

Expectativas em torno do Novo CPC

Entre o ativismo judicial e o garantismo processual[1]

Glauco Gumerato Ramos

I.

Falar em “justiça”, “justiça civil”, “justiça penal”, “processo justo” e outras coisas do gênero, acaba por dissimular uma orientação solipsista-autoritária no vislumbre e na concretização do fenômeno processual, civil ou penal. Explico: é uma ilusão supor que no plano epistemológico o direito e o processo trabalhem com a ideia de “justiça”. Mas não é só. Quando se diz que “a Justiça no país está congestionada pelo acúmulo de processos”, a ideia de “Justiça” é aí utilizada no plano semiótico-pragmático como sinônimo de Poder Judiciário. Aqui, se alevanta um paralogismo: a (falsa) ideia de que ao Judiciário e aos seus juízes cabe fazer “justiça”. Nada contra aos que assim pensam. Somos constitucionalmente livres para pensar. Mas a observação da realidade nos releva a implosão da premissa.

O Direito - fruto do imperfeito racionalismo humano, e não da perfeição que é própria da divindade - tem dois atributos empíricos que justificam a sua razão de ser: i) estabelecer vinculatividade nas relações intersubjetivas; ii) proporcionar segurança jurídica.

A “justiça”, ainda que possa sugerir algo eticamente “para o bem”, no fundo reflete um sentimento pessoal-idiossincrático-subjetivo que nos acomete diante de uma determinada situação. Quando vemos nos noticiários que políticos ditos corruptos, motoristas supostamente irresponsáveis causadores de acidentes no trânsito, sujeitos acusados de hediondez em geral, foram levados ao Poder Judiciário para submeter-se ao devido processo, imediatamente muitos afirmam com soberba convicção: - “nada mais quero além de que seja feita a justiça!”. Sem que se dê conta, atitudes como essa revelam que o que de fato se quer é transferir ao Poder Judiciário o sentimento humano de vingança, já que a “justiça”, como sentimento intrínseco ao espírito, evidentemente varia a depender de quem a sente. Se existe algo que devasta a segurança jurídica que o Direito existe para proporcionar é exatamente o sentimento intrínseco de “justiça” que afeta a racionalidade que deve orientar a decisão judicial. De resto, não há nada mais antidemocrático e antirrepublicano - posto que autoritário - do que pronunciamentos jurisdicionais determinados pelo sentimento de “justiça” (=justiça-vingança; justiça-equidade; justiça-retribuição etc).

De minha parte devo dizer que diuturnamente busco mostrar aos moços de quem sou preceptor na Faculdade de Direito essa realidade das coisas. Não os iludo ensinando-os que seria papel do direito e do processo jurisdicional que o concretiza fazer “justiça” nas relações sociais, onde o juiz seria uma espécie de herói a surgir de capa-e-espada, a quem caberia redimir todos os males que contaminam o tecido social posto que age em nome da “justiça”, do “processo justo”, do “bem comum”, da “paz social”.

A dogmática processualcivilística tradicional, altamente propensa a pensar o processo jurisdicional mais pela ótica do Poder (=jurisdição) e menos pela ótica da Garantia (=processo)[2], é permeada por um discurso metajurídico legitimador da realização de “justiça” através do processo. Isso fomenta o malsinado ativismo

judicial que afeta o paradigma no qual está radicado o modelo semântico-constitucional[3] de processo, indiscutivelmente projetado para viabilizar o garantismo processual decorrente do arquétipo republicano a que estamos submetidos por força do pacto assemblear-constituente-originário.

Penso que seja de rigor que nós, processualistas, conscientizemo-nos de uma vez por todas que direito é direito e que ética é ética, cujos esquemas de organização e funcionamento nem sempre se intercambiam e/ou se relacionam. É recomendável - não se nega isso - que as regras jurídicas estabelecidas pelo legislador democrático correspondam aos postulados éticos da sociedade para a qual são criadas. Isso acontecendo, maiores serão as chances de o Direito que daí resulta também representar, por via reflexa, os postulados éticos inspiradores das regras jurídicas que lhe deram origem. Mas ainda assim o respectivo fenômeno (=Direito que reflete postulados éticos) será mais uma “coincidência” do que propriamente uma “consequência natural” de um dever ser. Se determinada Lei é eticamente “boa” ou “ruim” na visão desta ou daquela pessoa física titular do poder jurisdicional, isso não lhe permite subverter o estabelecido pelo legislador democrático para, ao fim e ao cabo, fazer valer a própria orientação ética quando do proceder e do julgar no curso do processo.

II.

