

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

ANGÉLICA CRISTINA SAPHIER SILVA DOS SANTOS

**O FUNDAMENTO DO PROCESSO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E A
SUA RELAÇÃO COM O MODELO PUBLICISTA**

Maceió\AL

2022

ANGÉLICA CRISTINA SAPHIER SILVA DOS SANTOS

**O FUNDAMENTO DO PROCESSO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL
E A SUA RELAÇÃO COM O MODELO PUBLICISTA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de MESTRE em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva

Maceió

2022

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico Bibliotecária
Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S237f Santos, Angélica Cristina Saphier Silva dos.

O fundamento do processo como garantia constitucional e a sua relação com o modelo publicista / Angélica Cristina Saphier Silva dos Santos. – 2022.

156 f. : il.

Orientador: Beclate Oliveira Silva.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 139-156.

1. Garantia constitucional. 2. Parte processual - Liberdade. 3. Garantismo. I. Título.

CDU: 343.211.4

Dedico este trabalho aos meus pais e irmãs por toda
compreensão, apoio e carinho.

AGRADECIMENTOS

Quando intencionei a graduação em Direito, certamente eu já objetivava contribuir com a justiça, agora, comungo do mesmo pensamento, ainda mais amadurecido e robustecido de todo ensinamento angariado durante esses anos de academia.

Admito que me apaixonei pelo Direito e não tenho a capacidade de me imaginar sem ele. Para que isso acontecesse, contei com a ajuda de algumas pessoas a quem devo agradecer.

Inicialmente, toda honra e glória a Deus que sempre ouviu minhas preces e me abençoou a todo momento.

A minha família que sempre acreditou em meu potencial, quando nem eu mesma imaginei que poderia, amo vocês.

Durante o curso tive a oportunidade de conhecer profissionais de alto calibre, em que os represento na pessoa de Beclaute, meu orientador, uma pessoa incrivelmente profissional, que foi bússola durante minha pesquisa.

Aos meus amigos de curso, que são pessoas que quero levar para vida toda.

A todas as pessoas que contribuíram direta ou indiretamente para que eu chegasse até aqui, meu muito obrigada, estarão sempre em meu coração.

*Se o homem falhar em conciliar a justiça e a
liberdade, então falha em tudo.*

Albert Camus

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de apresentar a processual-civilística moldada na perspectiva do garantismo processual abordado pela doutrina brasileira na atualidade. Procura conferir o caráter dogmático da garantia fundada na Constituição da República. Identifica a condução do processo como garantia constitucional de liberdade das partes e contrajurisdicional sustentado pela corrente delineada neste trabalho como garantismo processual. Analisa suas asserções constituídas no procedimento fundado na legalidade. Expõe a percepção dispositiva do direito processual desconstituído do modelo inquisitivo ao tempo que propõe a limitação do poder de atuação do Estado. Desenvolve-se a relação entre o garantismo e publicismo, sendo esse último, a crítica garantista pela qual tem-se a mitigação de institutos processuais resvalando na discricionariedade Judiciária. Busca-se demonstrar as principais premissas da conformação de um modelo de refreamento das interferências oficiosas pelo Estado-Juiz, baseado na democratização do processo a serviço das partes na construção do resultado processual. Finalmente, verifica-se por meio da teoria processual garantista, com o estabelecimento de balizas em seus correspondentes campos de atuação, o enfrentamento ao protagonismo judicial, promovendo a legitimação do contraditório, com as partes na condução do processo, observando as normas fundamentais processuais como condição ao devido processo legal. A metodologia utilizada foi de natureza qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica, com via investigatória, descritiva e explicativa. Concluiu-se que o processo, como garantia dialógica das partes, deve ser um espaço de proposição democrática do resultado, observado o devido processo legal.

Palavras-chave: Garantia Constitucional; Liberdade das Partes; Garantismo Processual.

ABSTRACT

The present study aims to present the procedural-civilistic shaped in the perspective of procedural guarantee approached by the Brazilian doctrine today. It seeks to confer the dogmatic character of the guarantee based on the Constitution of the Republic. It identifies the conduct of the process as a constitutional guarantee of freedom of the parties and counter-jurisdictional supported by the current outlined in this work as a procedural guarantee. It analyzes its assertions constituted in the procedure based on legality. It exposes the dispositive perception of the procedural law deconstituted of the inquisitive model at the time that proposes the limitation of the power of action of the State. The relationship between guaranteeism and publicism is developed, the latter being the guaranteeist criticism by which the mitigation of procedural institutes slipping in Judiciary discretion. It seeks to demonstrate the main premises of the conformation of a model to curb unofficial interference by the State-Judge, based on the democratization of the process at the service of the parties in the construction of the procedural result. Finally, it is verified through the guarantist procedural theory, with the establishment of beacons in their corresponding fields of action, the confrontation with judicial protagonism, promoting the legitimacy of the adversary, with the parties in the conduct of the process, observing the procedural fundamental norms as condition of due process of law. The methodology used was of a qualitative nature, through bibliographic research, with an investigative, descriptive and explanatory approach. It was concluded that the process, as a dialogic guarantee of the parties, must be a space of democratic proposition of the result, observing the due legal process.

Keywords: Constitutional Guarantee; Freedom of the Parties; Procedural Guarantee.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

CPC/2015 Código de Processo Civil de 2015

CF/88 Constituição Federal/88

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
Delimitação do Objeto de Pesquisa.....	11
Estruturação do Trabalho.	15
Metodologia.....	17
2. O GARANTISMO PROCESSUAL E O SEU PROCESSO METODOLÓGICO DE COMPREENSÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	19
Abordagem dos Desdobramentos da Terminologia Garantismo.	19
Acepções do Garantismo: um Panorama Histórico.	23
Garantismo Jurídico como Tutela contra o Arbítrio e Tutela contra Frustração.....	31
A Teoria da Dogmática do Garantismo Jurídico Processual.....	35
A Garantia da Liberdade em Face do Poder.....	38
Tipos de Garantia Processual Decorrentes da Constituição para o Devido Processo Legal	
41	
Teoria da Garantia Processual	44
Os Modelos de Dogmática Garantística no Processo.....	49
Garantia como Liberdade <i>Freedom e Liberty</i>	53
Distinção do Garantismo Processual: Análise da Teoria no Brasil e Estrangeira... 54	
A Influência do Garantismo Processual no Direito Estrangeiro	55
Precedentes Históricos à Guisa de uma Eclosão da Teoria Garantista Processual	56
A Virada Garantista para Mateus Pereira no Brasil.....	57
3. APUBLICIZAÇÃO A PRETEXTO DE UMA CONDUÇÃO EFICIENTE DO PROCESSO.....	58
Contextualização Histórica do Marco Publicístico no Processo Civil	58
Contraponto entre o Publicismo e Garantismo no Processo: Fases Metodológicas que Notabilizam o Debate Ideológico.	65
Nuances do Contributo Neoconstitucionalista a Majoração de Poderes do Estado-Juiz....	65
Nota sobre o Ativismo Judicial: Análise do Supremo Tribunal Federal	
67	
A Superação Dicotômica do Direito Público e Privado	71
Garantismo e sua Face Ideológica no Processo	79
A Linguagem e a (des)caracterização da Doutrina Garantista Processual.....	84
Processo Justo e Devido Processo Legal	88

4. DISPOSITIVIDADE PROCESSUAL: A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DE SUA MITIGAÇÃO.....	93
Linhas Gerais acerca da Construção Teórica dos Modelos Processuais	93
Modelos Tradicionais de Processo: Adversarial e Inquisitivo.....	95
A Proposta de um Modelo Misto – Cooperativo – de Processo.	100
4.4. Reflexão Preliminar entre Ciência e Técnica Jurídica para Embasamento Teórico à Crítica Garantista	107
A Mitigação da Dispositividade Processual e a Ameaça à Liberdade, Imparcialidade e Segurança Jurídica.....	113
A Modicidade Principiológica Acerca da Dispositividade do Processo	113
A Dispositividade Mitigada e Oficiosidade Jurisdicional: do Impulso Oficial à Instrução Probatória	116
Imparcialidade e Imparcialidade no Processo e suas Implicações Teórica.	120
As Imbricações da Persecução Probatória no Processo em Busca da Verdade	123
CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	136

1 INTRODUÇÃO

Delimitação do Objeto de Pesquisa

A pesquisa consiste em trazer o resgate das bases teóricas do Direito Processual na perspectiva de uma corrente inaudita no Processo Civil. A partir da visão garantista consubstanciada na Constituição, se buscará resplandecer o problema enraigado a publicização processual, sobretudo, relativamente ao poder que se é outorgado ao Estado-Juiz. O fundamento do trabalho é identificar, por meio do espectro garantista, de cunho dogmático, as premissas que difundiram um processo configurado nos poderes jurisdicionais e sua atuação criativa, em detrimento da dialeticidade e democraticidade relacionado ao processo “coisa das partes”, prenunciado pela corrente garantista aqui estudada.

Verificar-se-á as principais discussões que justificam as razões do pensamento aqui investigado, com o objetivo de apresentar seu eixo processual civil, uma vez que a expressão garantismo jurídico, geralmente, se relaciona as ideias de Luigi Ferrajoli e se direciona a área do conhecimento jurídico de matéria penal. Nesse contexto, de acordo com os elementos de sustentação do grau científico da matéria, manifesta-se importante o trabalho para identificar os dilemas e as soluções viáveis, a comedir a inobservância ao devido processo legal, inobservância de preceitos constitucionais e restrição da liberdade das partes correlacionando a vertente garantista e publicista do processo.

A problemática que envolverá o trabalho, consiste em analisar a dificuldade de observação ao devido processo legal e a garantia constitucional de limitação do poder com a entronização de institutos no processo que consolidam a sua instrumentalização, reputando ao Estado-Juiz a figura do disciplinador do processo, quando as partes deveriam democraticamente construir o seu resultado. A questão é que o garantismo constrói forte crítica nesse sentido, mas seria essa vertente, a partir de seus pressupostos capaz de dirimir as controvérsias com base na Constituição e teoria geral do processo?

O tema proposto pretende desmitificar imprecisões semânticas do tema garantismo processual na doutrina brasileira e, conseqüentemente, trazer a crítica interligada aos partidários da corrente aqui estudada. A necessidade albergada na definição do tema garantismo processual no Brasil se relaciona a hermética tratativa na seara dispositiva do processo. Já quanto as avenças relacionadas as premissas garantistas, estas figuram, sobretudo, às vertentes dogmáticas assumidas no aprofundamento pela doutrina processual contemporânea que majoritariamente se filia a corrente publicista.

Buscar-se-áapresentar a proposta garantista desassociada a teorias perfilhadas por Ana Cláudia Pinho, José Roberto dos Santos Bedaque, Douglas Fischer, entre outros brasileiros que partem depremissas distintas da doutrina delineada neste trabalho. Isto porque, a indicação garantista aqui peregrinada, é autoconclamada por genuína, em razão de partir de seu próprio axioma, segundo o qual, preza pela observância da garantia processual na Constituição do devido processo legal.

Desta forma, se verificará o trato processual, com fundamento Constitucional, dos garantistas acerca das condições científicas e metodológicas assumidas no Brasil por influência de bases científicas fincadas em outros países, em especial, se averiguará na pesquisa, a condição autoritária deflagrada no procedimento, básica crítica garantista, fundada na pretensa colmatação legal. Mas também se analisará se institutos metajurídicos desqualificam a natureza processual, principalmente no que tange a sua finalidade de garantia das partes de liberdade e refreamento do poder do Estado-Juiz, conforme propagado na doutrina brasileira garantista, cujos juristas serão amplamente divulgados nesta pesquisa.

Na pesquisa, será possível vislumbrar, dentro da dogmática que compraz o garantismo processual, em suas defesas e concepções de um lídimo processo constitucional apto a promover um procedimento protegido de arbitrariedades e respeitando o estabelecido no direito posto, a reflexão de institutos da doutrina dominante considerados como acessórios, são eles: eficiência, celeridade etc., que, para os garantistas, acabam por esmaecer o estatuto principal processual: a imparcialidade, liberdade etc.

No estudo, ainda secontornará o viés normativo-democrático do processo que deve nortear, ao intérprete do direito, a leitura constitucional do processo, conforme apontam os garantistas, em detrimento do viés autoritário da concepção inquisitorialque relaciona o processo ao feitio de efetivação do direito material ou preconiza este processo como instrumento da jurisdição.

Será albergada a teoria encampada por Glauco Gumerato Ramos, Eduardo José da Fonseca Costa, Lúcio Delfino, Mateus Costa Pereira, Antônio Carvalho Filho, Igor Raatz, Natascha Anchieta, Luciana Benassi, além de outros que empreendem no direito processual como garantia constitucional, conhecidos como garantistas brasileiros.

Vislumbrar-se-á na doutrina garantista no Brasil, distinta de outras percepções como a de Luigi Ferrajoli, tem como gatilho as ideias despontadas no direito comparado pelos autores

Adolfo Alvarado Velloso, Franco Cipriani e Juan Montero Aroca, apesar de não serem teorias totalmente similares¹. Sendo, portanto, o referencial teórico basilar desta dissertação.

A pesquisa valer-se-á de um estudo do garantismo que se funda no processo civil², identificando a precária e necessária investigação acadêmica acerca do assunto para diagnósticos, que dar-se-á análise de *lege lata*. Assim, em sendo a publicização do processo uma das máculas, segunda a qual o garantista sustentam, que concebem a ideia de majoração do poder do juiz, tendo por uma das grandes consequências a mitigação do princípio dispositivo, regente no processo civil, que nasceu a proposta do estudo sobre os efeitos de tais institutos à crítica garantista.

Nesse sentido, nas obras de Calmon de Passos, Araken de Assis, Rosemiro Leal, cada qual ao seu modo (teoria processual), advertem insistentemente acerca dos perigos da ampliação dos poderes do Estado-Juiz: serão autores que não utilizam das premissas garantistas, mas combatem veemente o instrumentalismo processual, corroborando, desta forma, a essencialidade do debate³.

