

Dimensões axiológicas do neoprocessualismo e a busca pelo equilíbrio entre ativismo processual e garantismo processual

Maria Soledade Soares Cruzes¹

Resumo: A evolução (quicá revolução) pela qual a Teoria do Direito vem passando nas últimas décadas tem gerado reflexos no processo civil brasileiro. O neoprocessualismo é fruto dessas ingerências. Ocorre que, neste contexto, têm surgido posicionamentos extremistas e aparentemente antagônicos, como o ativismo processual e o garantismo processual. O objetivo central deste estudo é analisar a viabilidade de equilíbrio entre essas vertentes, à luz das dimensões axiológicas do neoprocessualismo e considerando sua intrínseca ligação com o pós-positivismo jurídica. Em síntese conclusiva, que é possível flexibilizar os excessos cometidos pelo ativismo processual e pelo garantismo processual, estabelecendo um equilíbrio entre as ideias apregoadas por essas correntes, na medida em que, diante das dimensões axiológicas do neoprocessualismo,

¹ Mestra em Direito Público pela UFBA. Pesquisadora-Bolsista pela FAPESB. Possui Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual: Grandes Transformações, pela UNAMA/Rede LFG (2007). Possui graduação em Direito pela UESB (2005). É professora da graduação em Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB - campus de Brumado). É professora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público e Privado e da graduação em Direito da FTC / Unidade de Vitória da Conquista (2008-atual), onde desempenhou a função de coordenadora do curso de graduação (2011), atualmente figura como líder do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Efetividade Processual (2011-atual), integrou o Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito (2011) e desenvolve atividades de ensino, pesquisa e extensão. É professora da Pós-graduação Lato Sensu em Gestão Empresarial e das graduações em Administração e em Secretariado Executivo da Faculdade Juvêncio Terra (2011-atual), onde desenvolve atividades de ensino e de extensão interdisciplinar. É professora da Central de Cursos, onde leciona a Disciplina Direito Empresarial em cursos preparatórios para concursos e OAB. Foi professora da graduação em Direito da Faculdade de Guanambi (2007-2008). E-mail: msolese@hotmail.com.

é fatível conciliar a busca pela concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e consequente ampliação dos poderes discricionários do juiz, com a segurança advinda das garantias constitucionais processuais, de modo balizado e sopesado.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ativismo. Garantismo. Equilíbrio.

Axiological dimensions of neoprocessualism and the search for the balance between procedural activism and procedural guarantee

Abstract: The evolution (perhaps revolution) in which the Law Theory has generated reflection on the Brazilian civil procedure. Neoprocessualism is fruit of these interferences. It happens that in this context, there have been extremists and apparently antagonistic positions, such as activism and procedural guarantee. The aim of this study is to analyze the feasibility of balance between these aspects in light of the axiological dimensions of neoprocessualism and considering its intrinsic connection with the post-legal positivism. In summary conclusively, it is possible to relax the excesses of activism procedural and procedural guaranteeism by striking a balance between the ideas touted by these currents, in that, given the dimensions of the axiological neoprocessualism is feasible to reconcile the pursuit of achieving the fundamental right to effective judicial protection and the consequent expansion of the discretionary powers of the judge to security arising from constitutional procedural safeguards so buoyed and balancing of.

Keywords: Neoprocessualism. Activism. Guarantee. Balance.

Introdução

O desenvolvimento de um tema atualizado de processo civil exige uma análise que se coadune com as correntes contemporâneas do pensamento jurídico. Em outros termos, não há mais como dissociar a teoria do processo civil da evolução (quicá revolução) pela qual a Teoria do Direito vem passando nos últimos tempos.

Assim, antes de adentrar especificamente à proposta final deste estudo, torna-se necessário traçar, como pressuposto teórico para o desenvolvimento do tema, uma visão do neoprocessualismo e os reflexos do pós-positivismo na sistemática do processo civil brasileiro contemporâneo.

Percorrido esse caminho, serão delineadas as dimensões axiológicas do neoprocessualismo, a fim de que se possa buscar um equilíbrio entre o ativismo e o garantismo processual, duas correntes que têm consubstanciado posicionamentos extremistas e aparentemente antagônicos no estudo da ampliação dos poderes discricionários do juiz.

Em síntese, o objetivo central deste estudo é analisar a viabilidade de equilíbrio entre o ativismo processual e o garantismo processual, à luz das dimensões axiológicas do neoprocessualismo e considerando sua intrínseca ligação com o pós-positivismo jurídico.