Trago comigo a diretriz principiológica extraída da experiência e da racionalidade que mostra que as ocorrências de grande dimensão social, política, econômica, jurídica etc, nunca serão exclusivamente boas ou excessivamente ruins. Sempre haverá os dois lados: o bom e o ruim, revelando uma espécie de maniqueísmo-sociológico capaz de redirecionar condutas muitas vezes já estabilizadas pela inércia. Foi assim após o naufrágio do Titanic, no Mar do Norte, na década de 10 do século XX, onde foram radicalmente mudadas, para melhor, algumas regras que regiam a construção de transatlânticos. Recentemente, em março de 2015, após o desastre aéreo nos Alpes franceses do voo que seguia Barcelona-Dusseldorf, acusou-se o copiloto de ter se trancado na cabine do avião e de ter provocado sua queda num momento em que o comandante teria se ausentado. Imediatamente após essa revelação, passou-se a anunciar que várias Companhias áreas estavam declarando que seria alterada a regra que permite ao piloto ou ao copiloto se ausentar da cabine, deixando-a com apenas um condutor. Ou seja: são ocorrências de grande dimensão que provocam uma adaptação para melhor nas regras de regência da respectiva atividade.

Algo parecido passa com os grandes esquemas legislativos, como um grande código, por exemplo. Aqui, especificamente me refiro ao novo CPC, Lei nº 13.105, de 17 de março de 2015. É evidente que o novo regramento processual civil não é exclusivamente bom ou excessivamente ruim. Não é panaceia, como também não é o colapso de tudo. Afirmam os artífices do projeto de lei que o antecedeu, que além de ter sido positivado sob um regime democrático - ao contrário do que se passou com o Código Buzaid[4] -, o novo CPC também foi fruto de um amplo debate democrático, já que juristas em geral, processualistas em especial, setores dos mais diversos da sociedade civil, puderam opinar para dar o seu pitaco. Se as sugestões foram aceitas ou não, isso é outro tema. Mas o fato é que a possibilidade de sugerir as mais diversas alterações ao projeto originário realmente existiu. Não se nega isso. Mas entre um amplo debate democrático, e um CPC de viés efetivamente democrático - e republicano, claro! - em todas as suas várias e multifacetadas dimensões, há uma distância generosamente larga que a realidade posta não é capaz ocultar. Alguns me dirão - e já me disseram - “que é muito

difícil uma mudança de paradigma na maneira como as autoridades conduzem o processo jurisdicional”. Daí eu pergunto: “para que então fazer um ‘novo’ CPC”? Esse dilema me faz lembrar Giuseppe Tomasi di Lampedusa: “Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi”. Num só golpe: seria uma espécie de gattopardismo processual.[5]

Por isso não é unânime entre os processualistas civis brasileiros a adesão ao chamado “novo CPC”, seja quanto à conveniência, seja quanto ao conteúdo[6]. O fato, rigorosamente não impressiona. Como toda e qualquer questão da vida, as grandes movimentações legislativas também são capazes de dividir opiniões, posto que a dimensão multifacetada das ideias que compõem e integram o ambiente social projeta as inclinações humanas para direções diversas, algo, em suma, demasiadamente normal.

Mas um fato que particularmente me chama a atenção é a euforia de alguns setores da doutrina processualcivilística que revela uma aparente ingenuidade juvenil, que procura fazer crer que o novo CPC fará uma revolução na estrutura da chamada “justiça civil” do país, com um processo mais célere, mais efetivo, mais justo, com pessoas mais felizes, e outras tantas palavras motivacionais de incentivo e de esperança que parecem ignorar a experiência daqueles que militam e estudam sobre as coisas do foro cível brasileiro, em qualquer de suas instâncias.

Rigorosamente é como se ignorassem que desde 1994 - portanto, há mais de duas décadas - o CPC Buzaid foi sendo reformado, reformado, reformado por inúmeras leis que também tiveram a missão de “viabilizar a celeridade processual”[7], com o “enaltecimento do poder do juiz e/ou do relator” para, com isso, proporcionar a todos um processo “justo” e “efetivo”. Ou seja: reformou-se fomentando o hipertrofismo da autoridade, mas sem que isso trouxesse os resultados esperados. Todos sabemos que a experiência ficou aquém do almejado pelos artífices da reforma do CPC. Tanto é que agora mudar-se-á novamente, só que desta vez a fúria legiferante não se contentou em apenas reformar. Encontrou ambiente político para a aprovação de um novo código, um “novo” CPC, radicado no mesmo paradigma epistemológico de seu antecessor.

III.