1 Sobre isso, ver: < <https://emporiiodireito.com.br/leitura/28-a-resistencia-instrumentalista-e-o-surgimento-da-doutrina-brasileira-do-garantismo-processual-uma-breve-analise-em-dois-atos>>. Acesso em: 26 mai. 22.

2 Em poucas linhas, o precursor das ideias garantistas processuais no Brasil, Glauco Gumerato Ramos indica o que pode ser entendido por escola brasileira de garantismo processual. “Na relação havida entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível há o pensamento que os conecta, racional e empiricamente. O produto natural da interface destes três elementos será o conhecimento. O conhecimento refletido, amadurecido, bem elaborado, enfim, culto, forma os saberes epistemológicos (=científicos) que atraem os espíritos nascidos com essa vocação. (...) Os sujeitos que se põem a refletir sobre os temas ali tratados, o fazem porque se identificam com a essência do respectivo conhecimento, ainda que possam existir certos acidentes discursivos (=peculiaridades) que de nenhum modo alteram a substância do pensamento reverberado pelos que estão conectados ao conhecimento da respectiva escola. Pode-se identificar uma escola de pensamento a partir de alguns dados objetivos que são observados nos discursos prescritivos e/ou descritivos sobre o conteúdo por ali propagado: [i] limitação do objeto do conhecimento, [ii] identidade ideológica relacionada à função-finalidade do objeto, [iii] termos linguísticos dotados de significado próprio, [iv] confrontação analítica com pensamentos opostos; [v] convergência dos pontos de vista dos pensantes; [vi] existência de um canal de veiculação do conhecimento produzido com base nos critérios “i” a “v””. RAMOS, Glauco Gumerato. **Patrono póstumo da escola brasileira de garantismo processual: José Joaquim Calmon De Passos**. Direito, processo e garantia: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). Londrina: Thoth, 2021. E RAMOS, Glauco Gumerato. #77 - **Patrono póstumo da escola brasileira de garantismo processual: José Joaquim Calmon De Passos**. Coluna Garantismo processual. Disponível em: < <https://emporiiodireito.com.br/leitura/77-patrono-postumo-da-escola-brasileira-de-garantismo-processual-jose-joaquim-calmon-de-passos>>. Acesso em: 26 mai. 2022.

3 “Seria um retorno a Bülow, numa reafirmação ampliada da arcaica teoria do processo como relação jurídica, é imaginar, como ainda querem os instrumentalistas de hoje, que o processo constitucional seja instrumento de uma jurisdição constitucional exercida pelo juiz como justiceiro-controlador da constitucionalidade (tribunais constitucionais), porque, nas democracias, a jurisdição é o conjunto de conteúdos jurídicos (materiais-processuais) assegurados pelo devido processo coinstitucionalizante e coinstitucionalizado na criação, recriação, definição, interpretação e aplicação das leis por todos os agentes legitimados no recinto da comunidade jurídico-democrática de direito” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 94-95); “é na ênfase maior ou menor na atividade das partes e na atividade do juiz que se expressa as linhas ideológicas do ordenamento processual” ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Volume II: parte geral: institutos fundamentais: Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 894.

O caráter principiológico do "princípio" dispositivo, possui suas implicações no campo de aplicação, em que sua mitigação ocorre para que, em substituição do impulsionamento do feito pelas partes, o juiz tome as rédeas do processo, analisando a verdade e inobservando o espaço democrático processual – o contraditório, no percurso procedimental. Com isso, a discussão se dá no desenvolvimento da ciência processual, de modo a examinar “em que medida o reforço do papel do juiz com o desprezo do papel das partes liga-se a pressupostos históricos e teóricos que, até hoje, encontram-se arraigados nas posturas publicistas ou antigarantistas existentes no direito processual brasileiro”⁴.

Na pesquisa poder-se-á averiguar o contexto analítico fundamentalmente afetos ao protagonismo judicial, prováveis pretextos de confiar o Estado-Juiz como “solução” às omissões legais, tanto na perspectiva discricionária do magistrado, quanto da própria outorga legal, a partir de conceitos jurídicos indeterminados e análise principiológica. Isto porque o controle de legalidade do Judiciário é realizado pelo próprio Poder. Motivo pelo qual a doutrina garantista infere a necessidade abalimento da atuação jurisdicional para evitar arbitrariedades nocivas a garantia do cidadão e as próprias partes⁵.

O trabalho se desincumbirá em engendrar um capítulo com a demarcação da atuação do juiz ou das partes, “a divisão de tarefas”⁶ sufragado pela doutrina no modelo processual cooperativo, mas denota os eixos centrais que o problema causa, na versão garantista – publicização do processo e consequência – mitigação do princípio dispositivo. Propõe, assim, evidenciar, na própria análise em questão, possíveis reformulações ao problema da indiferença ao devido processo legal, contraditório e liberdade das partes, a democracia processual, flexibilizações frente ao procedimento na busca pelo "processo justo" e por conduto de uma “noção de processo em que as garantias contrajurisdicionais das partes são habitualmente relativizadas”.⁷

4 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p.21.

5 “Desse modo, constatada a insuficiência normativa do então denominado princípio dispositivo, deve-se partir para um novo ângulo visual, em que o direito à liberdade e a preservação da autonomia privada passem a ocupar um lugar fundamental, - ao lado da garantia da imparcialidade - no escopo de barrar o arbítrio judicial ou, em outros termos, delimitar a atuação de ofício do juiz no direito processual. Dito de outro modo, torna-se impositivo repensar o modelo de divisão de trabalho entre o juiz e as partes a partir do redimensionamento que o direito à liberdade e a autonomia privada recebem no processo no Estado Democrático de Direito”. RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p.23.

6A expressão disseminou-se no direito brasileiro com Barbosa Moreira. A respeito, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: **Temas de direito processual**. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

7RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p.23.

A intenção não é procurar embates como assombro de teorias ou sustentação entusiasta de uma corrente, mas de outro modo, mostrar as inovações da doutrina proposta no estudo e suas críticas em relação ao publicismo. Dentro da perspectiva consequencial de mitigação da dispositividade processual, apresentar as reflexões e postulados da teoria garantista acerca da liberdade das partes no processo, sobretudo, no que toca a titularidade da marcha processual e a produção de prova e verdade pelas partes.

São análises teóricas e proposições empíricas dos efeitos da apropriação desse direito e garantia. Mas que também serão denotadas eventuais contradições na doutrina, como a percepção unitária do processo albergada pelos autores garantistas aqui tratados, premissas próprias estabelecidas em um processo único, baseado no Direito Constitucional e sem adjetivação. Não é uma corrente majoritária, bem como há dicção divergente na Constituição Federal como no art. 5º, XII e art. 62, I, b, em que expressamente fala em Processo Penal e não em procedimento.

O objetivo do presente trabalho, então, é analisar as premissas constituídas na escola garantista com fundamento no processo constitucional. Este é o foco do trabalho, mas, para alcançá-lo, será necessário examinar aspectos do publicismo processual inerente a doutrina, questões acerca da teoria geral e do procedimento e diversos pontos sobre fundamentos processuais como o devido processo legal, constituído, essencialmente pelo contraditório, bem como a produção de provas na justiça privada e a convenção de arbitragem.

A partir da identificação de vários posicionamentos defendidos por alguns juristas contemporâneos, identificar-se-á três diferentes discursos sob os quais o debate publicismo/garantia poderia ser abordado no âmbito do direito processual, a fim de mostrar que cada um apresenta características particulares, premissas diferentes e, também, conclusões que não são necessariamente compatíveis entre si.

Estruturação do Trabalho

No primeiro capítulo se realizará uma apresentação geral do garantismo processual sua teoria dogmática e epistemológica desnudando todo o arcabouço científico atrelado a temática. Da sua terminologia e variadas acepções homógrafas, seu panorama histórico perpassando tanto pela possível origem do termo no direito estrangeiro, também a gênese conceitual oriunda da escola do garantismo processual aqui estudada.

Tentar-se-á suplantar questões relacionadas a semântica, prefixos e sufixos, além de tratar da tutela garantista, seus sentidos contra o arbítrio e tutela contra frustração como forma

de distinção abstrata do cuidado garantista no direito. Também abordado o campo dogmático da garantia processual, apoiando-se no direito constitucional e premissas lá estabelecidas, como também na garantia processual.

Será versada a garantia, em razão do emprego conceitual do garantismo processual acerca da liberdade das partes no processo, de modo a analisar os efeitos do processo enquanto macro garantia constitucional, finalizando no enfoque realizado pelo autor garantista Mateus Pereira no Brasil, acerca da ascensão da teoria.

No capítulo terceiro se iniciará a análise acerca da publicização processual e sua pretensão de proposições acessórias ao processo como celeridade e eficiência. Será realizada uma análise breve e histórica, de modo a delinear sua roupagem até a contemporaneidade, enfatizando o que os garantistas, em suas respectivas obras, em que julgam ser essencial ao debate.

Em sequência, no mesmo capítulo, será ponderado o contraponto entre o publicismo e garantismo no processo, a sua discussão metodológica e ideológica circundante a temática, perpassando pela análise do neoconstitucionalismo, ativismo judicial – com a pesquisa relacionada ao pensamento soberano no Supremo Tribunal Federal, como uma forma de trazer aspectos pragmáticos a pesquisa, sem adentrar a discussões constitucionais acerca do ativismo judicial, mas trazendo à baila a consonância do movimento discricionário no ordenamento jurídico a partir da jurisdição Superior.

É possível verificar no trabalho a superação dicotômica do direito público e privado, como forma de indicar que o problema não reside na natureza jurídica do instituto privado ou público, isso é resolúvel e apequenado diante da ameaça a garantia constitucional do processo como defesa das partes.

Uma elementar passagem pelo campo da linguagem será realizada como afirmação de uma narrativa dentro do direito, assume um importante papel na compreensão do direito, desde sua interpretação até aplicação. Assim, fundada na importância de perceber a nocividade do campo criativo do sujeito dentro em seu discurso que se finaliza o capítulo com a análise sintética do processo justo e o Devido Processo Legal. O primeiro como discurso instrumental e o segundo como premissa perseguida pelo modelo dispositivo assumido pelos garantistas.

No quarto capítulo serão reconduzidas as linhas gerais acerca da construção teórica dos modelos processuais, inaugurada as inquirições acerca dos modelos e sua insistência na consecução de um processo moldado em um princípio dispositivo ou instrumental. Depois realizar-se-á a reflexão sobre a ciência e técnica jurídica, uma vez que, os garantistas

consideram na atualidade, a mudança de paradigma da ciência para a técnica, empobrecendo, certo modo, a epistemologia processual.

Por conseguinte, será analisada a modicidade principiológica e sua imprecisão acerca da dispositividade do processo, trazendo mais aprofundadamente o problema da atuação do juiz, o arbítrio e a oficiosidade, sem descurar da dispositividade mitigada do impulso oficial à instrução probatória.

Por fim, na avaliação garantista processual, foi tratado acerca do problema de relevo que é a imparcialidade e imparcialidade do juiz no processo, manifestada ante a produção probatória no processo, em busca da verdade pelo Estado-Juiz. Aqui, se almejou apresentar questões relacionadas a persecução probatória e sua valoração pelo magistrado, na avaliação garantista, que, a depender da forma com que é administrada, denota o caráter imparcial – objetivo ou subjetivo – do juiz, produto de um sistema mais influenciado pelo viés inquisitorial.

Metodologia

No site da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES foi pesquisado, por meio de palavras-chave, o tema da pesquisa da dissertação. Lá foram identificados 197 (cento e noventa e sete) resultados da pesquisa do garantismo processual, entre trabalhos nacionais e estrangeiros. Contudo, desse número, são extraídos somente dez trabalhos que cuidam especificamente da temática estudada nessa pesquisa. Isso se deve ao distanciamento conceitual do nome garantismo processual que pode ser analisado a partir de diversas propostas e significados.

A distinção existente entre os trabalhos localizados, independentemente de tratar-se de um livro ou artigo, se encontra nos seguintes aspectos: área de estudo do direito interdisciplinar (penal, civil, constitucional e processo), dada a propagação da temática no âmbito de outra ciência jurídica, apesar da distinção dogmática, a aplicação congênere em direito material afeto ao processo e a relação estrutural da garantia constitucional que é o processo.

Foram verificadas formas de apresentação linguística e como ocorre sua manifestação no direito, com uma abordagem dos signos, definições, classes, sistema, bem como a análise a partir de sua corporificação na percepção dos autores garantistas, da influência do meio e a sociedade. Finalmente ficará clara a potencialidade significativa da conexão linguística na transmissão normativa, que revolve os sujeitos na comunicação.

Para isso, utilizar-se-á um método fundamentalmente analítico, sem o comprometimento com os modelos descritos. A defesa será de um debate ao nível do discurso filosófico com a identificação das premissas da teoria política que, são as que caracterizam os modelos de publicismo e garantismo: o papel do Estado e o papel do processo. No que se refere ao papel do Estado para o modelo publicitário, ele deve atuar como provedor, para proteger os direitos fundamentais/garantias processuais e, para isso, o processo é visto como uma ferramenta da jurisdição para atingir seus objetivos. Por sua vez, no caso do modelo de garantia, a função do Estado reside fundamentalmente em abster-se de afetar direitos fundamentais/garantias processuais e, portanto, o processo, longe de ser um instrumento do poder jurisdicional, está fundamentalmente orientado para o controle dele, passando a configurar-se como garantia cidadã.

O trabalho apresenta maiormente o contexto dogmático com a pesquisadas predileções legais e doutrinárias, a partir da crítica garantista. A pesquisa se desenvolveu bibliograficamente, cujo referencial teórico basilar se conta entre os garantistas brasileiros, fazendo tão somente a comparação nos demais autores que lecionam acerca de garantismo para distinção. Contudo, ficou patente a necessidade do aprofundamento no debate, mesmo porque, a proposta de resolução do problema são hipóteses que precisam de ser abordadas na academia, uma vez que, seus reflexos perpetuam drasticamente efeitos jurídicos, referentes ao campo criativo sem a subserviência legal, por decorrência da atuação instrumentalista do magistrado.