Neoprocessualismo e reflexos do pós-positivismo jurídico sobre a ciência do processo civil brasileiro

É preciso refletir sobre em que medida a (r)evolução pela qual a Teoria e Filosofia do Direito vêm passando na contemporaneidade gerou e tem gerado efeitos sobre o Direito Processual Civil que, numa visão pós-moderna, não pode mais ser estudado de modo isolado, mas sim numa perspectiva interdisciplinar.

Para que se possa compreender essa contextualização deve-se observar, em um primeiro momento, a evolução histórica do Direito Processual que, conforme preconizado pela doutrina de Dinamarco (2008, p. 17-25), pode ser repartida em três fases.

Na primeira fase, o processo não contava com autonomia e se via atrelado às matrizes conceituais e funcionais situadas no direito material. Essa fase é denominada pelo referido autor (2008, p. 18) de “sincretismo” jurídico por caracterizar-se pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal.

A segunda fase parte de uma proposta de renovação dos estudos de Direito Processual, que adquire posição de autonomia em relação ao Direito Material, passando a figurar como ciência, com objeto e método próprios. Isso se coaduna com o desenvolvimento científico de seus institutos, como a ação e o processo. Sobre o progresso alcançado nessa fase, Dinamarco (2008, p. 20) assevera que “fundada a ciência, definido seu objeto, estabelecidas as suas grandes premissas metodológicas e

traçada a sua estrutura sistemática, chegou-se afinal a um ponto de maturidade mais do que satisfatório no direito processual”.

Foi assim que se percebeu que era preciso ir além e havia uma preocupação que impulsionava o advento de uma terceira fase na evolução do Direito Processual: a instrumentalidade do processo. O foco passa a situar-se nos escopos jurídicos, políticos e sociais do processo, ou seja, na efetiva concretização dos resultados por ele almejados. Essa fase, segundo o já mencionado autor (2008, p. 22-23), pode ser retratada nos seguintes termos:

Com tudo isso, chegou o terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. [...]. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica.

Sob esses pressupostos, embora mantidas as distinções funcionais entre o direito processual e o direito material alavancadas na fase anterior, apregoa-se uma necessária interligação entre eles. Nesse diapasão, destacam-se as ideias de Carnelutti (1959, p. 289-290), segundo o qual há uma relação circular entre direito e processo, de modo que enquanto o processo serve ao direito, para sua constituição ou para sua integração, o direito serve ao processo, assegurando o desenvolvimento do mesmo.

Na mesma linha de raciocínio, Zaneti Jr. (2010, p. 315-344), ao discorrer acerca da “teoria circular dos planos”, observa uma relação de interdependência e complementaridade entre direito processual e direito material, visualizando entre eles um nexo de finalidade que une o primeiro ao segundo como uma ligação entre instrumento e objeto; e enfatiza que “da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito”.

Feitas essas considerações acerca das três fases metodológicas, é chegado o momento de levantar uma questão: diante do progresso alcançado pela Teoria do Direito nas últimas décadas, é possível, numa perspectiva interdisciplinar, reconhecer o advento de uma quarta fase na evolução do Direito Processual?

Didier Jr. (2010, p. 262) entende que sim. O autor reconhece que embora devam ser preservadas as respeitáveis conquistas alcançadas pelo processualismo (segunda fase acima apontada) e pelo instrumentalismo (terceira fase), já é possível reconhecer o neoprocessualismo como nova fase da evolução do direito processual.

Em sua visão, o neoprocessualismo representa o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com o novo modelo de repertório teórico. Além disso, Didier Jr. (2010, p. 262) destaca a função didática do termo, que remete rapidamente ao neoconstitucionalismo que, por sua vez, traz consigo um complexo de premissas metodológicas, além da vasta produção doutrinária a respeito deste tema, que já se encontra bem propalada.

O referido autor (2010, p. 262) observa ainda que o termo “neoprocessualismo” também pode ser útil por assinalar uma das características centrais do atual estágio metodológico dos estudos do Direito Processual: a revisão das categorias processuais, cuja definição é a marca do “processualismo”, a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria a utilização do prefixo “neo”.

Seguindo essa linha de pensamento, mas com terminologia diversa, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a liderança

de Oliveira (2010), a nova fase metodológica na evolução do Direito Processual é reconhecida como “formalismo-valorativo”. Com efeito, em recente revisão à tese “Do Formalismo no processo civil”, Oliveira (2010, p. 15) observa que talvez a mais relevante modificação em seu pensamento tenha sido a constatação de que a tese detecta uma nova fase metodológica do fenômeno processual, superando o mero instrumentalismo.