Fazer torcida contra a realidade posta seria desbragada tolice. Em essência, contraproducente. Afinal de contas o novo CPC está aí e a partir dele teremos o regramento geral do processo civil. Mas certas coisas devem ser ditas para que se possa bem avaliar a dimensão da Lei processual geral que temos e a que estaremos submetidos tão logo cessada a vacatio legis de 1 (um) ano (NCPC, art. 1.045). Em suma: é de se perguntar o que efetivamente há de novo no “novo” CPC.

Quando se faz essa pergunta e se arrosta analiticamente a lei que partirá e a lei que virá, salta aos olhos que estamos diante: i) de uma nova numeração topográfico-legal de artigos que já existiam, ii) de um amontoado de enunciados prescritivos redacionalmente repetidos e/ou reescritos com equivalente conteúdo, iii) da inclusão de uma ou outra técnica procedimental (=ex.: incidente de resolução de demandas repetitivas; NCPC, art. 976 e ss), iv) da supressão de técnicas procedimentais (=ex.: reconvenção em peça autônoma, será deduzida na peça contestatória; NCPC, art. 343, caput), v) da redução das hipóteses de intervenção de terceiros (=ex.: não mais existirão a nomeação à autoria e a oposição; NCPC, art. 119 e ss), vi) da adoção da técnica instrutória da direct examination; NCPC, art. 459, caput), vii) da advertência legal para que o juiz faça

aquilo que sempre deveria ter feito (=ex.: dever de fundamentar as decisões; NCPC, art. 489, § 1º, inc.), viii) de alguma alteração/supressão de técnicas ligadas ao procedimento recursal (=ex.: prazo de interposição comum de 15 dias; NCPC, art. 1.003, § 5º; supressão dos embargos infringentes), ix) da adoção de técnica voltada à harmonização da jurisprudência - positivamente- posta a serviço da segurança jurídica (=ex.: o já mencionado incidente de resolução de demandas repetitivas, NCPC, art. 976 e ss), e assim por diante.

São mudanças cosméticas que retocam o que já se tem e/ou que determinam o que já era para ser do modo que legislativamente agora se propõe. Afinal, não parece que seria necessário dizer aos juizes que a uniformidade-integridade da jurisprudência deve orientar o rumo das decisões judiciais, ou mesmo que suas decisões devem ser fundamentadas. Valores constitucionais que determinam o modo de ser do processo já nos advertem sobre como devemos operar essa atividade complexa regida pela ampla defesa, pelo contraditório e pelos recursos que lhe são próprios, ainda mais se tivermos em conta que o quadrante esquemático onde funcionam essas engrenagens é caráter republicano.

Enquanto arquétipo, enquanto estrutura de funcionamento democrático e republicano voltada a acomodar a ação (=liberdade), o processo(=garantia) e a jurisdição (=poder), o novo CPC segue fundado no mesmo paradigma de autoridade - leia-se: de protagonismo judicial - do seu antecessor, igualmente esqualido em acusatoriedade, o que de resto é uma fraqueza que jamais poderia “alquebrar as pernas” do processo jurisdicional, posto que garantia constitucional em prol do indivíduo e da sociedade.

Foi louvável o esforço e o empenho da plêiade de processualistas civis que pessoalmente se empenhou na construção legislativa desse novo CPC. Quantas não foram as idas e vindas de Brasília, com sacrifício patrimonial próprio, para que esses bem aventurados processualistas - homens e mulheres - pudessem, cada um dentro dos limites da própria magnitude intelectual, depositar o seu tijolo na construção do projeto de lei que posteriormente se converteu no novo CPC. Conheço a maioria deles e sei da boa-fé intelectual que os moveu. Mas a minha impressão pessoal - e digo “minha” apesar de saber que são várias as opiniões que convergem ao mesmíssimo sentido - é de que se perdeu a oportunidade de verdadeiramente criar um “novo” CPC, não apenas novo porque “nova” é a Lei que o regerá, mas “novo” por refundar o paradigma ideológico do processo jurisdicional civil que praticamos e das respectivas técnicas processuais daí advindas.

