antes da oposição dos embargos de declaração¹⁵⁶, desde que o órgão julgador não altere a conclusão da decisão¹⁵⁷.

Enfim, acredita-se que o novo código de processo civil demonstra que é possível conciliar o ativismo e o garantismo, ao positivar preocupação com as garantias dos jurisdicionados e, sobretudo, com o princípios da colaboração entre as partes e o juiz, bem como com o princípio da autocomposição, o que traz segurança contra eventuais autoritarismos.

Mas, se funcionará?

Somente a prática dirá. Afinal, não existem “fórmulas mágicas”, como bem assevera Barbosa Moreira.¹⁵⁸

Mas, sem dúvida, a ideia de cooperação, propagada por Carlos Alberto Alvarode Oliveira, e a concepção proposta no novo Código de Processo Civil brasileiro, é o melhor caminho para a busca de um ponto de equilíbrio entre um juiz ativo, o garantismo e o caráter isonômico e democrático do processo, já que impõe o fortalecimento dos poderes das partes, assegurando-lhes uma participação mais ativa e leal no processo de construção da decisão.

4 CONCLUSÃO

O homem como ser pensante, desde o seu aparecimento, busca respostas para resolver seus problemas. E o Direito não foge a esta perspectiva enquanto mecanismo necessário de sobrevivência da vida em sociedade.

O direito existe para se realizar conforme os valores sedimentados na sociedade, em determinada época, e que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado. E, especialmente, no Constitucionalismo, os (valores) de conteúdo constitucional.

Pragmático seria se estes valores permanecessem estáticos.

156 “PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração é intempestivo, devendo ser reiterado no prazo recursal. Agravo regimental não provido”. (AgRg nos EREsp 755.271/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/06/2010, DJe 10/08/2010) e Súmula 418 do STJ.

157 Art. 1.024, §§ 4º e 5º.

158 “A verdade é que simplesmente não existe fórmula de validade universal para resolver por inteiro a equação. Temos de combinar estratégias e táticas, pondo de lado o receio de parecermos incoerentes se, para enfermidades de diferente diagnóstico, experimentarmos remédios também diferenciados. Nenhuma ‘revolução’ puramente processual é suscetível, por si só, de produzir, na estrutura jurídico-social, modificações definitivas. Com reconhecê-lo, porém, não se exonera o processualista, comprometido com os valores que acima sucintamente se apontaram, do dever de colaborar, no campo de sua especialidade, para a respectiva promoção. E semelhante tarefa naturalmente se desenvolverá em dupla perspectiva: de lege lata, pela análise do ordenamento vigente, com o propósito de revelar-lhe o perfil, do ponto de vista indicado, pondo em realce, sempre que caiba, potencialidades mal exploradas pela exegese tradicional; de lege ferenda, mediante a apreciação crítica das normas em vigor e o oferecimento de sugestões de reforma.” A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo, p. 140.

Porém, como a sociedade, e em decorrência dela, os valores sofrem um processo gradual de transformação ao longo do tempo, exigindo-se novas soluções modelares para a resolução de antigos problemas não resolvidos ou para os novos dilemas.

Então, torna-se também necessário o desenvolvimento, aperfeiçoamento e criação dos meios para que o direito se efetive diante de uma nova sociedade com antigos e novos conflitos, pois não são raras às vezes em que o direito não se cumpre espontaneamente.

Neste cenário, o direito processual vem evoluindo, conforme as tendências políticas e filosóficas, e a própria concepção do escopo do processo variou, segundo a orientação política do Estado. Foi assim no Estado Liberal, no Estado Social e, agora, no Estado Democrático de Direito.

Diante do Estado Liberal, foi atribuído principalmente às partes a direção do processo, assumindo o juiz uma postura neutra de mero espectador, pois o processo se limitava a resolver conflitos privados.

No Estado Social a finalidade processual se amplia para incluir uma função pública-social, que passa a demandar um juiz ativo. O papel das partes encolhe, e o juiz se torna protagonista no processo.