Interessante notar que seguindo os passos de seu orientador (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), Mitidiero (2009) se calca no formalismo-valorativo para o desenvolvimento de sua tese de doutorado acerca dos pressupostos sociais, lógicos e éticos da colaboração no processo civil, defendida perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ressaltando, com efeito, que:

Como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural (MITIDIERO, 2009, p. 47).

Deve-se notar, ainda, que Oliveira (2010, p. 15-16) confessa que se incomodava por não ter conseguido, em edições anteriores de sua obra, designar precisamente o objeto do seu estudo, ressaltando o indiscutível desgaste da palavra “formalismo”. É que, como bem observa, no ambiente cultural brasileiro, o “formalismo” geralmente está associado a um sentido negativo, sendo considerado como excesso de formalidades que dificulta o trabalho do juiz e dos advogados, emperrando a marcha adequada do processo e a realização da justiça.

Ademais, Oliveira (2010, p. 92), ao justificar o uso da expressão “formalismo-valorativo”, esclarece que sua tese não só se atenta para

as expressões do problema acima apontadas, como também visualiza o processo como fenômeno cultural, embebido de valores, e não como mera técnica. Em sua visão, versar sobre cultura é versar sobre valores, pois estes não são a-históricos, visto que constituem frutos da experiência, da própria cultura humana.

Essa visão do processo enquanto fenômeno cultural, que coaduna valores como efetividade e segurança, ultrapassa, respectivamente, as concepções tradicionais do jusnaturalismo (que se calcava em um conceito de justiça a-histórico, aespacial e atemporal) e do positivismo (que propõe o ceticismo axiológico, ao identificar o direito justo com o direito positivo), coadunando-se com o pós-positivismo que, ao superar a dicotomia entre essas correntes, propõe uma abordagem axiológica do direito, conforme retratado por Soares (2010).

É preciso destacar, nesse sentido, o posicionamento de Marinoni (2007) acerca dos princípios constitucionais, naturalismo e pós-positivismo. É que, em sua visão como os princípios remetem aos direitos humanos e aos princípios materiais de justiça e, sendo assim, revelam valores que devem conformar a realidade e direcionar a compreensão e aplicação das leis, é possível encontrar no direito através dos princípios algo parecido com o que se alvitra no direito natural. Desse modo, o autor afirma que

não é errado pensar que as normas constitucionais refletem uma “ordem natural”, desde que a essa expressão se atribua o significado de situação histórica e concreta de uma sociedade pluralista e participativa que conduziu a uma “concordância” em um momento de cooperação (MARINONI, 2007, p. 51).

Deve-se notar que essa afirmação não se coaduna com a concepção tradicional de direito natural. É que, como bem esclarece o mesmo autor (2007, p. 51),

a sua relação de parentesco está no fato de que os princípios positivaram o que o direito natural afirmava sobre os direitos do homem. Se a constituição é uma criação política, é evidente que

os direitos se fundam em algo que foi elaborado pela vontade humana e não na natureza das coisas.

Por conseguinte, na visão de Marinoni (2007, p. 51), trata-se de outra configuração do positivismo, que pode ser qualificada de “positivismo crítico” ou de “pós-positivismo”, uma vez que submete o texto legal ao ditame de princípios materiais de justiça e direitos fundamentais. Faz-se mister esclarecer, contudo, que essas ideias não podem minorar a importante função desempenhada pelo jusnaturalismo ao sinalizar a necessidade de um tratamento axiológico para o direito, espírito que, em outros moldes, não deixou de ser resgatado pelo pós-positivismo, que por sua vez, é concebido como superação da dicotomia existente entre jusnaturalismo e positivismo jurídico.

Sem mais alongamentos nessa seara que ainda é calcada na incerteza e fluidez típica da pós-modernidade, o que se pretendeu ressaltar aqui foi que, indubitavelmente, a Teoria do Direito tem passado por nítidas transformações nas últimas décadas e a ciência do processo não esteve inerte diante desse quadro evolutivo. Sendo assim, embora se tenha feito opções terminológicas e epistemológicas no presente trabalho, o que realmente deve importar é a essência da evolução pela qual esses ramos do direito vêm passando na contemporaneidade. E nesse sentido não se pode olvidar que a ciência processual atingiu a quarta fase metodológica em sua evolução, sob a égide de ingerências pós-positivistas.

Dimensões axiológicas do neoprocessualismo

É chegado o momento de delinear dimensões axiológicas do neoprocessualismo. Neste sentido, nota-se, a título introdutório, que o pós-positivismo, em busca do direito justo, almeja alcançar uma sincronia entre valores como efetividade e segurança; e repulsa, desse modo, a exacerbação da segurança que figurava como característica basilar do positivismo jurídico.