Francamente não creio que seja digno de ser cognominado de “novo” um CPC: i) que segue autorizando ao juiz deferir tutela de urgência inaudita altera parte quando a Constituição da República exige contraditório prévio[8] para o exercício do poder jurisdicional; ii) que segue permitindo que o mesmo juiz pessoa física defira tutela de urgência, presida o procedimento instrutório e, por fim, profira sentença, quando a Constituição exige imparcialidade[9]; iii) que segue autorizando o juiz a exercer poderes instrutórios de ofício quando a Constituição exige imparcialidade no exercício da jurisdição[10]-[11]; iv) que segue estabelecendo a técnica inquisitiva da prevenção no procedimento recursal, fazendo com que o juiz “prevento” torne-se uma espécie de “sábio-senhor” sobre o qual o código deposita a fé de que resolverá aquele caso concreto da melhor, mais imparcial e mais “justa” maneira possível; v) que inova por sobre a dispositividade (=liberdade) determinante ao exercício da ação e ao desenvolvimento do processo, ao dar ao juiz uma espécie de “varinha de condão”

que lhe permite transformar em coisa julgada uma questão incidente sem que sobre ela tenha havido pedido (NCPC, art. 503, § 1º).

Enfim, são apenas alguns exemplos de como no plano do processo jurisdicional a opção infraconstitucional-legislativa continua se orientando por postulados historicamente oxidados da Teoria Geral do Processo[12], que valorizam sobremaneira a jurisdição e que parecem ignorar solenemente a ordem constitucional vigente. Vale dizer, no plano analítico seguiremos tendo um processo civil a serviço do ativismo judicial que faz - ou pretende fazer - da jurisdição um pretenso caminho de “melhora do mundo”, através da busca da “verdade” para a realização da “justiça”, numa dinâmica de atuação que viabiliza ao Poder Judiciário resolver as questões que lhe são apresentadas pelo processo civil de maneira dirigista, e não garantista, quanto aos interesses dos terceiros (=indivíduo e sociedade) para o qual foi chamado a resolver.

Uma vez mais parece que se ignora que o Judiciário, através do processo jurisdicional, e diferentemente do que ocorre com o Executivo, não resolve em prol dos interesses do Estado macroscopicamente considerado, mas, sim, sobre interesses alheios à função que lhe é própria. Logo, a ideia de “escopos do processo” vislumbrados em perspectiva estatal (=ex parte principis) é forma de dirigismo incompatível com a liberdade viabilizada pela Constituição. Em miúdos: o Poder Judiciário não resolve para si, ou para algum interesse político seu, enquanto poder estatal; o faz, ainda que como poder estatal, sempre mediante o instar do autor da ação e para resolver o problema que este lhe propõe, e nos limites em que lhe fora proposto.

IV.

Aos poucos a processualcivílica brasileira vem se inteirando e deixando de ignorar o debate que a doutrina internacional há algum tempo vem estimulando em torno do ativismo judicial e do garantismo processual[13]. Sem dúvida, duas formas opostas de vislumbrar os fenômenos decorrentes do processo e que seguramente estão radicadas em paradigmas ideológicos diversos, cujo problema, mais do que meramente ideológico, acaba por mostrar importantes reflexos de ordem técnico-processual. Não me desfiz da crença de que ativistas e garantistas pretendem uma melhora geral dos resultados obtidos através do processo jurisdicional. Não obstante, cada qual por caminhos diferentes. Daí surge o viés ideológico da celeuma entre uma e outra dessas correntes do pensamento processual.[14]

Utilizando-me de termos linguísticos que viabilizam a compreensão pragmática do que pretendo dizer, afirmo que os ativistas querem que o processo sirva para a atuação solipsista do juiz voltada a ministrar “justiça” no caso concreto, que será atingida se fizer “justiça social” (=ativismo socialista) ou se fizer a “justiça” que atenda aos interesses gerais pretendidos pelo direito objetivo derivado da vontade do Estado (=ativismo fascista)[15]. Para os garantistas, a “justiça” é feita quando são respeitadas as garantias constitucionais decorrentes da ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade, da legalidade, da motivação das decisões, da separação dos poderes e assim por diante. Nestes singelos arremedos de tentativa de sugerir porosos conceitos para que se identifique de partida uma ou outra dessas concepções que moldam o pensamento dogmático processual, de imediato se observa a forte carga ideológica que por ventura possa estar dissimulada em cada uma dessas concepções. É por isso que o ativismo judicial, por exemplo, permite: i) que o juiz defira tutela antecipada inaudita

altera parte, ii) que o juiz tenha poderes instrutórios de ofício amplos, iii) que o juiz preventivo siga tendo o controle do processo para ao final resolvê-lo etc. Do mesmo modo que, também por conta de parâmetros ideológicos, o garantismo processual, por exemplo: i) não aceita tutela de urgência sem o contraditório prévio, ii) não aceita que o juiz tenha poderes instrutórios de ofício por que isso lhe afeta a imparcialidade e lhe retira da imparcialidade, iii) não aceita que o processo gire como uma espécie de turbilhão decorrente da força centrípeta-inquisitiva que atrai todas as resoluções incidentais e finais para as mãos do onipotente juiz preventivo. Nota-se, portanto, que o ativismo potencializa a jurisdição e com isso reforça a autoridade do poder estatal. Por sua vez, o garantismo se serve do processo para que, somente a partir dele, o poder jurisdicional possa ser concretizado de maneira legítima, democrática e republicana, o que naturalmente acontecerá conforme forem sendo cumpridas as etapas procedimentais garantidoras das regras constitucionalmente previstas para tal fim.