2O GARANTISMO PROCESSUAL E O SEU PROCESSO METODOLÓGICO DE COMPREENSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Abordagem dos Desdobramentos da Terminologia Garantismo

A simples análise terminológica do garantismo é insuficiente na investida por um entendimento profícuo do tema em sua procedência processual, objeto de análise neste trabalho, que tem ganhado espaço no debate jurídico na ciência processual. Não se trata de uma abordagem genérica, longe disso, a dimensão do fundamento constitucional dessa doutrina, manifesta a necessidade de se enveredar substancialmente acerca do garantismo para compreender sua natureza jurídica processual.

O termo é eivado de vagueza semântica, problema da generalização das expressões jurídicas⁸, não nos permite tomar conclusões oportunas e por si só não tem, categoricamente, o condão de se definir, se não atrelado a alguma proposta de filiação para composição de um significado. No campo da linguagem, a vagueza pode ser analisada em sua derivação lógica, ontológica, epistemológica e semântica. A vagueza semântica⁹ que interessa ao trabalho, “surge de uma discrepância estrutural entre linguagem e realidade extralinguística”¹⁰. A lógica não pode curar semântica sem sentido¹¹.

Para Poscher, o mundo se modifica continuamente sem delimitações semânticas, uma cultura da empiria linguística que requereria o desenvolvimento de convenções para exatidão de expressões linguísticas, na tentativa de suprimir a vaguidão dos sentidos e não sendo o

8 “A vagueza da individuação diz respeito à delimitação precisa de um objeto. Afeta predicados e termos singulares”. POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 8 n. 3 (2016): Setembro/Dezembro. 272-285p.

⁹ Mesmo adjetivando em Garantismo Jurídico Processual, se verificará bases teóricas distintas que partem de pressupostos também diferentes. Neste trabalho, o objetivo é analisar o processo como garantia de liberdade das partes fundada na Constituição, os autores ensinam nesse sentido são: Eduardo Costa, Mateus Pereira, Glauco Ramos, Lúcio Delfino, entre outros aqui consignados.

10 POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 8 n. 3 (2016): Setembro/Dezembro. 272-285p.

11 POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 8 n. 3 (2016): Setembro/Dezembro. 272-285p.

caso de tão logo utilizar-se de fatos limítrofes pré-determinados, como alternativa de saneamento de incompreensões¹².

Característico da linguagem científica, a busca pela colmatação de lacunas no sentido das palavras por meio da substituição por termos que tragam precisão aos fenômenos descritos, quando não, se emprega a palavra acompanhado de seu significado. É papel do cientista trazer palavras isentas e desprovidas de conteúdo emotivo, de modo a evitar “confusões significativas” e a consequente manifestação de “inclinações ideológicas”¹³. Para Lourival Vilanova¹⁴:

Se o formal permite a neutralidade do comportamento cognoscitivo do homem, se o homem concreto, em face das formas e sua articulação em sistema – assim, na lógica – comporta-se como sujeito puro, quando trava contato com o mundo dos conteúdos sociais e históricos, vem a travar consigo mesmo, e, em vez da relação sujeito-objeto, mescla-se essa relação com uma inevitável parcela de atitude prático-valorativa.

O estímulo cognoscitivo em que o indivíduo poderá problematizar levantando questionamentos do objeto analisado e desdobramentos, verificados sob enfoques teóricos, chama-se de modelo zetético¹⁵, de outro modo, o modelo dogmático é aquele que não se discute, não se nega e se apresenta pré-definido. O primeiro guarda percepção aberta com enfoque em perguntas, já o segundo é fechado e se consubstancia nas respostas¹⁶.

O prelúdio de características da linguística aqui ensaiado guarda relação intimista com a definição do garantismo, “o estudo linguístico apresenta importância fundamental para a Ciência do Direito, pois esta tem como objeto dados que são expressos pela própria

12 POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**.v. 8 n. 3 (2016): Setembro/Dezembro. 272-285p.

13 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018.p. 59-60.

14 VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**, vol 1, São Paulo, Axis Mundi/IBET, 2003, p.82.

15 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2018. p.41. “No primeiro caso, usando uma terminologia de Viehweg, temos um enfoque zetético, no segundo, um enfoque dogmático. Zetética vem de zetein, que significa perquirir, dogmática vem de dokein, que significa ensinar, dou trinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), sua diferença é importante. O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um dever-ser (como deve ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação”.

16 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: Levando a imparcialidade a sério**. Salvador: JusPodivm, 2018. p..39.

linguagem”¹⁷. Os autores pelos quais serão utilizados como referencial teórico nesta pesquisa advertem enfaticamente a necessidade de distinguir o garantismo processual das outras espécies de garantismos, debruçando-se genuinamente e sem propostas sincréticas de conceituação.

Através do vocábulo puro garantismo é impossível obter uma definição ecumênica na pesquisa sobre o tema, dada a suas diversas facetas atreladas a nomenclatura garantista. Eduardo Costa diferencia e denota o recorte garantista dentro do universo de significados que o termo oferece, sobretudo, juridicamente¹⁸.

Segundo o autor, dizer garantismo significaria “uma doutrina das garantias, ou de algo que seja uma garantia. Entretanto, com isso se diz ainda muito pouco. Por isso, é preciso espessar-se o termo, agregando-se ao substantivo algum adjetivo”¹⁹.

No esquema semântico haveria a necessidade de atrelar ao campo de agregação, no caso de garantias albergadas ao direito, adequado seria Garantismo Jurídico, como técnica de especialização. Já o garantismo objeto do presente trabalho, pode-se ainda, apurar chamando de Garantismo Jurídico Processual.

Sobre o garantismo jurídico processual que será tratado acuradamente nos próximos itens, Eduardo Costa esclarece que a partir da composição do termo “sugere-se uma doutrina das garantias no processo e/ou uma doutrina do próprio processo como uma garantia ou como um sistema de garantias. Mesmo assim, para se desfazer a ambiguidade infligida à expressão, é preciso esclarecer qual o conceito de garantia empregado”²⁰.

O estudo do garantismo jurídico pode ser inaugurado a partir de abordagens epistemológica, jusnaturalista, fenomenológica etc²¹, bem como ser reconhecido, dentro de

17 TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Linguagem no direito**. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/68/edicao-1/linguagem-no-direito>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

18 "Entrementes, muitas as correntes desencaminhadas, que inconfessadamente desenraizam o processo da Constituição e o envolvem em sobrecargas inconvenientes, esfumando-lhe seu 'ser constitucional' e, portanto, sua institucionalidade garantística (a pior delas no País é a instrumentalidade do processo', fundada num princípio epocal mântico sem qualquer consistência positivo-constitucional, que reduz o processo a mero 'artefato para boas intenções' e que tem servido como fonte de compreensão e racionalidade de qualquer manifestação no universo processual). Nesse sentido, toda processualística deve ser uma 'revelação-destruição': explicitando hermeneuticamente o processo como estrutura de garantia das partes, demole criticamente a dissimulação do processo como mero 'utensílio do juiz'. Isso mostra que, em última análise, a disputa entre o ativismo (que é uma teoria utensiliar) e o garantismo (que é uma teoria não-utensiliar) é disputa-parafraseando Heidegger - entre velamento [Verborgenheit] e desvelamento [Unverborgenheit, entre ocultação [Verdecktheit] e desocultação [Unverdecktheit]". COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 71.

¹⁹COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 252

²⁰COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 252.

²¹Até o fechamento da pesquisa não foram localizadas as abordagens jusnaturalista (trata-se de “uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (ius naturale), ou seja, um sistema de normas de

um sistema normativo de modelo *lege lata*, como uma doutrina dogmática ou zetética. Nesse sentido, não há uma patente reservada ao tema, oportunidade em que se constata, desde logo, os garantismos oblíquos por meio de sua derivação jurídica.

Isto culmina em interpretações errôneas atribuídas, *v.g.*, ao garantismo jurídico processual, que, como ficará patente durante o trabalho, não é o mesmo garantismo jurídico sustentado por Luigi Ferrajoli, um grande jurista que tem seu nome atrelado a doutrina garantista em razão de seus escritos acerca do tema e que guardam características peculiares.

Desse modo, as imprecisões linguísticas desencadeiam discordâncias entre os juristas, muito mais entre aqueles que se reservam ao conhecimento sincrético do tema, mesmo em meio a sua acuidade no direito, e são provenientes, em rigor, de desajustes linguísticos nos significados dos signos por eles usados²².

As incompreensões – sem significado – fazem os discursos dos juristas carecerem de certa objetividade, clareza, concisão e coerência. “A situação se agrava quando ocorre a baralhada de planos (níveis) do discurso jurídico entre linguagem do direito positivo (linguagem objeto) e a linguagem da Ciência do Direito (metalinguagem)”²³.

As transições dos conceitos se dão através da recepção. Para que um conceito seja juridicamente relevante, deve estar no interior do sistema do direito positivo. Ex.: determinada teoria não ingressa no direito sem que uma norma (linguagem prescritiva) a contemple. “Conceitos são inseridos no direito positivo sem a devida adequação. Por isso a necessidade de categorização lógica de definição”²⁴.

O garantismo processual, objeto desse trabalho, hodierno no Brasil, no direito estrangeiro, é uma corrente amparada em Franco Cipriani, Alvarado Veloso e Juan Montero Aroca, uma doutrina epistemológica e dogmática, genuinamente processual e de índole constitucional que entrever garantias no processo e/ou o próprio processo como uma garantia em si, de liberdade titularizada pelo cidadão em juízo, oriundo de suas próprias premissas

conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo)”BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992.p. 655), fenomenológica (o estudo dos fenômenos no direito, na abordagem de Heidegger dar-se-á pela significação que as experiências denotam em sua dimensão consigo mesmas - HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Maria Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes. 4 ed, 2009.p. 198). Assim, a assertiva é inferida em razão do comentário doo garantista Eduardo Cost em: **Mesa redonda 26: O que é Garantismo Processual? Falando de processo**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=e7fobcjAJtw&t=616s>>. Acesso em: 17.jul.2020. 22MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Sobre as definições**.CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); BRITTO, Lucas Galvão de (org.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016. P. 261.

23 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Sobre as definições**. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); BRITTO, Lucas Galvão de (org.). *Lógica eDireito*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 261.

24 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Sobre as definições**. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); BRITTO, Lucas Galvão de (org.). *Lógica e Direito*.São Paulo: Noeses, 2016. p. 254.

dentro do ambiente dogmático, trata-se de um complexo de situações jurídicas empenhadas pelo cidadão contra o arbitrário do Estado-juiz.

Como será visto durante o trabalho, o tema garantismo processual detém densidade e funda um grande debate, principalmente entre as pessoas que pouco sabem do assunto. A vaguidade aqui apresentada, referente ao termo garantismo, “implica da ausência de regra definida acerca da aplicabilidade e extensão de um termo, em virtude da inexistência de limites precisos para sua denotação”^{25_26}

As dificuldades alistadas à semântica da palavra garantismo não representam obstáculo à comunicação, pois como ficou nítido, “sugere-se uma doutrina das garantias, ou de algo que seja uma garantia”²⁷, contudo, trata-se de um grande impasse no desenvolvimento de um discurso propriamente científico. “Nessa hipótese, onde a ambiguidade e a vaguidade representarem empecilhos à precisão terminológica que o conhecimento científico requer, imprescindível um processo de elucidação, esclarecendo o sentido e a extensão atribuídos à palavra”²⁸. Assim, nos próximos itens desse capítulo será concentrada a pesquisa em aprofundar as origens e o desfecho no garantismo processual, de modo a elucidar sua identidade.

Acepções do Garantismo: Um Panorama Histórico

25 Para Luis Alberto Warat: “Metaforicamente, pode-se dizer, com referência a qualquer denotação dos termos da linguagem natural, que ela apresenta três zonas: a) de luminosidade positiva – composta pelos objetos ou situações onde não existe nenhuma dúvida em relação a sua inclusão na denotação; b) de luminosidade negativa – composta pelos objetos ou situações que com certeza não entram na denotação; c) de incerteza – onde existem legítimas dúvidas quanto ao fato do objeto ou situação entrar ou não na denotação. Nesta zona de incerteza é onde se apresenta o problema da vagueza”. In TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Linguagem no direito**. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/68/edicao-1/linguagem-no-direito>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

26 As palavras são símbolos (convencionais ou arbitrários) que representam algo. Usa-se para fragmentar e diminuir a complexidade. A relação Palavra e realidade é igual a significado. Dois sentidos para o significado: 1) conotação – designação e 2) denotação – coisas particulares – elemento de classe). Significado conotacional das palavras é dado pelo ato de definir. Indicar o significado de um termo. Objetivo de eliminar ambiguidade. Aclarar o próprio significado, explicações teóricas e influenciar atitudes. Enunciado definatório: a) *definiendum* – palavra que busca definir; e b) *definiens* – palavras definidoras. Em termos conotativos, o *definiens* deve conter as características definitórias para se usar o *definiendum*. *Definiens* não deve ser mais amplo nem mais estreito que o *definiendum*. A definição é sempre uma operação linguística entre palavras e não define a realidade, esta se descreve. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Sobre as definições**. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); BRITTO, Lucas Galvão de (org.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016. P. 261.

27 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 251.

28 TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Linguagem no direito**. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/68/edicao-1/linguagem-no-direito>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

Como visto, o garantismo implica designações segmentadas em diversos ramos entre os quais o político-filosófico-jurídico assumem destaque, como será visto, de modo não exaustivo, a seguir²⁹.

Na compreensão político-social do filósofo francês Charles Fourier, o garantismo é um “sistema de segurança social que procura salvaguardar os sujeitos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais³⁰”. Já na versão liberal³¹ de Guido De Ruggiero, o garantismo é corporificado na “liberdade política [...] como liberdade do indivíduo do Estado e frente ao Estado³²”, ou seja, a “concepção das garantias da liberdade³³”.

Não sem razão, foram dispostas tais acepções para corroborar o desfecho acerca do garantismo jurídico. E aqui, será adequado discorrer, acerca do garantismo adjetivado por jurídico, que é o recorte do trabalho, para tratar de uma doutrina de garantias em um ambiente jurídico e logo depois adentrar a aplicabilidade no Direito Processual.