Com efeito, deve-se observar que, ao tratar do formalismo-valorativo, Oliveira (2010, p. 98) destaca exatamente esses dois valores como verdadeiros instrumentos para a realização da finalidade maior do processo que é o alcance da justiça no caso concreto. Em verdade, na visão do autor, pode-se afirmar, numa perspectiva deontológica, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam também instrumentais em relação ao fim último do processo que é a realização da justiça do caso. Como sobreprincípios, podem atuar sobre outras normas, tanto no âmbito semântico como no axiológico.

Oliveira (2010, p. 100) nota que a segurança está relacionada à própria concepção de Estado Democrático de Direito, que se situa como princípio fundamental na Constituição de 1988, e protege o cidadão contra o arbítrio estatal, preservando elementos edificantes da sociedade, como democracia, justiça, igualdade, divisão de poderes e legalidade.

Ademais, ao refletir acerca da segurança jurídica no contexto pós-moderno, o supracitado autor (2010, p. 101) assevera que, mesmo no ambiente atual de modernidade líquida, em que as normas não propiciam total segurança, deve-se buscar minimizar as incertezas. Segundo ele, um aspecto importante para que isso se concretize consiste na motivação das decisões judiciais, sendo que o emprego de argumentos jurídicos mais persuasivos, adequados e objetivos pode estimular a confiança da sociedade nos magistrados, na medida em que minimiza o risco da apresentação de convicções pessoais como se fossem direito objetivo.

Oliveira (2010, p. 101-102) deixa claro que não se trata de uma apologia ao positivismo jurídico e à sua filosofia de identificação do Estado com a ordem e da lei com a justiça, impedindo qualquer acolhimento de direito não estatal, bem como o influxo dos clamores de justiça do povo. É que, em sua opinião, essa percepção da realidade social é míope e indesejada, pois a manutenção da ordem jurídica só pode ser concretizada por meio de questionamentos e aperfeiçoamentos, em consonância com um modelo racional que certamente passa pelo Estado, mas que vai além dele, visto que atenta aos direitos construídos pelo processo histórico.

Contudo, deve-se notar que essa visão diz respeito à formulação e aplicação do direito. É que como bem ressalta o autor sob comentário (2010, p. 102) quando se pensa em contornos jurídicos da segurança jurídica no que tange ao formalismo processual, considerando a sua condição de elemento disciplinador do processo, deve-se atribuir lugar de destaque ao devido processo legal que traz consigo algumas garantias expressas na Constituição de 1988, tais como: 1) princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e I); 2) princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); 3) princípio do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV); 4) princípio da proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI); 5) princípio da motivação das decisões (art. 93, IX); 6) princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LCCVIII).

Ademais, torna-se interessante notar que, na visão do mesmo autor antes mencionado (2010, p. 102), é desse complexo de garantias que consubstanciam o devido processo legal que decorre a norma principal do direito fundamental ao processo justo, que traduz-se em um complexo de direitos fundamentais processuais e substanciais, inclusive o da efetividade. Com efeito, o autor adverte que não pode configurar uma surpresa essa relação entre efetividade e segurança, pois esses valores implicam-se reciprocamente, de modo que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais.

Por conseguinte, o precitado autor (2010, p. 107) ressalta que a visão estática da segurança, que se calcava na garantia do “devido processo legal” (art. 5º, LIV, da Constituição de 1988), deve ceder espaço à visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais. Sendo assim, o direito fundamental ao processo não deve ser caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato, mas sim por seu conteúdo qualificado como “direito ao justo processo”, que é exatamente a face dinâmica do “devido processo legal”, que exige que todos os institutos e categorias jurídicas sofram uma releitura à luz da Constituição, sendo o processo civil materialmente informado pelos direitos fundamentais. Trata-se da mesma linha de raciocínio esposada por Portanova (2008, p. 147):

Due process of law não pode ser aprisionado dentro dos traçoceiros lindes de uma mera fórmula. O princípio é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process of law* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. [...]. O princípio nasceu com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. Hoje o objetivo é maior. [...] o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.

Pelo exposto, é de se notar que, não obstante a preciosa obediência que se deva atribuir às garantias do devido processo legal, a segurança jurídica não pode mais ser elevada à categoria de valor supremo, absoluto e único a ser preservado no processo, como propagavam os teóricos do positivismo jurídico. Em um contexto pós-positivista, ela deve estar em relação de harmonia com a efetividade, em busca da mais ampla possível concretização da justiça no caso concreto.