No Estado Democrático de Direito, comprometido com a preservação e promoção dos direitos fundamentais, parece que esta perspectiva não só se mantém, como vem sendo reforçada por diversas reformas ao redor do mundo, inclusive, em países com processos claramente liberais.

Essa corrente para reforçar o protagonismo judicial no processo, está sendo questionada pela contracorrente dos denominados garantistas, neoprivatistas ou revisionistas. Como já se disse, embora não seja admissível retomar concepções processuais do Estado Liberal, o debate entre ativismo e garantismo põe em destaque o fato de que esta “fórmula” de protagonizar o juiz entre detrimento da partes, talvez não seja consentânea com o Estado Democrático de Direito.

E, realmente, não é.

No atual paradigma, o processo é um direito-garantia fundamental validador e disciplinador da jurisdição que, inserido no Estado Democrático de Direito, impõe a participação efetiva das partes na preparação do provimento final (construção democrática do direito) ao lado do juiz, e não abaixo dele.

O equívoco nesse “duelo” é tentar apontar um único caminho para que haja um processo justo e efetivo.

É errado, parafraseando um expressão religiosa (“Deus Proverá”), e com todo o respeito, acreditar que serão somente as partes que proverão, e muito menos que somente o juiz proverá. Não existe um caminho pronto, mas uma caminho a se construir em regime de cooperação entre as partes.

Neste sentido, o projeto do novo Código de Processo Civil anda bem, pois, sem ser exclusivamente ativista ou garantista, assenta-se no princípio da cooperação. Estabelecendo uma perspectiva de que o conflito

se resolve primeiro pela autoconstituição, depois pela cooperação, e na ausência de resultados, pela postura ativa do juiz. Afinal, a jurisdição tem que cumprir seu papel quando não existe cooperação da(s) parte(s) na resolução da demanda.

Enfim, a cooperação é o melhor caminho para construção de um processo justo, democrático e efetivo.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO. José Manoel de Arruda. STF rumo para flexibilização da jurisprudência defensiva. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-15/arruda-alvim-supremorumo-flexibilizacao-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, n.17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em:<[http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009HUMBERTO%20AVILA .pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009HUMBERTO%20AVILA.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2013.

BALESTERO. Gabriela Soares. A Inversão do ônus da Prova no Novo CPC e a Discricionariedade Judicial. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 58, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1600/1686>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, jan. 1985.

_____. Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, jul. 2004.

_____. Duelo e Processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 112, out. 2003.

_____. Efetividade do Processo e Técnica Processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, jan. 1995.

_____. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, abr. 2001.

_____. O Neoprivatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, abr. 2005.

_____. Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 78, abr. 1995.

BARROS, Humberto Gomes de. *Gomes de Barros: STJ precisa resgatar identidade e ser o fiador da segurança jurídica*. STJ, abr. 2008. Disponível em: <<http://>

www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87058>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Especialista Traça Histórico do Direito Constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>>. Acesso em: 22 out. 2013.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 54, 2001. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/783251/DLFE47041.pdf/Revista54Doutrina_g_47_a_78.pdf>. Acesso em: 22 out. 2013.

_____. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. Atualidades Jurídicas, *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, n. 4, p. 1-29, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 108181/RS*. Relator(a): Min. Luiz Fux, Brasília, DF, Julgamento: 21 ago. 2012. DJE-176 de 6 set. 2012

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, n. 6, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/59/64>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

_____. Protagonismo Judiciário Responsável. *Revista Argumenta*, n. 16, p. 83-97, 2012. Disponível em: <seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/215/214>. Acesso em: 24 set. 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, jul. dez. 1998.

_____. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, 2003.

_____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, maio 1999.

_____. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/forum/view.php?id=244>>. Acesso em: 15 maio 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 209, jul. 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. 1, Bahia: Juspodivm, 2009.