Remontando as primeiras ponderações que convêm de base à construção do garantismo jurídico, tem-se a figura do jurista e filósofo do século XVIII, Francesco Mario Pagano, que foi um representante radical da ala iluminista de Nápoles³⁴. Correligionário do pensamento garantista em Montesquieu e Césare Beccaria, em suas contribuições jurídicas, Pagano formou a ideia de que a lei é garantia da liberdade do homem³⁵. Além de que sua percepção do garantismo combatia a discricionariedade potestativa do juiz. Para o jurista, “feliz e afortunado o povo onde infinito seja o poder das leis e muito limitado o do juiz³⁶”.

29 Sem pretender adentrar no mérito lexical, deve-se pontuar que o sufixo “ismo” em garantia, como um recurso para denominar novos vocábulos representativos. Para Dario Ippolito: A palavra “garantismo” – hoje de uso corrente nas principais línguas neolatinas – é um neologismo do século XIX (época prolífica de ismos políticos: liberalismo, constitucionalismo, comunismo...). IPOLLITO, Dario. **Itinerário do Garantismo**. Videre, Dourados, MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011. p.54.

30 MARX, K. ENGELS, F. **Manifesto del Partido Comunista** (1848). cap. III. RomaBari: Laterza, 2005 in IPOLLITO, Dario. **Itinerário do Garantismo**. Videre, Dourados, MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011. p. 54.

31 Entre os autores que trataram de um garantismo de liberdades tem-se também: Nicola Matteucci e Benjamin Constant, que constatarem “a exigência de tutelar, sob o plano constitucional, os direitos fundamentais do indivíduo. Isto é: a liberdade pessoal, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e, por fim, a inviolabilidade da propriedade privada”. RUGGIERO, Guido De. **Storia del Liberalismo in Europa** (1925). Roma-Bari: Laterza, 1984. p. 63.

32 IPOLLITO, Dario. **Itinerário do Garantismo**. Videre, Dourados, MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011. p. 56.

33 IPOLLITO, Dario. **Itinerário do Garantismo**. Videre, Dourados, MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011. p. 56.

34 Francesco Mario Pagano. (n.d.) **The Great Soviet Encyclopedia**, 3rd Edition. (1970-1979). Disponível em: <https://encyclopedia2.thefreedictionary.com/Francesco+Mario+Pagano>. Acesso em 14. jul 20.

35 Tradução nossa. Em complemento ao pensamento, segundo IPPOLITO, para PAGANO: “La ley, por tanto, es garantía de la libertad. Y la garantía de la ley es la pena, el arma que la prohibición normativa amenaza con utilizar frente a los transgresores” IPOLLITO, Dario. **El Garantismo Penal de un ilustrado italiano**: Mario Pagano y la lección de Beccaria. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007). p. 531.

36 Apud IPOLLITO, Dario. **El Garantismo Penal de un ilustrado italiano**: Mario Pagano y la lección de Beccaria. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007). p. 540. Pagano faz uma releitura do juiz “bouche de la loi” que quer dizer: boca da lei de Montesquieu. As contribuições garantistas de Pagano avançam

Nesse estudo, não há uma patente reservada ao tema, conquanto se prolate como precursor o jurista italiano Luigi Ferrajoli, oportunidade em que se verifica, desde logo, os garantismos enviesados por meio de derivações jurídicas. Nesse sentido, “o garantismo se radica na linguagem filosófico-jurídica italiana do segundo pós-guerra³⁷”, a divulgação da expressão garantismo ocorreu por meio de Salvatore Battaglia no *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, já na segunda metade do século XX que partilha das seguintes definições³⁸:

- 1) Característica própria das mais evoluídas constituições democrático-liberais, consistente no fato de elas estabelecerem dispositivos jurídicos cada vez mais seguros e eficientes a fim de garantir a observância das normas e do ordenamento por parte do poder político;
- 2) Doutrina político-constitucional que propugna uma cada vez mais ampla elaboração e introdução de tais dispositivos no ordenamento jurídico³⁹.

Como visto, o garantismo fundamenta várias conjecturas alinhadas a um paradigma positivista que propõe blindar os indivíduos, acertando o poder do Estado, a fim de promover segurança e liberdade em irresignação a arbitrariedades. Dessa forma o garantismo se desenvolve na ótica de uma “teoria do sistema de garantias de direitos fundamentais, que analisa, aprimora e desenvolve o regime jurídico necessário para a proteção dos direitos civis, políticos, sociais e da liberdade sobre os quais hoje vivem as democracias constitucionais⁴⁰”.

Conquanto a temática aparente se tratar de uma exaltada doutrina, juridicamente, o garantismo só obteve maior expressividade com Luigi Ferrajoli em obras como *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale* – Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Em suas obras de conteúdo enciclopédico, Ferrajoli empenha-se em ampliar o modelo garantista, erigindo o direito material e processual penal ao constitucionalismo democrático.

Para Ferrajoli, o garantismo é um modelo epistemológico que abarca três linhas de abordagem: Estado de Direito e seus níveis de deslegitimação; a teoria do direito e a crítica jurídica; e filosofia do direito e a crítica à política. Segundo o autor, o principal pressuposto

ainda acerca de: o princípio da legalidade do processo, o princípio da imparcialidade do juiz, o princípio da paridade de poderes entre acusação e defesa, o princípio do contraditório e o princípio da oralidade e da publicidade de todo o procedimento.

37 RUGGIERO, Guido De. *Storia del Liberalismo in Europa* (1925). Roma-Bari: Laterza, 1984. p. 63. in IPOLLITO, Dario. **Itinerário do Garantismo**. Videre, Dourados, MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011. p. 54.

38ROSSI, G. C. O, Grande Dizionario della Lingua Italianade Salvatore Battaglia. ALFA: **Revista de Linguística**, São Paulo, v. 5, 2001. Disponível em:< <https://periodicos.fclar.unesp.br/alfa/article/view/3235>>. Acesso em: 13 set. 2022.

39 TRINDADE, André Karam. **Raízes do Garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 14. Jul. 20.

40 RUGGIERO, Guido De. *Storia del Liberalismo in Europa* (1925). Roma-Bari: Laterza, 1984. p. 63.

de uma teoria geral do garantismo está na separação entre direito e moral, entre ser e dever ser⁴¹.

O autor destina críticas à divergência relacionada a estrutura deontica das normas, existente entre normatividade e efetividade que propõe a análise dos fenômenos advindos das acepções naturalista e normativista da suposição de fatos como valores ou, ao contrário, dos valores como fatos⁴². Momento em que Ferrajoli se manifesta simpático ao constitucionalismo/neoconstitucionalismo⁴³, sustentando um nexos necessário entre positivismo e constitucionalismo, em que indica abandonar ao que chama de paleo-positivismo – inclusive, diverge de Hans Kelsen⁴⁴ – e busca uma “conexão conceitual própria das atuais democracias constitucionais⁴⁵”.

As postulações do jurista italiano acerca do garantismo não podem ser aplicadas de forma uníssona em todas as searas do Direito, haja vista a distinção de tradução epistemológica garantista direcionada as áreas jurídicas, mais destacadamente entre o direito civil e o direito penal, este último em que o autor, maiormente se debruçou. O próprio autor reconhece que suas teses são destinadas ao direito penal, mas que há possibilidade de desenvolver, “com referência a outros direitos, técnicas ou critérios fundamentais e de legitimação, modelos de justiça e modelos de garantia de legalidade civil, administrativa, constitucional, internacional, estrutural do trabalho análogo ao penal aqui elaborado⁴⁶”.

Ao tratar de legitimação formal e substancial na jurisdição e poderes do Estado⁴⁷, Ferrajoli denota peremptoriamente as particularidades do garantismo penal dos demais direitos, sobretudo, em razão da postura do juiz, propondo um modelo adversarial para o

41 FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia jurídica y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 11.

42 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon: Teoria del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998. p. 855.

43 “Como es sabido, el «constitucionalismo» —o «neo-constitucionalismo», según la expresión hoy más habitual entre los filósofos del derecho— es interpretado conforme a la tesis según la cual, a diferencia del positivismo jurídico, en el constitucionalismo se daría una conexión conceptual entre derecho y moral, em clave predominantemente iusnaturalista”. FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: Una discusión sobre Derecho y Democracia**. Madrid: Trotta, 2007. p. 24.

44 “Para ele, a todo direito subjetivo deve corresponder - mas não corresponde necessariamente - uma garantia, que o assegure. Ao contrário de HANS KELSEN, para o jurista italiano a previsão de um direito subjetivo não implica desde já a existência do respectivo dever [= garantias primárias ou de primeiro grau]. Tampouco implica de plano a sancionabilidade de condutas ilícitas ou a anulabilidade de atos inválidos [= garantias secundárias ou de segundo grau]. Se há dever desde sempre, é o dever do Estado de instituir as garantias primária e secundária correlatas ao direito subjetivo estatuído. Se é direito constitucional, a tarefa de atuá-lo compete ao legislador; se infraconstitucional, ao administrador”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 252.

45 FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: Una discusión sobre Derecho y Democracia**. Madrid: Trotta, 2007. p. 23.

46 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon: Teoria del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998. p. 857.

47 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon: Teoria del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998. p. 917. Legitimação: a) formal, assegurada pelo princípio da legalidade e a sujeição do juiz a lei e b) substancial, é aquele que recebe a função judicial de sua capacidade de tutela ou garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

direito penal - estrita legalidade para, acima de tudo, garantir a liberdade de cobrança pela verificabilidade e refutabilidade das motivações e o modelo inquisitorial para o direito civil - onde os direitos fundamentais em jogo são de natureza muito diferente, a legitimação substancial que deriva de sua satisfação não requer como garantir nem a verdade nem a exaustividade e é, portanto, bastante mais independente da posição formal⁴⁸⁻⁴⁹.

Neste sentido:

A legalidade civil e administrativa não exige a denotação exata de premissas empíricas, mas também podem incorporar cláusulas critérios gerais ou avaliativos; a motivação do correspondente frases não devem necessariamente consistir apenas de proposições assertivo, mas também pode incluir julgamentos de valor; e sua validade substancial não é muito maior quanto mais aproximada "verdade processual" pode ser pregada a partir dela, mas simplesmente quanto mais razoavelmente fundamentado ou argumentado é com referência a Direitos fundamentais. No entanto, quando a lei não oferece nenhum princípio regulatório, a total falta de legitimidade formal pode comprometer, mesmo em não criminal, a mesma posição substancial⁵⁰.

Ferrajoli é um jurista filósofo e catedrático italiano, entre suas entrevistas nas vindas ao Brasil, reconheceu o garantismo como sinônimo de Estado de Direito em razão da sujeição dos juízes e promotores as normas jurídicas o que constitui o Estado de Direito, assim, protege o cidadão de discricionariedades judiciais, também acrescentou que, em razão de dizer garantismo, expressa que, é “respeitar as garantias penais e processuais, que são, muito mais e muito antes que garantias de liberdade, garantias de verdade”⁵¹⁻⁵². Não se pode olvidar que Ferrajoli é a referência do nome garantismo, sendo utilizado em trabalhos acadêmicos, ao menos como diferencial teórico, como na presente pesquisa.

48 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon: Teoria del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998. p. 918.

49 E aqui, tem-se a discussão acerca de direito disponível (Direito Penal que cuida de vida/liberdade) e não disponível (Direito Civil que trata de patrimônio), o que justificaria uma postura mais ativa do magistrado, instrumentalizando o processo na instrução probatória, na busca pela verdade real no Direito privado e Processo Civil e uma postura comedida pela legislação no Direito Penal e Processual.

50 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon: Teoria del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998. p. 918.

⁵¹FERRAJOLI, Luigi. **Qualquer confusão entre a acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade diz [o] ‘pai’ do garantismo penal**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/qualquer-confusao-entre-acusacao-e-julgamento-e-prejudicial-a-imparcialidade-diz-pai-do-garantismo-penal.shtml>. Acesso em: 13 set. 22.

⁵²“ao garantismo incorre na excessiva adjetivação de Ferrajoli e de sua obra, ainda que sob o pretexto de um debate acadêmico. Por evidente que há inúmeras e valorosas críticas situadas epistemologicamente e que contribuem para o desenvolvimento de um garantismo possível, apesar de seu inegável caráter utópico, mas tais exemplos de críticas pessoais, servem apenas para indicar o quanto a teoria garantista desperta interesse e fôlego crítico, mesmo dentre os que a negam, por variadas razões, inclusive políticocriminais, validade científica e praticidade”. PINHO, Ana Claudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. O Garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des) necessários a certas “críticas” Made in Brazil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica –RIHJ**, Belo Horizonte, ano 17, n. 26, p. 155-186, jul/dez.2019

Nesse sentido, para o autor “as garantias não são outra coisa que técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, para tanto, possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional”⁵³. Aqui verifica-se destacada distinção entre as teorias de Ferrajoli e a em análise nesse trabalho: tutela para efetividade. O garantismo processual pregado por Eduardo Costa afasta-se disso, como já enveredado.

O modelo garantista preconizado por Ferrajoli pode gerar derivações e singularidades como próprias de suas teses, nesse interim, o garantismo jurídico não está subordinado as suas ideias e pode reverberar em uma interpretação bem distinta que a pregada pelo jurista italiano. É o que se identifica a partir da corrente garantista jurídica processual alcunhada pelos juristas: Adolfo Alvarado Velloso, Franco Cipriani e Juan Monteiro Aroca.

Estes últimos juristas citados comungam igualmente da mesma compreensão de garantismo, mais bem chamado de garantismo processual, segundo a qual tem o processo como garantia para combater eventual opressão (estilo Kafkiano), nos arbítrios do Estado-Juiz, como um método para promover a liberdade das partes asseverada constitucionalmente, de igual modo assegurar a observância ao devido processo legal: direito de o cidadão ser julgado imparcialmente pelo juiz e contraditório⁵⁴.