Com efeito, Oliveira (2010, p. 111) assevera que cada vez mais a efetividade tem alcançado lugar de destaque na doutrina processual, pelo fato de traduzir preocupações tanto com o tempo quanto com o conteúdo dos pronunciamentos judiciais, com o objetivo de alcançar a justiça do caso concreto e o respeito ao direito fundamental ao processo justo. Interessante notar que essa inclinação contribui para a criação de novos meios jurisdicionais, mais eficientes e adequados ao resguardo da pretensão processual exercida.

Na Constituição de 1988, a efetividade está consagrada no art. 5º, XXXV, cujo sentido vai muito além do mero acesso ao Poder Judiciário, na medida em que tem por fito assegurar a todos uma tutela jurisdicional eficiente, efetiva, justa, adequada, em tempo razoável e livre de formalismos excessivos.

Um ponto que merece destaque no que tange à efetividade é a sua intrínseca relação com a exigência da duração razoável do processo

na construção do conteúdo do acesso à justiça. Em outros termos, para que se pense em uma tutela jurisdicional efetiva é preciso delimitar com cuidado a relação do processo com o tempo.

Nesse sentido, é imperioso que se busque um equilíbrio, evitando uma busca desenfreada e inconsequente pela rapidez, e em contraponto, coibindo o retardamento desnecessário do processo, por meio do uso de técnicas processuais adequadas. Não se trata, como se pode observar, de uma visão pessimista no que tange à busca pela celeridade. Pelo contrário, o que se objetiva é o entendimento de que muitas vezes a demora é necessária para o desenvolvimento do processo, o que não deve ser confundida com apologia à demora excessiva e irregular.

É por isso que, no contexto pós-positivista, que pugna por construções valorativas coerentes, mostra-se necessário coadunar celeridade com efetividade; o que se traduz no espírito que preenche a expressão “duração razoável do processo” (adotada expressamente na Constituição de 1988, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o inciso LXXVIII), sendo que a razoabilidade coaduna-se perfeitamente com as ideias acima expostas.

Essas concepções auxiliam na composição do próprio sentido da expressão “acesso à justiça” que, no dizer de Souza (2006, p. 20), vai muito além do mero sentido literal de porta de entrada ao Poder Judiciário, pois “significa também o direito a um devido processo, vale dizer, um processo carregado de garantias processuais, um processo equitativo (justo), que termine num prazo mínimo razoável e produza uma decisão eficaz”.

Resta claro, nesta passagem, o sentido que impulsiona o desenvolvimento da presente proposta, qual seja: sob os pilares do acesso à justiça, deve-se garantir a adequação da técnica processual à prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo, que atenda, na medida do possível e de modo seguro, às necessidades da vida, em tempo razoável e caminhando em sintonia com a tutela de direitos.

A busca pelo equilíbrio entre garantismo processual e ativismo processual

A forma equilibrada e ponderada de visualizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (acima retratada) está implicitamente relacionada à discussão acerca da ampliação dos poderes discricionários do juiz e dos possíveis limites que a eles podem ser conferidos.

É que, como bem observa Marinoni (2008, p. 229), o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide não apenas sobre o legislador (e a estruturação legal do processo), mas também sobre o juiz (e a conformação dessa estrutura legal pela jurisdição).

Sendo assim, partindo da perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve-se observar que, no entender de Marinoni (2008, p. 229), esse direito incide não apenas sobre o legislador (e a estruturação legal do processo), mas também sobre o juiz (e a conformação dessa estrutura legal pela jurisdição).

É certo que, diante de tal direito fundamental, o legislador é obrigado a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a concretização das tutelas preconizadas pelo direito material e que não foram obtidas fora da jurisdição. Situam-se nesse contexto, por exemplo: os procedimentos que restringem a produção de determinadas provas ou a discussão de determinadas questões; os procedimentos relacionados com a proteção dos direitos transindividuais; a técnica antecipatória da tutela; e os meios de execução diferenciada.

Deve-se observar, contudo, que o legislador não é capaz, por si só, de atender às tutelas prometidas pelo direito material e às necessidades sociais com precisão, podendo a lei, inclusive, afastar-se dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. É nesse contexto que se afirma que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide também sobre a compreensão judicial das normas processuais, sendo atribuído ao juiz o poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação de sua decisão, encontrar a técnica processual idônea à tutela do direito material.