Mas o fato é que muito além das questões ideológicas que porventura se escondem ou se revelam nos discursos dogmáticos antagônicos entre ativistas e garantistas, estão as questões técnicas que atingem o processo jurisdicional visto por cada uma dessas duas correntes de pensamento.

Independentemente da ideologia que possa dissimular/enaltecer este ou aquele discurso ativista ou garantista, existem regras previstas na Constituição que determinam a forma de ser do processo, posto que fenômeno jurídico a ser pensado e operado sobre as bases dos principais atributos das coisas que ao Direito pertencem: i) vinculatividade das relações intersubjetivas, ii) segurança jurídica. A técnica de funcionamento do processo jurisdicional não pode ficar à mercê de gatilhos ideológico-solipsistas divorciados dos parâmetros constitucionais que forjam o modelo semântico de processo. Se o processo jurisdicional é garantia, e não meio para o exercício arbitrário da jurisdição, como é que poderia haver espaço ao justicialismo redentor fomentado/praticado pelo ativismo judicial em todas as instâncias do Poder Judiciário?!

É importante que se tenha presente que eventuais disputas ideológicas entre ativistas e garantistas não revelam a exata dimensão do problema que lhe subjaz e que está radicado na técnica procedimental de desenvolvimento do processo. Ora, se o processo tem seu standard de funcionamento previsto na Constituição, e se esta é nitidamente de recorte republicano e democrático, é rigorosamente irracional e inconcebível que se atue no procedimento com técnicas que desprezem as regras constitucionais. Processo jurisdicional onde o juiz esteja pragmaticamente autorizado a proceder e a decidir, incidental ou definitivamente, sem que paute sua conduta nas diretrizes vinculativas que a ordem constitucional estabelece para o exercício do poder, é um processo nitidamente contrário ao que está previsto na Constituição. No ambiente do processo, não é lícito ou legítimo à autoridade judicial proceder de forma ativista, ainda que sua visão ideológica de mundo lhe diga que deva atuar de modo a realizar “justiça” no caso concreto. Ambiente técnico voltado para a observância da ampla defesa, do contraditório e das demais garantias inferidas da cláusula do due process of law, o processo jurisdicional não se compadece com investidas arbitrárias da jurisdição, ainda que o sentimento idiossincrático de “justiça” deixe o juiz genuflexo diante da tentação de justificar o caso concreto. Jurisdição é exercício de poder democrático e republicano vinculado, não fazendo parte de seus atributos a possibilidade de escolha (=discricionariedade), algo próprio dos poderes Executivo e Legislativo

cujos representantes foram devidamente ungidos pelo sufrágio popular para “escolher” em nome daqueles que os elegeram.

Portanto, ainda que no plano ideológico seja possível sustentar-justificar posturas ativistas e garantistas, cada uma delas fundadas nos paradigmas que lhe são próprios, no plano dogmático da técnica processual a racionalidade afasta, em definitivo, o discurso metajurídico que procura justificar o ativismo judicial. Daí avulta o garantismo processual, posto que consequência daquilo que a Constituição nos estabelece. Entenda-se o ponto: ativistas e garantistas podem pensar conforme as próprias inclinações ideológicas e respectivo eruditismo dogmático. Sem embargo, quando se salta do plano das ideais para o plano da realidade, o racionalismo decorrente do ambiente constitucional-republicano-democrático a que estamos submetidos determinará o logos do funcionamento técnico do processo (=garantia) e da jurisdição (=poder). A partir daí não haverá espaço para escolha(s) subjetivo-idiossincrática(s) no atuar da autoridade, salvo nas hipóteses expressamente autorizadas pelo legislador e devidamente precedidas da necessária fundamentação (=v.g.: fixação de honorários advocatícios na sentença e fixação do quantum em condenação por danos morais).