Trata-se de uma corrente avessa ao chamado solidarismo processual⁵⁵, que impulsiona o decisionismo processual (movimento formado por determinados juízes solidaristas que resolvem os litígios que lhes são apresentados, conduzidos pelos interesses pessoais e a base exclusiva de seus próprios sentimentos ou simpatia por uma das partes), convertendo a conduta de juízes a paternalidade. Tal doutrina mostra-se antagônica ao solidarismo sob a ótica de que, no processo, nada se é admitido sem antes passar pelo crivo do devido processo legal⁵⁶.

Diferentemente do garantismo de Ferrajoli⁵⁷, que como visto notamente com seu destacado contributo a temática, distingue-se substancialmente do garantismo processual de

⁵³FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 7.ed.Trad. Bruno Girade Parise. Madrid: Trotta, 2010. p. 2

⁵⁴VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario: Ed. Zeus, 2003. p. 16 e 17.

⁵⁵Diz respeito a prestar apoio à causa altruisticamente, caracterizando-se na tendência doutrinal que procura denotar que os juízes sejam mais ativos, viris, comprometidos com seu tempo e decididos a viver perigosamente com a verdade e a justiça.

⁵⁶VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario: Ed. Zeus, 2003. p. 301 e 302.

⁵⁷ Como abordado, Ferrajoli entende o Garantismo jurídico, inicialmente relacionado ao Direito Penal e Processual, em razão de se tratar de direito indisponível. O autor tem como premissa as bases constitucionais na busca do refreamento do arbítrio do Estado-Juiz, mas com as acentuadas distinções do garantismo processual

Velloso, Cipriani e Aroca, uma vez que, conserva respeito à estrita legalidade, principalmente no tocante a força constitucional e não tolerando transgressão contra lei fundamental. Propõe um modelo de magistratura comprometida com a lei, na certeza de um adequado direito de defesa a todos os interessados e o resguardo a igualdade processual com a clara imparcialidade funcional para fazer plenamente a efetiva tutela de todos os direitos “*pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos*”⁵⁸”.

Mais uma explicação é necessária. Não é que eu esteja tentando aqui depreciar a interpretação legítima dos fatos e a conduta sujeita a julgamento, nem a interpretação - também legítima - da norma jurídica obscura que os juízes devem aplicar. Sim, eu critico a interpretação contra legem, a falta de aplicação da lei positiva que resolve expressamente um caso específico, privilegiando assim o bem sobre o direito novamente, sem que ninguém se lembre dessa decisão contra o texto expreso da lei na Argentina configura o tipo de crime chamado prevaricação⁵⁹.

Os autores vislumbram garantismo irrestrito e pleno, vigente no sistema acusatório ou dispositivo, aplicação garantista de igual modo a todo o ordenamento jurídico⁶⁰, sem adjectivação da seara do direito e disferem várias críticas à diferenciação entre as filosofias garantistas penal/processual e civil/processual é a problemática da publicização e ativismo judicial⁶¹.

Nesse sentido, é importante mencionar, ainda que rudimentar que o ativismo judicial, diferentemente das propostas garantistas supracitadas, propõe um modelo inquisitorial sem distinção de seara processual. Trata-se de “uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas **opiniões pessoais** (grifo nosso) sobre políticas públicas, entre outros fatores⁶²” e forjado no pretexto da defesa da

como a inaplicabilidade às outras áreas do direito, com as observações consideradas ainda neste tópico em que cuida-se da teoria do Jusfilósofo Italiano.

58 VELLOSO, Adolfo Alvarado. **El debido proceso de la garantía constitucional**. Rosario: Ed. Zeus, 2003. p. 301 e 302.

59 VELLOSO, Adolfo Alvarado. **El debido proceso de la garantía constitucional**. Rosario: Ed. Zeus, 2003. p. 301 e 302.

60 CALDEIRA, Adriano César Braz (org.). **Processo e ideologia**. São Paulo: LTr, 2015. p. 9.

61 Nesse sentido: “Durante o século passado, a sociedade viu o surgimento e o desenvolvimento de várias tentativas, não apenas para fazer o coletivo prevalecer sobre o indivíduo em todas as ordens da vida, mas para favorecer o coletivo a ponto de suprimir os direitos fundamentais das pessoas que no processo ele influenciou com manifestações autoritárias claras e que no processo civil foi chamado de publicidade. É hora de deixar esse estágio para trás e abrir novos caminhos. Se o passado é publicidade e autoritarismo, no futuro há a concepção do processo, também o civil, como garantia”. AROCA, Juan Montero. **El proceso llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria**. In: Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch. 2006. p. 165.

62Black’s Law Dictionary Apud Moraes, Alexandre. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1194.

efetivação constitucional “a qualquer custo”, ainda que denote evidente descompasso com seu papel genuíno, apoderando-se da função legiferante⁶³.

No Brasil também há percepções distintas de garantismo processual perpetradas pelos autores díspares: José Roberto dos Santos Bedaque e Eduardo José Fonseca Costa. Enquanto o primeiro assemelha-se ao discernimento Ferrajoliano no tocante ao garantismo em matéria processual civil, o outro compactua com as lições dos três autores do garantismo processual sem o apanágio de um direito em específico.

Apesar de não dialogar com a teoria de Luigi Ferrajoli expressamente, José Roberto dos Santos Bedaque, se identifica com o entendimento pertinente a disponibilidade do direito, assim, o juiz pode assumir esse papel de efetivação de direitos disponíveis. Bedaque ainda se filia ao instrumentalismo processual, de modo que, se consubstanciando no pensamento de Barbosa Moreira empreende em dizer: “a ideia de efetividade do processo está relacionada com o cumprimento, de modo eficiente, do escopo reservado a esse método de trabalho, qual seja, a realização prática das normas de direito material não observadas espontaneamente⁶⁴”, pois para Barbosa Moreira, as aspirações por efetividade se fundamentam no papel instrumental do processo relacionado ao direito substantivo⁶⁵.

Para Bedaque, as partes não devem interferir na relação processual e, especial, nos processos que dizem respeito a interesses de natureza patrimonial, a instrução não ficará restrita às partes, haja vista que o dever do Estado de aplicar a norma ao fato. Na concepção do autor, em relação ao processo civil, que geralmente trata de direito disponível, a finalidade é a concretização do direito material, assim, o garantismo processual estaria relacionado ao estudo de garantias no instrumento da jurisdição chamado processo.

Uma coisa é a relação jurídico-substancial; outra, a relação processual. Esta, uma vez iniciada, deve desenvolver-se de forma a propiciar à função jurisdicional o

63BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 234.

64 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?** in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). **Garantismo processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 32. Bedaque infere que, embora o modelo instrumental tenha sua gênese em regimes totalitários, não pode ser taxado como autoritarista, indica ainda que há possibilidade de sincronismo entre o garantismo e instrumentalismo e que o juiz ativo é compatível com o Estado Democrático de Direito, portanto, uma garantia. p.35 -37.

65 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?** in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). **Garantismo processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 35-37.

melhor resultado possível. E tal resultado, quanto mais próximo da realidade fática deduzido em juízo, mais satisfatória será⁶⁶.

Já na versão garantista processual de Eduardo Costa, o processo é garantia constitucional de liberdade contrajurisdicional⁶⁷ e não um instrumento da jurisdição para efetivar direito material, além do mais, existe irrestrita identificação operacional na aplicação do procedimento penal e civil. E aqui, fica claro que não há adjetivação do processo em civil ou penal, mas somente dos procedimentos, dado o conteúdo legal em razão do direito material analisado. Assim, nos dois procedimentos penal e civil:

Às *partes* se garante um debate pautado por liberdade [*freedom* = autonomia individual da parte para manejar os fatos, os fundamentos jurídicos, os argumentos, as provas e os pedidos] e por «liberdade» [*liberty* = não inferência do juiz no modo como as partes manejam os fatos, os fundamentos jurídicos, os argumentos, as provas e os pedidos]⁶⁸.

Mateus Pereira reúne-se a Eduardo Costa na logicidade de que o processo “não pode ser um instrumento, seja técnico (processualismo científico), político (instrumentalismo) ou técnico (formalismo-valorativo/colaboração)⁶⁹”. O autor entende que o processo, no sentido de garantia, tem substantividade própria advinda da Constituição e sua natureza jurídica (constitucional) é garantia fundamental de liberdade contrajurisdicional⁷⁰.

Em resumo, o garantismo processual trabalhado no Brasil por juristas como Costa e Pereira, está intimamente relacionado à proposta garantista de Franco Cipriani, Alvarado Velloso, Juan Montero Aroca, que entendem o garantismo processual como uma epistemologia, doutrina de garantias no processo e o processo como uma garantia em si, diferente do modelo de Luigi Ferrajoli. É oriundo das próprias premissas que estabelece dentro do ambiente dogmático, não se deriva do garantismo em sentido amplo que diz respeito a qualquer coisa que proteja contra ofensa. Pode-se definir como um modelo

66 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 3ª. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001. p.129-132.

67O prefixo *contra* vemdo latim *e*, em regra, é usado para significar oposição, contraposição, contrariedade, discordância (ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática metódica da língua portuguesa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 333-334). Nesse prefixo *contra* “o opoente se contenta em embargar o oposto, (...) quer-se unicamente frear. Assim, o processo contrajurisdicional serve preponderantemente às partes, é coisa pública para elas; logo, as iniciativas do juiz devem ser coibidas, comedidas, contidas, controladas, diminuídas, dominadas, encurtadas, examinadas, fiscalizadas, freadas (...)”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Processo e Garantia*. Disponível em: <<https://www.eduardojfcosta.com.br/artigos/PROCESSO-GARANTIA-ANTI JURISDICIONAL-OU-CONTRA JURISDICIONAL-/>>. Acesso em: 13 set. 22.

68 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 85.

69 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 300.

70 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 300.

puramente processual, um complexo de situações jurídicas que exercidas pelo cidadão protegem dos efeitos perniciosos do exercício arbitrário do Estado-juiz, cujo par de alelos é o poder-garantia⁷¹.

Garantismo Jurídico como Tutela contra o Arbítrio e Tutela contra Frustração

Como asseverado, à terminologia Garantismo Jurídico não é estanque e pode haver outras abordagens como jusnaturalista, fenomenológicas etc. Ficou claro em Ferrajoli que embora tenha se debruçado acerca do garantismo penal e processo, para o autor, nada obsta que suas premissas possam ser aplicadas a outras searas jurídicas. Já o garantismo processual de Eduardo Costa, v.g., prega uma teoria unitária do processo, sem adjetivação da matéria, mas só o procedimento. Por fim, ficou claro que é comum aos autores a identificação de suas teorias de índole constitucional e a garantia de liberdade titularizada pelo cidadão.

A bem da verdade, o garantismo, enquanto doutrina de garantias, ultrapassa as barreiras da especialidade do direito, embora confabulado em tempos bastante remotos na Itália, em que ficou atrelado à aplicação teórica na seara penal, como explanado e divulgado pelo jurista, também italiano, Luigi Ferrajoli que contribui grandemente para o debate por meio de suas obras enciclopédicas.

Caso fosse feito um levantamento e se perquirisse acerca da percepção de garantia no direito civil, certamente, pairariam variados institutos como: fiança, caução, seguro, entre outros. Isto porque, o desenho garantista de proteção/tutela não está discernido somente no seio penal. Há uma versão garantista interna ao direito civil e na ótica do constitucionalismo civil, a Constituição dispõe de garantias que são refletidas no ordenamento jurídico como um todo, não escusando a observância da legislação civil⁷².

Nesse sentido, nos beneficiaremos da sugestiva distinção entre o garantismo de Luigi Ferrajoli e o não Ferrajoli, realizada por Eduardo Costa⁷³ que vem a calhar ao presente trabalho. Para o jurista, existem dois sentidos de garantia que são tutelas contra: 1) Frustração

71 Sobre o panorama: COSTA, Eduardo José Fonseca; PEREIRA, Mateus; CARVALHO FILHO, Antônio; RAATZ, Igor. **Mesa redonda 26: O que é Garantismo Processual?** Falando de processo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=e7fbcjAJtw&t=616s>>. Acesso em: 17.jul.2020.

72 Cite-se como exemplo no art. 5º da Constituição Federal, os incisos: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

73 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 251

e 2) Arbítrio. O primeiro está relacionado à proteção de uma “decepção, uma inefetividade, ou uma quebra de expectativa. Pois quem afiança, quem presta fiança, quem é fiador, faz exatamente isto: protege o credor de eventual frustração por inadimplemento do afiançado⁷⁴”.

Do outro lado, a proteção diz respeito a um “excesso, um abuso, um desregramento. Pois quando uma Constituição garante, atribui garantia, é garante, ela faz exatamente isto: protege o cidadão dos eventuais arbítrios cometidos pelo Estado⁷⁵”. Aduz ainda que a teoria de garantia contra frustração é mais bem recepcionada pelos direitos das obrigações e das coisas, haja vista a tutela do direito de crédito.

Em continuação a análise protetiva garantista, o garantismo de Luigi Ferrajoli atenta-se em impedir a frustração nas relações jurídicas, fundada na defesa do direito subjetivo. Nesse ponto, se evidencia uma subserviência do processo ao direito material, haja vista que o segundo se perfaz através do primeiro, se comportando, desde logo, como uma garantia secundária. Depreende-se assim o caráter instrumental do processo, relacionado à seara material, a partir das lições garantistas de Ferrajoli⁷⁶:

1) se o direito fundamental é de primeira dimensão, estatui-se-lhe garantia de direito individual; 2) se de segunda dimensão, garantia de direito social; 3) se de terceira dimensão, garantia de direito coletivo lato sensu fala-se do processo como garantia que atende ao direito material.

Ferrajoli enxerga um garantismo civil/processual distinto da seara penal/processual, de modo que, no primeiro, busca-se a efetividade do direito subjetivo. Para tanto se serve do processo como instrumento de concreção do direito material, simpatizando com o modelo inquisitivo que aumenta os poderes do juiz e flexibiliza o procedimento. Contudo, coloca o processo como garantia de efetividade do direito civil.