Desse modo, Marinoni (2009, p. 143) ressalta que, exatamente por saber que não pode atender a todas as situações, diante da riqueza e multiplicidade de especificidades que as integram, o legislador hodierno trabalha com normas abertas, a fim de que se permita ao magistrado que as concretize de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em correspondência com um direito voltado à realidade e transparecendo um ordenamento jurídico marcado pelos princípios e direitos fundamentais. É nesses termos que se pode observar, por exemplo, que o art. 461 do Código de Processo Civil outorga ao autor o direito, e ao juiz o dever de adequar a sentença e os meios executivos às necessidades e peculiaridades do caso concreto.

No sentido das ideias acima expostas, faz-se interessante observar a linha de pensamento de Perelman (2004, p. 91) que, analisando o raciocínio judiciário desenvolvido depois de 1945, insurge-se contra o positivismo jurídico, destacando que essa corrente jusfilosófica se opunha a qualquer teoria do direito natural e, associado ao positivismo filosófico, eliminava do direito qualquer referência à ideia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, uma vez que procurava modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo que é subjetivo (e, portanto, considerado arbitrário).

Perelman (2004, p. 115) desenvolve, assim, a “Nova Retórica” que, ao passo em que se configura como meio de inserção dos juízos de valor por intermédio da argumentação, não pode deixar de ser aplicado ao processo judicial. É que, como bem observa, o sistema jurídico não é um sistema fechado e isolado do contexto cultural e social no qual se insere, sofrendo, pelo contrário, constantemente seu influxo. Sendo assim, o direito jurisprudencial é elaborado por ocasião dos conflitos que o juiz deve arbitrar, encontrando-lhes soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente bem motivadas.

Ainda de acordo com a opinião do referido autor (2004, p. 116) a dialética, concentrada na busca por uma solução convincente e instauradora da paz judiciária, coloca o Poder Judiciário numa

relação nova diante do Poder Legislativo, já que não se vê inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto a este, mas sim como um aspecto complementar indispensável seu, que lhe impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as ideias dominantes que ditam a justiça no caso concreto. É por isso que a aplicação do direito não deve ser vista como simples processo dedutivo, mas como adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais.

É nesse contexto de um sistema processual aberto e indissociável do meio cultural e social em que está inserido, que surge a discussão acerca da ampliação dos poderes discricionários do juiz e sobre os limites dessa discricionariade. Cumpre esclarecer que os atos discricionários são definidos por Mello (2000, p. 368) como “os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios e conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”. Deve-se notar que, embora trate-se de conceito relacionado à Administração Pública a essência pode ser tranquilamente aplicada à noção de discricionariade judicial aqui afirmada.

Feito esse esclarecimento conceitual e dando continuação à análise da ampliação da discricionariade judicial, pode-se afirmar que, por influência do direito norte-americano, tem sido aventada em vários países da América do Sul uma bifurcação entre duas correntes de conteúdos diversos e aparentemente antagônicos, às quais se tem convencionalmente chamado de “ativismo” e “garantismo” processual (ou judicial).

Na doutrina argentina, Velloso (2009, p. 145) identifica o garantismo processual como posição doutrinária atrelada à manutenção de uma irrestrita vigência da Constituição, de modo que a ordem legal vigente no Estado deva se adequar, em sua plenitude, às normas programáticas nela preconizadas. Segundo ele, o autores garantistas buscam um juiz que se empenhe em respeitar ao máximo as garantias constitucionais. Com efeito, observa que o garantismo processual se contenta modestamente com que os juízes declarem a certeza das

relações jurídicas conflituosas, outorgando um adequado direito de defesa de todos os interessados e resguardando a igualdade processual com uma clara imparcialidade funcional para, assim, garantir como plenamente efetiva a tutela legal de todos os direitos.

Neste contexto, o supracitado autor (2009, p. 162) afirma que, ao tomar partido pela constituição e não pela lei, na luta ideológica que hoje enfrenta absurdamente os processualistas da América, prefere proclamar a liberdade, a garantia do devido processo legal e o gozo irrestrito da audiência prévia na Corte da Justiça, onde todo cidadão tem direito de ser julgado imparcialmente por um juiz e colocado em perfeita igualdade com o seu opositor, com absoluta bilateralidade de audiência e sem a assunção pelo juiz de atitudes paternalistas com as partes ou de tarefas que, conforme as normas constitucionais, não lhe incumbem.

Nota-se que a visão garantista se aproxima bastante de ideias apregoadas pelo positivismo jurídico como a observância da pirâmide jurídica concebida à luz da doutrina kelseniana, que concebe as normas numa hierarquia na qual as superiores figuram como fundamento de validade das inferiores, e cujo sistema deságua na norma fundamental hipotética de que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição:

A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). [...] (KELSEN, 2006, p. 217).