Em miúdos: o problema do debate entre o ativismo judicial e o garantismo processual vai muito além dos topoi ideológicos que comumente marcam os respectivos discursos. A raiz do debate deve ser buscada nas consequências de ordem técnica que as posturas ativistas e garantistas acarretam ao dia-a-dia do processo jurisdicional, ou seja, se os respectivos procedimentos pragmáticos seriam, ou não, verticalmente compatíveis com a racionalidade do paradigma republicano-democrático da Constituição. Detalhe: que se tenha presente o fato de que se algo ocorre “na prática” do dia-a-dia do processo, isso não significa que o respectivo “proceder” seja tecnicamente compatível com a racionalidade constitucional. Tampouco o argumento retórico no sentido de que “assim se faz por que assim está previsto no CPC”, o que pode ocorrer mesmo quando a previsão legal afronte a racionalidade da regra constitucional, poderá servir de motivo determinante para se concluir que o que se faz na “prática” seja correto tecnicamente.

V.

Como dito acima, fazer torcida contra a realidade posta seria desbragada tolice. Por outro lado, exagerar na torcida por algo ainda inerte, quando muito incipiente, seria o triunfo da crença sobre a experiência. Portanto, ainda não há nada o que se comemorar no que diz respeito ao novo CPC, rigorosamente nada. Mas diante da nova realidade que será inaugurada a partir de segunda metade do mês de março de 2016, tão logo vencida a *vacatio legis* imposta pela Lei 13.105/2015, não se poderá deixar passar em branco o fato de que no plano analítico estaremos, sim, diante de um novo regramento legal, de um novo CPC, portanto.

A carga emblemática que um evento como esse pode ter na realidade é algo sintomático. Afinal de contas, as grandes ocorrências do mundo da vida nunca serão exclusivamente boas ou excessivamente ruins. A partir da entrada em vigor no “novo” CPC, tornar-se-á possível a formação dogmática de uma processualcivilística verdadeiramente comprometida com as regras constitucionais que formam o modelo semântico de processo jurisdicional, viabilizando que se pense, atue, concretize e se compatibilize esse modelo semântico ao modelo pragmático do processo que praticamos. É dizer: uma processualcivilística comprometida com o garantismo processual. Assim agindo, a competente doutrina

brasileira estará colaborando para que possamos seguir na crença de que, realmente, teremos um novo CPC, não apenas fruto de um projeto de lei gerado do debate democrático, como alardeiam os seus artífices, mas acima de tudo democrático - e republicano, claro! - na maneira de ser pensado, operado e concretizado, viabilizando que o direito produzido a partir de suas regras seja o resultado do equilíbrio constitucional e contínuo da liberdade (=ação), da garantia (=processo) e do poder (=jurisdição), e jamais a consequência irracional da arbitrariedade fomentada pelo sentimento subjetivo-idiossincrático de “justiça” que possa conduzir ativamente o proceder e o decidir realizados a partir da autoridade.

Não tenho dúvida de que uma das dimensões positivas (=boas) da vinda do novo CPC é que, por mais uma vez, nos está sendo dada a chance de operarmos com suas regras dentro do marco constitucional republicano e democrático da atualidade, e isso passa pelo garantismo processual.

Luigi Ferrajoli é um importante teórico do garantismo jurídico ainda que suas ideias tenham versado de maneira mais pormenorizada sobre as coisas das ciências penais. Mas o fato é que suas profundas reflexões também podem servir para dar suporte às especulações sobre o garantismo processual, civil ou penal.

Ferrajoli propõem três significados à ideia de garantismo. O primeiro designa um modelo normativo de Direito baseado na estrita legalidade, algo próprio do Estado de Direito; o segundo designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” onde aparecem separados o “ser” (=jurídico) do “dever ser” (=moral) no Direito; o terceiro significado tem o garantismo como filosofia política baseada na doutrina laica de repartição entre “direito” e “moral”, assim como entre “validade” e “justiça”. [16]

Em síntese de simplificação, e confessadamente sob inspiração dessa tríplice divisão efetuado pelo mestre italiano, proponho as três dimensões do garantismo processual de forma coerente com o que até aqui foi desenvolvido: i) a filosófica e crítica do direito processual, ii) a da atuação pragmática no dia-a-dia do processo, iii) a das alterações e reformas legais.

A primeira dimensão do garantismo é a filosófica e crítica do direito processual. Aqui, faz-se necessário que os processualistas e os operadores do processo partam para uma revisitação-reformulação dos conceitos até agora aprendidos com a dogmática tradicional. Temos aprendido, temos ensinado e temos praticado um direito processual onde se legitima o protagonismo judicial. Temos aprendido assim porque acreditamos que esse protagonismo viabiliza o alcance do “justo”, mas temos nos esquecido de que para se atinja meta (=sentença) há um método (=processo) organizado a partir de um feixe de garantias constitucionais. Ainda que se tenha a “tentação” de “justiçar” as situações concretas através do poder exercido por meio do processo, o fato é que há limites para a atuação do poder e esses limites estão bem desenhados na Constituição, pródiga que foi em estabelecer a garantia do devido processo.