74 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 251

75. Eduardo Costa acrescenta: “Em (1), por exemplo: penhora, caução e depósito são garantias ao juízo da execução; penhor é garantia ao credor pignoratício; hipoteca é garantia ao credor hipotecário; anticrese é garantia ao credor anticrético; caução, fiança, seguro fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento são garantias ao locador de imóvel urbano; caução por dano iminente é garantia ao proprietário ou possuidor vizinho de obra ameaçada de ruína; fiança bancária, seguro-garantia e caução em dinheiro ou títulos da dívida pública são as garantias possíveis da execução do contrato administrativo. Em contrapartida, em (2), por exemplo: são garantias contra o arbítrio legislativo o controle difuso de constitucionalidade, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e as «limitações constitucionais ao poder de tributar»; são garantias contra o arbítrio administrativo o concurso público, a licitação, a impessoalidade, a publicidade, a eficiência, a ação popular, o habeas data; são garantias contra o arbítrio jurisdicional a reclamação ao CNJ, a reclamação às ouvidorias de justiça, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, o duplo grau de jurisdição; são garantias contra o arbítrio ministerial a denúncia ao CNMP, o habeas corpus, mandado de segurança, a imparcialidade, o promotor natural”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 329.

76 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon: Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998. p. 935.

A efetivação do Direito material, muitas vezes se encontra ameaçada, justamente, por tributar poderes aos magistrados, sob o pretexto de uma suposta justiça social, que provoca indefinições nos entendimentos judiciais e persistem mesmo mediante lei.

Diante disso, segundo Eduardo Costa, ao enaltecer a atuação judicial no processo à função de efetivação, inaugura o azo autoritarista tão combatido pela corrente “não ferrajoliana”, cuja garantia diz respeito à tutela contra o arbítrio. Repise-se que a Constituição a qual se analisa é de característica democrática e não autoritária, apesar disso, “essa doutrina tende a uma teoria constitucional e, assim, a um modelo dogmático. Afinal de contas, o dado essencial invariável do fenômeno constitucional é a limitação do poder. Portanto, a todo poder corresponde uma garantia do cidadão, que o limite, ainda que implícita”⁷⁷.

Ressalte-se que, de outra banda, não significa dizer que exista tão somente essa visão constitucional de limitação do poder, mas que “com o reconhecimento da “força normativa” de toda a Constituição, em especial dos seus princípios, é que vai permitir conceber o ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte da sua atuação e o centro unificador de todo direito infraconstitucional”⁷⁸⁻⁷⁹.

Nessa perspectiva, em sentido oposto ao anunciado na tutela contra frustração, não há qualquer afinidade com o modelo instrumental, uma vez que, visa tolher a discricionariedade do juiz para uma estrita legalidade. Aqui não se admite a ideia de efetividade e justiça social, cujo protagonista é a figura do magistrado, “a garantia significa situação jurídica ativa cujo exercício pelo cidadão tende a evitar, mitigar ou eliminar os efeitos nocivos do arbítrio estatal⁸⁰”.

Repise-se a advertência em não confundir o garantismo processual com o desenvolvido pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli – doutrina que implica uma teoria normativa do direito, filosofia política, política jurídica de constitucionalismo, modelo ideal. Não é teoria dogmática, mas zetética, não olha em uma Constituição positivada em âmbito nacional

77 “No plano vertical, a limitação se faz mediante outorga de garantias aos cidadãos; no plano horizontal, mediante separação de poderes (embora dessa separação também defluam ao cidadão garantias)”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 329.

78 SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. p. 272.

79 “Nas matérias exclusivamente regulamentares, o governo exerce uma liberdade limitada somente pela Constituição pelos princípios gerais do direito”.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 15. ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 64 (traduzi).

80 Destaque-se na fala do autor no inteiro teor de sua obra a sentença: Sem garantias, não haveria propriamente cidadãos, mas meros súditos.

de qualquer país. É uma teoria supradogmática. Garantia é sinônimo de tutela contra a ineficácia social, frustração, inefetividade⁸¹.

Nesse sentido, para o autor “as garantias não são outra coisa que técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, para tanto, possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional”⁸². Aqui verifica-se destacada distinção entre as teorias de Ferrajoli e a em análise nesse trabalho: tutela para efetividade. O garantismo processual pregado por Eduardo Costa afasta-se disso, como já enveredado.

Processo na perspectiva Ferrajoli, é instrumento para realização de direitos⁸³. No procedimento civil, seria um instrumento para realização dos direitos discutidos. Processualismo em que o processo é ferramenta do juiz para concretizar direitos. Na esfera penal, o titular de direito subjetivo na esfera penal é o acusado. Portanto, o garantismo de Ferrajoli protege a figura do réu, que é quem está subsumido aos poderes da persecução penal ostentado pela polícia, cidadão e o juiz⁸⁴.

O garantismo processual trata-se de uma doutrina dogmática, em que, olhando a CF/88, sem seu art. 5º, LIV –que cuida do direito de liberdade, contra o Estado, manifesta a resistência contra o arbítrio. Para essa doutrina em estudo, a Constituição fala de processo, não adjetiva⁸⁵. Diferente de Ferrajoli – que os demais ramos do Direito diversos do Penal, poderão tornar-se garantia -vide primeiro capítulo, tanto o Penal quanto Civil são igualmente garantias contra o poder e arbítrio⁸⁶.

A Teoria da Dogmática do Garantismo Processual e o Processo Garantia

Como visto, antes de iniciar efetivamente as implicações da pesquisa quanto ao garantismo processual, faz-se necessário tratar da base epistemológica⁸⁷ em que se funda a

81 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 329.

82 FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantias. **La ley del más débil**. 7. ed. Trad. Bruno Girade Parise. Madrid: Trotta, 2010. p. 2

83 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon**: Teoria del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 1998. p. 931.

84 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 329.

85 Essa é uma percepção unitária do processo albergada pelos autores garantistas aqui tratados, premissas próprias estabelecidas em um processo único, baseado no Direito Constitucional e sem adjetivação. Não é uma corrente majoritária, bem como há dicção divergente na Constituição Federal como no art. 5º, XII e art. 62, I, b da, em que expressamente fala em Processo Penal e não em procedimento.

86 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 329.

87 Dizer epistemologia, nesta pesquisa, primeiro é utilizado entre os garantistas a buscar a distinção do tema aqui abordado, depois, significa a preocupação, segundo o significado etimológico da palavra, em obter sustentáculo na pesquisa científica acerca do garantismo processual aqui delineado. Segundo o dicionário de filosofia: “**Episteme**: 1. conhecimento verdadeiro e científico (oposto a *doxa*). 2. Um corpo organizado de

teoria aplicada ao processo, enquanto garantia de liberdade. “É na Constituição que se radica a instituição de garantia chamada de processo”⁸⁸.

A “asserção processo garantia”, é uma expressão utilizada pelos autores garantistas em várias de suas obras, um dos autores de maior expressão na atualidade, conquistou notoriedade na temática, justamente, ao escrever que processo é garantia constitucional, trata-se de Eduardo Costa. Além dos inúmeros escritos em que facilmente são encontrados nos sítios virtuais acadêmicos, mas também em sua recente obra: processo e garantia, por fim seu curso sobre o garantismo processual. Contudo, não segue sozinho, no presente trabalho, serão visualizados os autores que fazem coro na matéria garantista na seara processual civil.

Para o autor José Alfredo de Oliveira Baracho, as garantias constitucionais do processo englobam todos os sujeitos do processo e a versão do processo como garantia constitucional, faz parte de uma realidade atual, em que despontou com as Constituições do século XX, por meio do qual houve a “consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis”, assegurando que⁸⁹:

A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias. Com essas reflexões, apresenta algumas premissas:⁹⁰

- a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;
- b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;
- c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo, consagrada na Constituição;
- d) A lei instituidora de uma forma de processo, não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional;
- e) Nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis.

conhecimento, uma ciência. **3.** Conhecimento teórico (oposto a *praktike* e *poietike*). Latim: *scientia*. (1) **Epistemologia.** Quer dizer, etimologicamente, "discurso sobre a ciência". Ainda que usado para significar "teoria do conhecimento", "gnoseologia", o termo emprega-se hoje, frequentemente, para designar o estudo crítico das ciências naturais e matemáticas. As ciências podem ser estudadas segundo o conteúdo ou segundo a forma, entendendo-se por conteúdo a matéria ou objeto que a ciência trata e por forma a estrutura racional que confere o caráter científico. A epistemologia é o estudo crítico da *forma* (e não do conteúdo) da *ciência*. Ao longo da história da filosofia, a epistemologia tem-se traduzido num critério de avaliação da autonomia das várias ciências em relação à filosofia e num critério de distinção dos vários ramos do saber". (ver em: <https://sites.google.com/view/sbgdicionariodefilosofia/episteme-epistemologia> e PETERS, F. E. **Termos Filosóficos Gregos:** Um Léxico Histórico. Tradução Beatriz Rodrigues Barbosa. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.)

⁸⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual.** Hotmart. Aula 1. 2022.

⁸⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 90, p. 69-170, 1 jul. 2004. p. 69-70.

Desde 1215 com a Magna Carta até atualmente, há necessidade de mobilizar o Direito Constitucional para limitar o poder. A razão disso é simples: há lei impessoal infalível da física, isto é, sair da inércia normativa (1ª lei de Newton) e dessa ação (negativa/ não fazer/absenteísta) gerará reação (3ª lei de Newton). Assim, todo titular do poder, se não controlado tende dele abusar, os excessos são consequência indelével da falta de controle de quem detém o poder⁹¹.

Com fins didáticos e a finalidade de demonstração da preocupação atemporal do exercício do poder que varia e é definido em cada Constituição, utiliza-se historicamente do precursor da teoria da delimitação do exercício das atribuições do poder em Montesquieu a partir das ideias do inglês John Locke (autor contratualista do século XVII). Segundo o filósofo francês do século XVIII, o poder é separado em três poderes funcionais especiais: legislativa, administrativa e jurisdicional, cada qual com conteúdo, objeto próprio e dentro de um conceito de harmonia, cada um controla o titular da outra⁹². A ideia de *check in balance*. Na lógica teórica e exegética de atribuição típica de poder, o Estado edita o direito, as outras duas instituições o aplicam. Na jurisdicional aplica por um terceiro imparcial. Um subpoder controla o outro numa lógica de mútua e recíproca limitação. Contudo, é sabido que o Estado Constitucional é uno e indivisível, sendo, portanto, distribuição de função e fiscalização de poder⁹³.

Para o Constitucionalista alemão Karl Lowenstein a limitação jurídica do poder se dá em dois planos: vertical e horizontal. No horizontal a limitação se faz pela separação de poder. Um dos modos de controlar é dividir. Quem fragmenta separa as partes destacadas, pois unidas se tornam mais fortes⁹⁴. De outra banda, existem duas formas de limitação, a vertical e horizontal. Na limitação vertical, o controle é exercido pelo próprio cidadão, que é titular de garantias contra o arbítrio do poder do Estado⁹⁵. O que faz com que o súdito

⁹¹Segundo Eduardo Costa, seguindo uma lógica histórica de origem da teoria dogmática garantista, é a própria razão das constituições dos países. Isso dado que toda criação normativa constitucional possui um motivo em comum, uma característica imutável que perpassa todo o seu histórico, desde a origem aos tempos atuais. Diz respeito a essência do fenômeno constitucional que é a limitação jurídica do poder. Prevendo as causas de aquisição, manutenção e perda do poder político. Ao passar do tempo, a Constituição foi recebendo outras atribuições. Ela não se limita tão somente a prestação positiva e negativa, mas questões sociais, bens coletivos e difusos. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 122

⁹²MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.300.

⁹³ PELICOLI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. Revista Senado. Brasília a. 43 n. 169 jan./mar. 2006. p. 21.

⁹⁴LOWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitucion**. Barcelona. ed. Ariel, 1983. p. 253.

⁹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição como reserva de justiça**. Lua Nova. N. 42, 1997. p. 56. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/Y8JcyfSfzxsjsQSSwqyKHsN/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 28 agos. 2022.

(submetido) seja um cidadão e seja titular de garantias, são os efeitos nocivos do exercício arbitrário pelo Estado, a partir do momento em que o súdito pode manejar garantias contrarbitrárias⁹⁶, abandona a condição diminuta de súdito e ganha a condição ativa de cidadão.

Onde há poder do Estado ali há de haver a garantia do cidadão. Onde há poder do Estado, ali deve haver a respectiva garantia do cidadão que o limite. É o postulado da ubiquidade no ambiente republicano: não há poder incontestável, mas a respectiva garantia que o limite. Onde há um poder sem controle, ali há uma ameaça à liberdade do cidadão. O salto de qualidade de súdito a cidadão é dado através de garantias contra o arbítrio⁹⁷.

A Garantia de Liberdade em Face do Poder

Garantia, na visão aqui tracejada, é toda e qualquer posição jurídica de que seja titular o cidadão cujo exercício é prevenir ou reprimir, no todo ou em parte os efeitos nocivos ao exercício arbitrário do Estado. Na acepção constitucional, garantia é espécie de um gênero dentro dos direitos fundamentais individuais de primeira dimensão⁹⁸, todavia, nota-se quanto

96 Sobre o uso do prefixo contra, é interessante distingui-lo do prefixo anti.: “o uso do prefixo anti- exprime as ideias de abater, abolir, acabar, afligir, aniquilar, apagar, arrasar, arruinar, assolar, banir, cancelar, demolir, depreciar, derrotar, desbaratar, desfazer, desmanchar, destroçar, destruir, dissolver, eliminar, estragar, exterminar, extinguir, suprimir. Por sua vez, empregando-se o prefixo contra-, exprimem-se as ideias de coibir, comedir, conter, controlar, diminuir, dominar, encurtar, examinar, fiscalizar, frear, inspecionar, limitar, reduzir, refrear, regular, reprimir, restringir, segurar, superintender, supervisionar, moderar, monitorar, monitorizar, syndicar, vigiar, vistoriar. Em síntese: se no anti- o oponente quer eliminar o oposto, no contra- não quer; se no contra- o oponente se contenta em embargar o oposto, no anti- ele não se satisfaz com um mero embargo. No anti-, quer-se frear e eliminar; no contra-, quer-se unicamente frear. O processo contrajurisdicional serve preponderantemente às partes, é coisa pública para elas; logo, as iniciativas do juiz devem ser coibidas, comedidas, contidas, controladas, diminuídas, dominadas, encurtadas, examinadas, fiscalizadas, freadas, inspecionadas, limitadas, reduzidas, refreadas, reguladas, reprimidas, restringidas, seguradas, superintendidas, supervisionadas, moderadas, monitoradas, monitorizadas, sindicadas, vigiadas, vistoriadas [= adversarialismo atenuado = processualismo = liberal-conservadorismo processual = garantismo processual]”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo: garantia antijurisdicional ou contrajurisdicional?** Disponível em: <<https://www.eduardojfcosta.com.br/artigos/PROCESSO-GARANTIA-ANTI JURISDICIONAL-OU-CONTRA JURISDICIONAL-/>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

97 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 137.