Ademais, cumpre observar que, no contexto garantista, a discricionariedade do juiz é mínima (quicá nula), já que as garantias

constitucionais são colocadas como limite a qualquer avanço dos poderes discricionários. Essa corrente doutrinária não parece abrir margem para a adequação da norma à realidade do caso concreto, desconsiderando a carga valorativa que é inerente ao magistrado, e aproximando, desse modo, a imparcialidade da neutralidade, o que, definitivamente, não se coaduna com o contexto pós-positivista já delineado neste estudo.

Por outro lado, também na doutrina argentina, Peyrano (2009, p. 11-20) retrata o ativismo processual como corrente que, em síntese: confia nos magistrados; é criativa e tem alavancado numerosos novos institutos processuais; é flexível e permeável (na medida em que traz intrínseca a possibilidade de dinâmica de seus próprios conceitos, permitindo correção de imperfeições ou excessos); preocupa-se, acima de tudo, com a justa solução do caso; propõe uma leitura distinta da constituição, visualizando-a não como um obstáculo, mas sim como um estímulo à distribuição da justiça, que pode ser alcançada com, sem ou contra a lei; enfim, que deposita nas mãos do juiz a faculdade de ditar provas de ofício, mas não se esgota com apenas essa atribuição.

Deve-se ressaltar que, para o ativismo, a Constituição não se configura como obstáculo, mas sim como estímulo à distribuição da justiça, que pode ser alcançada com, sem ou contra a lei. É preciso, contudo, observar com cautela este tipo de posicionamento, na medida em que ele pode ocasionar insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Sobre essa questão, Peyrano (2009, p. 13) admite os riscos que o ativismo é capaz de ocasionar, mas afirma que um possível mal uso das atribuições que essa corrente confia aos juízes não pode constituir argumento válido para descartar as excelências da referida concessão. Não é recomendável, porém, que se minore, nesses moldes, os perigos que posicionamentos extremistas podem ocasionar.

Ora, deve-se flexibilizar os excessos cometidos pelo ativismo e pelo garantismo processual, estabelecendo um equilíbrio entre as ideias apregoadas por essas correntes. Diante das dimensões axiológicas do neoprocessoalismo, é fatível conciliar a busca pela concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e a consequente

ampliação dos poderes discricionários do juiz, com a segurança advinda das garantias constitucionais processuais, de modo balizado e sopesado.

Destaca-se, nesse contexto, a necessidade de fundamentação das decisões (expressa no art. 93, IX, da Constituição de 1988) que propicia o controle e a contraposição a decisões teratológicas e sem argumentação explícita. Ora, é preciso ter em mente que, como bem afirma Souza (2008), a sentença imotivada é, em verdade, uma sentença inexistente por afrontar os parâmetros mínimos do Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

A solução dada na presente tese no sentido de que não se deve dar qualquer valor jurídico a “sentença” imotivada faz com que os juízes que atuam num Estado democrático de direito tenham consciência de que não podem tudo, de que seu poder só é poder legítimo quando atuado em conformidade com o ordenamento jurídico, de maneira que precisam eles não perder de vista que devem efetivamente julgar as demandas que lhes são submetidas, não apenas dispor sobre essas demandas, o que significa dizer que devem eles dispor exatamente a respeito das questões suscitadas pelas partes, mas com fundamentação razoável. Sendo assim, “sentença” sem fundamentação não pode ser qualificada juridicamente como decisão, de maneira que, em verdade não solucionou o conflito. Trata-se, pois, de ato nitidamente arbitrário, ilegítimo, que transcende à antijuridicidade, de maneira que seu destino é a perda de autoridade. Assim, vê-se que a falta de motivação da sentença além de representar uma afronta à cidadania é fator de insegurança jurídica, não podendo ser tolerado tal tipo de comportamento do juiz no Estado democrático de direito (SOUZA, 2008, p. 230).

Em outros termos, é imprescindível que o magistrado explicito o caminho argumentativo percorrido até a sua decisão, uma vez que o Direito Processual no contexto pós-positivista, como bem destacado por Soares (2008, p. 27), deve ser calcado na valorização da natureza retórica do processo, concebido como um local democrático em que os sujeitos processuais exercitam uma racionalidade comunicativa, cooperando para a busca de um ato decisório mais justo.

Nesse momento, remete-se às ideias de Habermas (2003, p. 142):

[...] “discurso racional” é *toda* a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente.