A segunda dimensão do garantismo é a da atuação pragmática no dia-a-dia do processo. E verdade que muitos CPC's enaltecem a autoridade do juiz, criando um grave desequilíbrio entre o poder e a liberdade que todos é garantida pela ordem constitucional. Quando isso acontece, o ativismo judicial surge como excesso de autoridade que gera um protagonismo judicial diretamente proporcional à desigualdade da segurança jurídica. Mas não se pode perder de vista que hoje as

nossas Constituições estabelecem modelos semânticos de processo com fortes e explícitos aspectos garantistas, com a valorização do devido processo, da imparcialidade, da imparcialidade, da liberdade, da legalidade, da separação dos poderes etc. Por isso é necessário que em sua atuação pragmática os operadores do processo, juízes e advogados, manejem-no de modo a legitimá-lo dentro do ambiente republicano e democrático onde funcionarão as suas engrenagens.

A terceira dimensão do garantismo e a das alterações e reformas legais. Muito além de se pensar diferente e criticamente o direito processual que temos praticado, e muito além de empreendermos uma atuação prática do processo sob as diretrizes impostas pela Constituição, é de fundamental importância que o Legislador democrático faça a sua parte com as alterações e reformas legislativas que ponham o direito processual - civil ou penal - em sintonia com as prescrições garantistas estabelecidas no nível constitucional. Dessa forma, a margem para o excesso de autoridade e para o arbítrio será reduzida, de modo a que se tenha uma maior densidade jurídica no trato das coisas do processo, expurgando-se o máximo possível as concepções processuais construídas a partir de elementos meta-jurídicos. Em suma, alterações ou reformas na legislação processual feitas sob a perspectiva garantista, terão ainda a virtude de viabilizar segurança jurídica ao jurisdicionado.

A hora para reorganizarmos o nosso pensamento sobre o processo, vinculando à realidade e às garantias expostas na Constituição, é agora. O novo CPC nos oferece uma nova base analítica e, a partir dela, é possível que reformulemos nossas bases hermenêuticas para que sejam atingidos os resultados procedimentais pragmáticos desejados pela ordem constitucional vigente, de modo que o processo jurisdicional de concretização do direito seja pautado pelas garantias que lhe são próprias.

VI.

O ativismo judicial na crença de que o juiz maneja o processo - ou deve manejá-lo - com um “redentor” de todos os males sociais, ainda que para isso tenha que se afastar das garantias constitucionais. Ou seja: confia-se demasiadamente no sentimento de “justiça” do juiz pessoa física e tal fato potencializa o protagonismo judicial.

Por seu turno, o garantismo processual - meu postulado com jurisdicionado, cidadão e processualista - concebe o processo como um método de debate republicano e democrático, o poder não pode subjugar ou ir mais além das garantias constitucionais das partes demandantes. É dizer: maneja-se o processo jurisdicional de acordo com o previsto no plano das garantias, a todas estabelecidas, contra o eventual arbítrio que irracionalmente pode partir do poder estatal. Os poderes do Estado são e devem ser harmônicos entre si e por isso o garantismo processual é forte na convicção de que o protagonismo judicial e/ou do Poder Judiciário fomentado pelo ativismo judicial é - sem prejuízo de outros - um obstáculo à concretização da regra constitucional da separação dos poderes.

Os argumentos retóricos de caráter meta-jurídicos que há mais de um século vem insuflando o ativismo judicial, já deu mostras que, muito provavelmente, o rumo por ele proposto não é o mais adequado à realidade social e constitucional. Se assim não fosse, não estaríamos mudando. Já é tempo de empreendermos esforços no sentido de um processo civil garantista, posto que racionalmente adequado ao

paradigma republicano e democrático. E o novo CPC está aí para nos testar. Cabe a nós aceitar o desafio.

Jundiaí-SP, março de 2015.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Texto-base da minha intervenção no XXVI Encontro Panamericano de Direito Processual, o congresso internacional do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP), ocorrido em 28-29 de maio de 2015, na sede da OAB/MG.

[2] Cf. o meu “Poderes do juiz: ativismo (=autoritarismo) ou garantismo (=liberdade) no projeto do Novo CPC”, em Leituras Complementares de Processo Civil, org.: DIDER JR., Fredie. Salvador : Ed. JusPodium, 9ª ed., 2011, pp. 507-514. Publicado tb. em espanhol (Poderes del juez: activismo (=autoritarismo) o garantismo (=libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil) no livro em homenagem a JUAN MONTERO AROCA, El derecho procesal Español del siglo XX a golpe de Tango - “Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños”, Coords.: COLOMER, Juan-Luis Gómez, VILAR, Silvia Barona, CUADRADO, Pía Calderón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 363-372.