98 De acordo com Ingo Sarlet “[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...] Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno „Direito Internacional dos

aos direitos coletivos, contidos no Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e **Coletivos** (grifo nosso) do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988, no que concerne a esse aspecto a doutrina explica de forma distinta.

Inicialmente, já foram anteriormente apontados dois blocos de sentido de garantia como tutela contra frustração e a tutela contra o arbítrio do Estado, o primeiro albergado pela doutrina ferrajoliana e o segundo por Eduardo Costa. Na primeira acepção, garantia coletiva quer dizer proteção contra a insatisfação de direitos coletivos. Já no sentido trilhado por Costa, garantia coletiva é proteção contra o arbítrio judicial em processos em que se discutem direitos coletivos⁹⁹.

Para Antônio Carvalho, o processo não é propriamente uma garantia, ele é, antes, um direito fundamental que estabelece várias garantias. Mas este Direito Fundamental – processo – é do indivíduo contra o Estado. Assim, será um Direito potencialmente coletivo quando o indivíduo estiver representado pela coletividade, mas mesmo nessa situação terá um indivíduo – autor ou réu – que realizar o exercício fático de resistência contra qualquer pretensão de intervenção do Estado, no âmbito de proteção do processo. O direito é individual ou coletivo a partir do âmbito de exercício dele¹⁰⁰.

Já os direitos subjetivos que o cidadão é titular contra o Estado e se ligam ao valor liberdade que consubstanciam pretensões negativas contra o Estado, a que o Estado tolere ou se omita de determinada prática¹⁰¹ que é necessário um aparato de serviço público - um fazer -

Direitos Humanos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55).

⁹⁹Nesse liame, “na teoria (1), a expressão «garantia de liberdade» não é redundante, pois pode outrossim «garantia de igualdade», «garantia de solidariedade» etc. Tudo depende do que se pretende efetivar, realizar, concretizar. “Na teoria (2), a expressão «garantia de liberdade» é redundante, pois garantia é invariavelmente uma proteção anti-arbitrária e, portanto, sempre pró-libertária”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 137.

¹⁰⁰CARVALHO FILHO, Antônio. **Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal**. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. São Paulo: [s.n.], 2021.

¹⁰¹O processo como direito fundamental: “uma das principais contribuições do garantismo processual reside na superação da noção de processo como instrumento do poder jurisdicional. A afirmação de que o processo é uma garantia contrajurisdicional e, portanto, responsável por limitar o poder jurisdicional é de extrema importância para possibilitar uma espécie de atualização da dogmática processual ao texto constitucional. Com isso, abre-se o caminho para uma melhor demarcação conceitual entre ação, processo e jurisdição. Nessa perspectiva, superam-se as noções instrumentais de processo que acabavam por absorvê-lo na jurisdição, seja do ponto de vista da realização do direito subjetivo, seja do ponto de vista da realização do direito objetivo. O processo, portanto, não é instrumento para a realização do direito material afirmado em juízo (direito subjetivo), nem é instrumento para a realização dos escopos do poder jurisdicional (que podem variar entre a realização do direito objetivo e a realização do direito subjetivo). É bem verdade que, como fenômeno da realidade, o processo é visualizado a partir da conjugação de alguns elementos: um pedido de tutela jurisdicional (alguém vai a juízo buscar a realização de algum comando normativo que lhe atribui uma posição jurídica vantajosa) formulado ao Estado-juiz (aquele que exerce o poder jurisdicional), desenrolando-se, a partir daí um caminho procedimental no qual o autor busca a afirmação/realização do seu direito e o réu exerce sua defesa, tudo mediante a prática de uma série

prestação da tutela jurisdicional. Garantia é o objeto de um direito subjetivo fundamental de liberdade. Objeto esse que, se manejado pelo cidadão, tende a protegê-lo dos efeitos do arbítrio do Estado. Garantias individuais de liberdade dos indivíduos contra o Estado. Nesse sentido, adverte Daniel Sarmento¹⁰²:

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o „jardim e a praça“. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o „homem civil“ precederia o „homem político“ e o „burguês“ estaria antes do „cidadão“. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

As garantias possuem importância exordial na Constituição, tanto é que desfruta da topologia frontispicial: o lugar das garantias são os primeiros capítulos, os inaugurais. Nas constituições federais do Brasil desde o ano 1924 até a de 1967 com a emenda nº 01 de 1969 chegaram a ter a topologia invertida, os títulos que tratavam da organização e funcionamento do Estado vinham antes, o título dos direitos e garantias do cidadão ao final. O mais importante era iniciar com o poder e o remanescente, não ocupado pelo poder, sobrava a ocupação pela liberdade dos cidadãos. A Constituição federal de 1988 inverteu essa lógica redacional e passou a seguir o exemplo da maior parte das constituições liberais do ocidente, ao inaugurar o seu texto, agora, com os direitos e garantias do cidadão¹⁰³.

Isso mostra que a Constituição é do cidadão porque ela inicia com os direitos e garantias do cidadão e, portanto, há inversão em que, no lugar da autoridade anteceder a liberdade, é o contrário, a cidadania é quem ocupa os primeiros espaços de regulação e as sobras para ocupação pela autoridade do Estado. Toda e qualquer regra sobre garantia deve ser interpretada ampliativamente. Subsiste a teoria dos poderes implícitos, uma vez que o que se deve ter é uma teoria das garantias implícitas.¹⁰⁴

Se o direito constitucional é a limitação judicial do poder e no plano vertical se faz pela garantia do cidadão, isso significa que a ciência constitucional das garantias – a chamada

de atos processuais”. RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Casa do Direito, 2021. p. 180.

¹⁰²SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.p. 32.

¹⁰³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 138.

¹⁰⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 139.

garantística, constitui o núcleo duro constitucional da constitucionalística: a ciência constitucional das garantias do cidadão. O mais importante a ser visto.

Tipos de Garantias em Decorrentes da Constituição para o Devido Processo Legal

Neste tópico serão caracterizadas garantias aplicáveis a ameaças do Estado. As garantias podem ser identificadas em razão de sua característica de defesa em face das ameaças a direitos sob a rubrica rudimentar da Constituição¹⁰⁵. Nesse sentido, serão vislumbradas algumas aparências que facilmente são identificadas no mundo jurídico. A cada subpoder em que foi tri-sedimentado, administrativo, legislativo e judiciário há garantias específicas contra o arbítrio. Há um plexo, fecho de garantia que o protege dos efeitos desleais do exercício do poder.¹⁰⁶

- a) Garantias contra-administrativas (contra-estatais – função administrativa do Estado): (art 5º e o art. 37 da CF/88) ex: mandado de segurança, habeas data, concurso público (evita o arbítrio da seleção), licitação.
- b) Garantias contra-legislativa: controle de constitucionalidade, seja na modalidade difusa ou concentrada. Ato normativo inconstitucional. Não só por ação, mas também para omissão. Garantias contra-legislativa: mandado de injunção e ADO (ação declaratória de omissão).
- c) Garantias contra-judicial: a partir da Constituição, (art. 133) garantia da advocacia (representante letrado da parte em juízo) primeiro fiscal técnico dos eventuais abusos pelos juízes e tribunais. Ao lado da advocacia está o processo (art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, v.g.).

Do gênero garantia, o processo é espécie. Talvez o mais importante, porque o processo jurisdicional protege dos arbítrios do juiz, do administrativo e do legislativo. Tutela contra o arbítrio, posição jurídica ativa – garantia. Isto porque, o exercício de quaisquer das funções

¹⁰⁵DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017. “Não se despreze um pernicioso efeito colateral, decorrente do desdém ao *ser constitucional* do processo: a *naturalização* do ativismo judicial em atropelo à Constituição, esta última fonte irradiadora da legitimidade e ponto de partida para a compreensão de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não raro, garantias fundamentais processuais acabam vitimadas, solapadas por essa *visão fagocitária* da jurisdição (= *força fagocitária da jurisdição*), que faz do *processo* um apêndice sem lá muita força e presteza”. Também ver em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/34-reflexoes-acerca-do-processo-como-garantia-das-garantias>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁰⁶COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual** Hotmart. Aula 1. 2022.

pode ser usado de forma arbitrária. O Devido processo (legal) quer dizer as etapas reguladas em lei. Não há devido processo regimental, resolucional, portarial, mas da lei. Texto de direito positivo dotado de generalidade e abstração, editado por representantes eleitos democraticamente pelo povo, congregados em uma assembleia chamada parlamento¹⁰⁷.

Garantias a partir do devido processo legal: contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, juiz natural, imparcialidade, proporcionalidade, reclamação, ouvidoria e corregedoria. Trata-se de garantias explícitas e implícitas (nas entrelinhas dos dispositivos). Não há só essas três garantias, onde há poder do Estado, ali por força do princípio republicano, há a respectiva garantia que limitam e controlam tais poderes¹⁰⁸.

O ministério público, por exemplo, não é um poder, mas é um órgão importante, função essencial do Estado, portanto também desempenha poder. Ajuizar, presidir investigação criminal, há exercícios abusivos pelos representantes. Também há garantias para refrear tais efeitos como: mandado de segurança, habeas corpus, reclamação etc.¹⁰⁹.

O poder de reformar a Constituição, há garantias contrarreformadoras, ex: não há possibilidade de emenda constitucional tendente a abolir direitos fundamentais de primeira dimensão. O poder do Estado de tributar, espécie de poder de legislar, há em favor do contribuinte, as garantias contratributárias, tais como: capacidade contributiva, anterioridade etc. O poder punitivo do Estado, há garantias contra o poder punitivo do Estado. Ex: princípio da reserva legal¹¹⁰.

Dentro de uma visão garantista, não é possível falar de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não se fala em eficácia horizontal das garantias individuais de liberdade do cidadão. Garantia é contrapoder, posição jurídica em favor do cidadão na relação vertical de poder que ele ostenta com o Estado, este enquanto titular do poder e o cidadão na posição de sujeição¹¹¹.

Não significa que no plano constitucional não possa a lei prever em favor do indivíduo posições jurídicas que o proteja do exercício arbitrário do poder por outro indivíduo. Não tem uma relação indivíduo-Estado, mas indivíduo e indivíduo, em que se ostenta de sujeição. Em

107 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual** Hotmart. Aula 1. 2022.

108 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual**. Hotmart. Aula 1. 2022. Sobre o assunto “Para a corrente brasileira do garantismo processual, em virtude do seu assento constitucional dentre os direitos e garantias fundamentais, inciso LIV do art. 5º, o processo se enquadra como uma “garantia de liberdade contrajurisdicional”. Nada obstante o devido processo legal seja, efetivamente, a garantia de outras garantias que lhe são inerentes, como contraditório, ampla defesa, imparcialidade, juiz natural, ele é em si uma garantia com conteúdo típico”. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas**: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 282. 109 De modo geral, tem-se outras garantias, tais como: contrapunitiva, contratributárias etc.

110 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual**. Hotmart. Aula 1. 2022.

111 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual** Hotmart. Aula 1. 2022.

relações de poder privado – risco do exercício do poder arbitrário a parte vulnerável terá garantias, mas não tem quilate constitucional. Trata-se de para-garantias: soluções jurídicas, no plano infraconstitucional, cujo exercício é tendente a prevenir ou reprimir os efeitos nocivos de um poder na esfera individual¹¹².

Quando se estuda a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, tem-se que os direitos tutelados vinculam ainda os sujeitos privados; de modo que tais direitos são suscetíveis de evocados e aplicados em algumas circunstâncias em que não jaza atual o Poder do Estado-Juiz. Desta forma, em que esses direitos provocam disposições indiferentes em relação a distintos entes, que estão compelidos por essas obrigações. Quer dizer a abertura davisão de amparo destes direitos, conectandoas partesde natureza pública e privada¹¹³

Para Michel Foucault, filósofo francês do século XX, intelectual da teoria do poder, entende a deficiência da ciência política ao restringir o Estado a investigação sobre o poder. Foucault evidenciou aadversidade entre Estado e poder, comprovandoum conjunto de afinidades de poder (poder é relação) que não são incorporadas ou elaboradas pelo Estado, e que, contudo, estão subtendidas nas relações sociais¹¹⁴. Conquanto, deve-se admoestar para os equívocos quanto a liberdade, na relação entre a liberdade pessoal e a conhecida como liberdades contratual e de empresa, assentando-as na mesmaposição, quando existem distinções substanciais que devem ser observadas.¹¹⁵

Ademais, apesar de vislumbrada a existência do poder horizontal e sua eficácia constitucional nessa esfera privada, esta percepção calha à análise junto ao ativismo judicial,

¹¹² Sobre o assunto: “el proceso (...) florece en los derechos del hombre como *garantia humana* que brinda a la democracia un método de debate pacífico y un límite al avance del poder sobre la persona.” (CALVINHO, Gustavo. **El proceso con derechos humanos: método de debate y garantía frente al poder**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011. p. 182).

¹¹³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 507 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 109, 112 e 115

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 22. ed. São Paulo: Graal, 2006, p. IX-XVII. Nesse sentido também: “Portanto, na sociedade atual, não é possível desconhecer que o fenômeno do poder alcança não só as relações entre indivíduos e Estado, mas que também perpassa as relações travadas na chamada “sociedade civil”, onde poderes privados atuam com desenvoltura e colocam em xeque, muitas vezes, as próprias estruturas e políticas estatais (sobre estas, basta lembrar a possibilidade do dumping social praticado cotidianamente pelas megacorporações privadas)”. VECCHI, Ipojukan Demétrius. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011.p.117.