Transpondo essas concepções para o direito processual, cumpre estabelecer uma conexão com Marinoni (2008, p. 236) que ressalta que o discurso de Direito Processual, isto é, aquele que elege a técnica processual adequada em virtude da exigência de uma norma aberta - ou que identifica a necessidade de uma técnica processual não prevista em lei – não configura qualquer ameaça à segurança jurídica, já que se apóia em situações fáticas e no direito material. Com efeito, ressalta que o discurso processual busca atender a uma situação já demonstrada pelo discurso de direito material, sendo que a técnica processual eleita deve ser aquela que, tutelando o direito, cause menor restrição possível ao réu.

Marinoni (2008, p. 236) assevera, ademais, que a justificação, obedecendo a esses critérios, confere às partes a possibilidade de controle da decisão jurisdicional. Observa, contudo, que, em tais situações, o controle da atividade do magistrado é muito mais complexo e sofisticado do que aquele que se dava com base no princípio da tipicidade, quando o juiz apenas podia usar os instrumentos processuais definidos estritamente em lei. Por outro lado, pondera que essa mudança na forma de pensar o controle jurisdicional é apenas reflexo da necessidade de ampliação dos poderes do magistrado – em parte a ele já entregue pelo próprio legislador ao fixar normas abertas – e da transformação do próprio conceito de direito que, no contexto neoconstitucionalista, submete a compreensão da lei aos direitos fundamentais.

Pelo exposto, nota-se que não se pode conceber no sistema processual contemporâneo a ideia de um processo excessivamente

formalista e fechado, cercado de regras absolutas e inquestionáveis, restando incontestes a aceitação do papel ativo do julgador na construção hermenêutica das normas jurídicas.

Contudo, essa ampliação do papel ativo do juiz não pode figurar como pressuposto para a renegação das garantias constitucionais consubstanciadas na exigência de um devido processo legal, na medida em que deve permitir às partes o controle da decisão jurisdicional por meio da explícita e detalhada argumentação que a fundamenta.

Considerações finais

Em face do exposto, infere-se que embora se tenha feito opções terminológicas e epistemológicas no presente trabalho, o que realmente deve importar é a essência da evolução pela qual a Teoria do Direito e o Direito Processual vêm passando na contemporaneidade. E nesse sentido não se pode olvidar que a ciência processual atingiu a quarta fase metodológica em sua evolução – o neoprocessualismo – sob a égide de ingerências pós-positivistas.

Ademais, ao analisar as dimensões axiológicas do neoprocessualismo, consubstanciadas na busca por um equilíbrio entre a efetividade e a segurança, observou-se que, sob os pilares do acesso à justiça, deve-se garantir a adequação da técnica processual à prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo, e que atenda, na medida do possível, e de modo seguro, as necessidades da vida, em tempo razoável e caminhando em sintonia com a tutela de direitos.

Constatou-se, ainda, que é possível flexibilizar os excessos cometidos pelo ativismo processual e pelo garantismo processual, estabelecendo um equilíbrio entre as ideias apregoadas por essas correntes, na medida em que, diante das dimensões axiológicas do neoprocessualismo, é fatível conciliar a busca pela concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e consequente ampliação dos poderes discricionários do juiz, com a segurança advinda das garantias constitucionais processuais, de modo balizado e sopesado.

Em outros termos, não se pode conceber no sistema processual contemporâneo a ideia de um processo excessivamente formalista e fechado, cercado de regras absolutas e inquestionáveis, restando incontestemente a aceitação do papel ativo do julgador na construção hermenêutica das normas jurídicas. Contudo, essa ampliação do papel ativo do juiz não pode figurar como pressuposto para a renegação das garantias constitucionais consubstanciadas na exigência de um devido processo legal, na medida em que deve permitir às partes o controle da decisão jurisdicional por meio da explícita e detalhada argumentação que a fundamenta.

Referências

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o Neoprocesso. In: _____. (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2, p. 257-263.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factividade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 142.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Coleção Justiça e Direito).

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de et al. (Coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 229-236.

_____. Idéias para um “renovado Direito Processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases científicas para um renovado Direito Processual*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 125-146.

_____. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de processo civil, v. 1).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 14).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção Justiça e Direito).

PEYRANO, Jorge W. Sobre el activismo judicial. In: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (org.). *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba, 2009, p. 11-20.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Juspodivm, 2008. (Coleção temas de processo civil / estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. 2006. Tese (Pós-Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2006.

_____. *Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2008.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. In: _____. (Org.). ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba, 2009, p. 145-162.

ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 315-344.

Recebido em: abril e junho de 2012.

Aprovado em: outubro de 2012.