[3] Cf. o meu “Aspectos semânticos de uma contradição pragmática. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem”. RBDPro 82/217, abr-jun/201. Publicado tb. em Ativismo judicial e garantismo processual, coords. DIDER Jr, Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato e LEVY, Wilson, Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 245-253.

[4] Cf. o meu “Alfredo Buzaid”, RePro 183/319, maio/2010. Tb. em Processualistas Históricos do Brasil, vol. I, Coords. CALMON, Petrônio, HOFFMAN, Paulo. Instituto Brasileiro de Direito Procesual (IBDP) : Brasília, 2010, p. 21.

[5] Cf. o meu “O processo civil gattopardista dos Juizados Especiais”, RBDPro 77/37, jan-mar 2012. Tb. em Juizados Especiais Federais - Reflexões nos dez anos de sua instalação, coords. SERAU JR., Marco Aurélio, DONOSO, Denis. Curitiba : Ed. Juruá, 2012, pp. 33-40.

[6] Cf. o meu “Garantismo processual e poderes do juiz do projeto de CPC”, em Novas tendências do processo civil - Estudos sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil, vol. 2. Coords: DIDIER JR, Fredie, FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle et alli. Salvador : Ed. JusPodium, 2014, pp. 641-643.

[7] Cf. o meu “Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectivas do CPC de hoje e no de amanhã”, RePro 239/421, janeiro/2015.

[8] Cf. “Juiz contraditor?”, DELFINO, Lúcio, ROSSI, Fernando, RBDPro 82/229, abr-jun2013. Publicado tb. em Ativismo judicial e garantismo processual, coords. DIDER Jr, Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato e LEVY, Wilson, Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 443-463.

[9] Cf. o meu “Sistema de enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado). Repesando o modelo de processo”, RBDPro 71/65, jul-set 2010.

[10] Cf. o meu “Repensando a prova de ofício”, RePro 190/315, dezembro/2010. Publicado tb na coletânea Ativismo judicial e garantismo processual, coords. DIDER Jr, Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato e LEVY, Wilson, Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 255-272. V. ainda, em espanhol (Repensando la prueba de oficio), em Derecho Procesal Contemporáneo - Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo II, Instituto Iberoamericano

de Derecho Procesal. Cord. OLIVEIROS, Raúl Tavorlari. Santiago de Chile : Editorial Thomson Reuters Puntotex, 2010, pp. 947-961.

[11] Cf. “Atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade? SIM”, COSTA, Eduardo, CHOUKR, Fauzi Hassan, RAMOS, Glauco Gumerato. RBDPro 70/220, “Seção Direto ao Ponto”, abr-jun 2010.

[12] Cf. o meu “Proceso jurisdiccional, república y los institutos fundamentales del derecho procesal”, RBDPro 88/251, out-dez/2014.

[13] Cf. o meu “Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate”. Publicado originalmente na Revista MPMG Jurídico, nº 18, out/nov/dez de 2009, pp. 8-15, publicação oficial do Centro de Estudos do Ministério Público de Minas Gerais. Posteriormente tb na RBDPro 70/83, abr-jun/2010, na Revista da AGU 24/79, e na Revista Jurídica UNUJUS (UNIUBE - Universidade de Uberaba) 13/19, mai/2010. Publicado, ainda, nas coletâneas Ativismo judicial e garantismo processual, coords. DIDER Jr, Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato e LEVY, Wilson, Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 273-286, e Processo Civil - Nas tradições brasileira e iberoamericana, coords. FREIRE, Alexandre, DELFINO, Lúcio, OLIVEIRA, Pedro Miranda de, RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Florianópolis : Conceito Editorial, 2014, pp. 222-230.

[14] Cf. o meu “Actual debate en el procesalismo brasileño: garantismo o activismo?”, RePro 221/381, julho/2013.

[15] Cf. AROCA, Juan Montero. “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, em Proceso civil e ideología - Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos (coordinador JUAN MONTERO AROCA), Tirant lo Blanch : Valencia, 2006, p. 294-353. V. ainda, com muito proveito, COSTA, Eduardo, “Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial”, RBDPro 82/205.

[16] Cf. FERRAJOLI, Luigi, Direito e razão - Teoria do Garantismo Penal. Tradução: SICA, Ana Paula Zomer, CHOUKR, Fauzi Hassan, TAVARES, Juarez, GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2010, pp. 785-788.