_____. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Academia.edu. Disponível em: <http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 26 out. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DONIZETTI, Elpídio. *Um novo CPC: Análise das principais inovações do projeto de Lei do Senado n. 166/2010*. Disponível em: <<http://www.editoraatlas.com.br/elpidiodonizetti/index.aspx>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio; PRATES, Marília Zanella. *Protagonismo judicial: inevitabilidade e perigos*. III Mostra de Pesquisada Pós-Graduação PUCRS, 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/online/III Mostra/Direito/61931%20%20MARILIA%20ZANELLA%20PRATES.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

FERRAZ, Adilson Silva. A Teoria da Argumentação Jurídica como controle de racionalidade: breves considerações acerca de sua viabilidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.19, ago. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Adilson_Ferraz.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FRITZ, Samuel de Oliveira. O direito de Ação: Evolução do Estado Liberal para o Atual Estado Democrático de Direito. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*, v. 2, n. 6, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/59-v2-n-6-junho-de-2012/201-o-direito-de-acao-evolucao-do-estado-liberal-para-o-atual-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro. *et al. Cândido Rangel Dinamarco e a Instrumentalidade do Processo (Uma Entrevista)*. Cadernos de Direito GV. São Paulo, v.7, n.4, jul. 2010. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7850. Acesso em: 15 set. 2013.

GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Direito de Ação*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo, v. 2, out. 2011.

_____. *Os Fundamentos da Justiça Conciliativa*. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_ADA%20PELLE.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013.

GUEDES, Jefferson Carús; ROCHA, Pires Eliana. Direitos Fundamentais e Processo Civil no Brasil: algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais. *Revista da AGU*, Brasília, n. 25, jul./set. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUNOY, Joan Picó I. El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Cuestiones Jurídicas*, v. 6, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/El%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>>. Acesso: 20 jan. 2014.

KUHN, Thomas. S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-institucionalista*. Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*, v.2, n.4, abr. 2012. Disponível em: <www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/57-v2-n4-abril-de-2012/190-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo>. Acesso em: 11 nov. 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. v. 1, Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Forense.

LIMA, George Marmelstein. *Direitos Fundamentais: Retrospectiva 2007 – Perspectivas 2008*. Disponível em: <<http://georgemlima.blogspot.com.br/2008/01/capitulo-1-teoria-dos-direitos.html>>. Acesso em: 26 out. 2013.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, out./dez. 2011.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Novo CPC retrocede quanto a decisões probatórias. *Revista Consultor Jurídico*, 15 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-15/costa-machado-cpc-elimina-agravo-indeferimento-provas>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

_____. Proposta para novo CPC é confusa e questionável. *Revista Consultor Jurídico*, 31 maio de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-31/costa-machado-proposta-cpc-confusa-questionavel>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Novo CPC retira direitos de advogados e partes. *Revista Consultor Jurídico*, 13 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-13/cpc-poder-juizes-retira-direitos-advogados>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

MAIA FILHO, Paulo Américo. Os Descaminhos da Instrumentalidade Trabalhista. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 181, mar. 2010.

MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/13221>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Processo Justo. *Revista Magister de Direito Cível e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 45, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164953.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2013.

MITIDIERO, Daniel. Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n.1, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/29621/003mitidiero.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Da Natureza Jurídica do Processo Penal Epistemologicamente Adequada à Concepção Democrática do Estado de Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e Tutela Jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 836.

_____. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 44, n. 1, 2003. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate. RAMOS. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 2788, fev. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18526>. Acesso em: 30 jun. 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar o Cânone Democrático. Organizador Boaventura de Souza Santos. *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <[http://pt.scribd.com/doc/73066241/04-O-Neoconstitucionalismo-No-Brasil-riscos-e-Possibilidades-Daniel Sarmento](http://pt.scribd.com/doc/73066241/04-O-Neoconstitucionalismo-No-Brasil-riscos-e-Possibilidades-Daniel-Sarmento)>. Acesso em: 23 out. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. A juristocracia do novo Código de Processo Civil. *Revista Consultor Jurídico*, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

THIBAU, Vinícius Lott. *Os Paradigmas Jurídico-Constitucionais e a Interpretação do Direito*. Meritum, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/787/0>>. Acesso em: 11 jun. 2013.