¹¹⁵ “Los derechos de libertad, como todos los demás derechos fundamentales, incluidos los derechos de autonomía privada, son, en efecto, inatacables e indisponibles y representan un límite no sólo frente a la política y a los poderes públicos, sino también frente al mercado y a los poderes privados.” FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 45, 101 e 103.

quando da ausência de edição de normas pelo legislador, em que o juiz resolveria por meio do controle de inconstitucionalidade por omissão¹¹⁶.

Já da análise garantista aqui proposta, a relação de poder entre os sujeitos privados ficaria inócua, se estes indivíduos estiverem em pé de igualdade formal e fora do ambiente processual. Neste caso, a análise do poder atrelado a crítica garantista está em quem exerce o poder frente ao processo, seja ele administrativo, judicial etc., afigurando-se no Estado, motivo pelo qual, indelével a presente observação.

Teoria da Garantia Processual

O processo enquanto procedimento em contraditório, é vocacionado para o debate, a dialeticidade. O processo é devido porque é a interface de cominação obrigatória entre a jurisdição e jurisdicionado. Não há desempenho de atividade jurisdicional que não seja por meio do processo. Processo como garantia contrajurisdicional, contra-administrativa e contralegislativo. Processo judicial, legislativo, administrativo: Garantia de liberdade do cidadão¹¹⁷.

Processo em si tem força garantística é um procedimento vocacionado a dialeticamente ao debate, Elio Fazalari chama de procedimento em contraditório. E todo procedimento em contraditório é uma sequência cadenciada. Processo é o antônimo perfeito do impulsivo, do abrupto, *inaudita altera pars*. O processo se presta a debelar o impulso. Instaure o âmbito de reflexividade por aquele que irá deliberar. O grau de valência no processo é menor, por isso que o processo não serve ao titular do poder, mas ao cidadão, mesmo mediante representação do próprio Estado, mas está sujeito de deliberação pelo titular do poder¹¹⁸.

Mas por que a persecução de uma suposta natureza jurídica do processo pelos juristas? Para o garantistas, se faz isso para reduzir a categorias jurídicas anteriores, buscar classificar como regime anterior. Os juristas costumam a reduzir o processo a categoria jurídica fundamental de sua própria ciência jurídica dogmática. Processo é o complexo de fato jurídico

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Processo civil: leituras complementares*. Salvador: JusPODIVM, 2006.p.116.

¹¹⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual**. Hotmart. Aula 1. 2022.

¹¹⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual**. Hotmart. Aula 1. 2022.

em sentido amplo. Assim, a medida em que no plano da existência acontece, no plano da eficácia vão se deflagrando, modificando e extinguindo situações jurídicas¹¹⁹.

Qual é a natureza jurídica constitucional do processo? Como um constitucionalista olhando ao fenômeno processual, o processo não é instituição de poder, mas de garantia no ponto de vista jurídico constitucional¹²⁰. O processo não serve ao estado, mas desserve ao Estado quando incorre em arbítrio. O processo é uma instituição ou instituto de direito constitucional, o processo é desde sempre constitucional. Segundo a corrente garantista, é errado falar em constitucionalização do processo quando ele já é constitucional desde a sua origem. Pois a fonte constituinte do processo é a Constituição. Daí porque não se confunde o processo com as diferentes modalidades de procedimento no plano infraconstitucional¹²¹.

Para Eduardo Costa, o inciso LIV do artigo 5º da CF/1988 prevê o direito subjetivo fundamental de liberdade a um devido processo legal, a um devido processo legal como direito de defesa ou resistência contra o Estado, noutras palavras: prevê o direito fundamental de primeira dimensão a um processo (substantivo) devido (adjetivo) e legal (adjetivo). É devido porque é de interposição obrigatória entre o Estado-juiz e as partes, não podendo haver exercício de jurisdição não processualizado. É legal porque é regulado exclusivamente em lei, em texto normativo dotado de novidade, generalidade e abstração editado pelo Poder Legislativo. De todo modo, a substância desse direito fundamental é o direito ao processo.

119 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual**. Hotmart. Aula 1. 2022. “Trata-se, mais precisamente, de uma consequência normativa, de um reflexo do texto constitucional brasileiro. Conforme referido anteriormente, o garantismo processual é uma teoria jurídico-dogmática que tem, como ponto de partida, a Constituição brasileira de 1988, a qual, pela primeira vez em nossa tradição, deu primazia topológica aos “direitos e garantias fundamentais”, RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Casa do Direito, 2021. p. 174.

¹²⁰ Sobre o assunto, os garantistas sustentam a natureza de garantia constitucional do processo: “O processo — porque elo dialogal — habita a zona friccional entre a sociedade e o Estado, entre os jurisdicionados e a jurisdição, entre as partes e o juiz. Não se é de estranhar, assim, que o processo seja uma instituição estabelecida pela CF-1988. (...) Uma exploração provisória do texto constitucional, já identifica a institucionalidade garantística como o “ser” do processo: processo é instituição de garantia, não de poder estatal; “instituição garantística a serviço dos jurisdicionados”, não “instrumento a serviço do Poder jurisdicional”; afinal, é tratado no título sobre direitos e garantias fundamentais [CF, Título II], não nos títulos sobre a organização do Estado [CF, Títulos III et seqs.]. Mas é possível ainda avançar mais: processo é instituição de garantia de liberdade (pois regulado no Capítulo I do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de primeira geração), não de igualdade (que é vetor que regula o Capítulo II do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de segunda geração); presta-se, enfim, a resguardar aliberdade das partes em relação ao Estado-juiz, não a igualdade entre elas” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Consultor Jurídico*, nov. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 17 ago. 2022).

121 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual**. Hotmart. Aula 1. 2022.

Nesse sentido, o devido processo legal é substancialmente o próprio processo (aqui entendido como uma proteção do cidadão contra eventuais arbítrios do Estado-jurisdição)¹²².

Para o Garantismo Processual, Processo quer dizer devido processo legal. O procedimento é a face externalizada do processo (conjunto de atos concatenados entre si e ligados em prol de um objetivo comum). É aquilo que se vê e é trabalhado e “sentido” pelas partes, juiz e demais atores processuais sempre que a jurisdição é acionada. Sem procedimento (ajustado à garantia do devido processo legal) não se pode atingir, de modo legítimo, a tutela jurisdicional. Devido processo **legal**, assim, significa que os procedimentos devem ser devidamente regulados por **lei**¹²³.

Quanto a ambígua distinção entre processo e procedimento, em sua finalidade dogmático-constitucional, os garantistas afirmam que o termo processo se refere à unidade de garantia constitucionalmente regulada e o termo procedimento se refere à multiplicidade dos modos como essa garantia é regulada infraconstitucionalmente em função dos diferentes ramos do direito material aplicado (civil, penal comum, penal militar, trabalhista etc.). Daí dizerem que o direito processual é o sub-ramo do direito constitucional especializado no processo ou devido processo legal, e que os direitos procedimentais são os ramos do direito infraconstitucional que estudam os procedimentos civil, penal comum, penal militar, trabalhista etc¹²⁴.

¹²²Para o autor garantista a garantia do devido processo legal se desdobra em duas subgarantias: a) a garantia nuclear do processo em si; b) a garantia complementar de que esse processo se submeta unicamente a uma regulação legal. Interpondo-se obrigatoriamente na relação entre o juiz e as partes, o processo limita o poder do Estado e, nesse sentido, assume um caráter de direito material (mais especificamente de direito constitucional). Ou seja, o processo em si é um instituto de direito constitucional tanto quanto o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, a ação popular. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: Introdução do garantismo processual. Hotmart. Aula 1. 2022.

¹²³COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A garantística processual e a tutela do direito material**. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/96-a-garantistica-processual-e-a-tutela-do-direito-material>. Acesso em: 25. Set de 2022.

¹²⁴O questionamento do assunto é complexo e que a doutrina se debate desde sempre. Há muitos trabalhos que tentam mostrar a diferença (ontologicamente falando) entre procedimento e processo e, por conseguinte, aquilo que podem legislar os Estados-membros e aquilo que é de competência legislativa exclusiva da União. “Desde o garantismo processual, afirma-se que, no caso brasileiro, apenas o poder constituinte derivado legisla sobre *processo*. Ora, se o *processo* é o conjunto de garantias contrapoder (expressas e implícitas – art. 5º, § 2º, CRFB) previstas na Constituição, apenas norma constitucional pode ter natureza de *processo*. *A contrario sensu*, não compete à União legislar sobre *processo*, pelo menos não no sentido que aqui atribuído ao significante. Agora, o aporte do garantismo processual na *definição* de *processo* e *procedimento* nos permite perceber que nosso instinto é justamente isso: em regra, o *procedimento* (corpo) tem uma alma, o *processo*. Quando o *procedimento* concretiza a instituição *processo*, torna prática a garantia antes abstrata. Por isso, ainda que a regra seja ontológica e substancialmente *procedimental*, será de competência legislativa privativa da União quando afetar a garantia de processo da parte. Exatamente por isso interpretamos o art. 22, I, CRFB, no sentido de que compete privativamente à União legislar sobre direito *procedimental*. Já não vemos mais aí autorização para legislar sobre direito *processual*, privativo que é, como visto no item 7, da competência do Poder Constituinte Derivado. Por outro lado, quando o aspecto que sempre chamamos de “procedimental” consistir em corporificação do transcendente jurisdição (alma), então é manifestação da burocracia judiciária (uma regra de

Segundo os garantistas, tentaram forçar categorias jurídicas comuns do ambiente processual civil ao penal e por um raciocínio de abstração por generalização, negligenciaram a Constituição, ficaram limitados ao plano infraconstitucional e tentam encontrar na fenomenologia dos processos penal e civil, traços invariantes comuns. Na prática, o que houve foi uma hegemonia das categorias do processo civil sob a penal. Do ponto de vista metodológico é prejudicial até o momento ao processo penal¹²⁵.

Finalmente, os garantistas entendem que o processo é unidade constitucional de garantia. Uma teoria generalizante, unitária e unificante da processualidade só tem uma única via metodologicamente viável que é partir-se da ideia de processo do devido processo legal como a fonte matricial para construção da processualidade em si e qualquer de dos seus desdobramentos procedimentais. Sem isso qualquer esforço generalizante como teoria geral processo estará condenado ao insucesso científico. Para o garantismo não é teoria geral do processo, mas teoria unitária do processo: processo como unidade.¹²⁶

Os Modelos de Dogmática Garantística no Processo

A dogmática analítica garantista é o ramo preocupado com as classificações, divisões, sistematizações, conceituações e definições. Se preocupa em fixar os pontos de compreensão do sistema. Como modelo dogmático que é, a garantística do processo pode se trissecar em três modelos: dogmática analítica, hermenêutica e pragmática da garantia no processo.

um cartório, *e. g.*) e a competência legislativa será concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, XI)". CREVELIN, Diego; SILVA, Marcelo Pichioli da. ABDPRO 65 – Entre alma e corpo o que diz o garantismo processual sobre as competências legislativas dos arts 22 I e 24 XI da CRFB. <https://emporioidireito.com.br/leitura/abdpro-65-entre-alma-e-corpo-o-que-diz-o-garantismo-processual-sobre-as-competencias-legislativas-dos-arts-22-i-e-24-xi-crfb>.

125 "(...) o processo não é instrumento da jurisdição à realização do direito material, mas garantia do jurisdicionado para que essa realização não seja arbitrária; f) a ciência do processo se faz ex parte civium, não ex parte principis; g) garantir liberdade significa garantir às partes a autonomia de manejar fatos, fundamentos jurídicos, argumentos, pedidos e provas [freedom], e garantir-lhes a não interferência pelo juiz no exercício dessa autonomia [liberty]; h) embora seja uma unidade constitucional de garantia, o processo se desdobra em múltiplos procedimentos instituídos infraconstitucionalmente em função dos diferentes ramos do direito material aplicável [procedimentos civil, penal comum, penal militar, trabalhista, eleitoral, administrativo, tributário etc.]; i) não pode haver distinção metodológica entre o direito procedimental penal e o direito procedimental cível ou extrapenal; j) a Constituição é o autêntico código de processo; diplomas como o CPC e o CPP são, na verdade, códigos de procedimentos; k) códigos procedimentais são estatutos de proteção e defesa do cidadão em juízo. Como se vê, esses raciocínios simples destruiriam por completo a quase totalidade da processualística brasileira. Todavia, uma carapaça ideológica foi lançada sobre o inciso LIV do artigo 5º da CF/1988. Bloqueando-se as conclusões acima explanadas, implantou-se o consequente primado da autoridade sobre a liberdade, do Estado sobre o cidadão, da jurisdição sobre o jurisdicionado, da ciência jurisdicional sobre a ciência processual". PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p.14.

¹²⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 19.

Preocupa-se em classificar, dividir e conceituar. Seria dividir processo em procedimentos, garantias, como já visto, ferrajoliana, não-ferrajoliana, dogmática analítica garantística, mormente do processo. Um trabalho de anatomia das garantias e processo como garantia¹²⁷.

A macro garantia se desdobra em formatos procedimentais que, por sua vez, são fragmentados em microgarantias. O procedimento é uma sequência de microgarantias que se coordenam no sentido lógico, cronológico e teleológico. Há uma garanticidade na forma da petição inicial, por exemplo. Tem que obedecer a uma estrutura mínima para que se garanta à parte contrária a correta compreensão dos termos da demanda, para que isso lhe favoreça o exercício da garantia do contraditório. Do mesmo modo as diferentes modalidades de citação que obedecem a formatos garantísticos, porque o réu tem o direito de ser devidamente citado dos atos mais importantes do processo. Assim como, a depender do que se alegue na contestação, deve-se garantir ao autor a réplica para que não haja uma assimetria de contraditório¹²⁸.

E, portanto, cada ato que integra o procedimento no plano infraconstitucional é dado um formato micro-garantístico, porque de microgarantia em microgarantia se corporifica a macrogarantia do processo. A sentença por exemplo, tem os seus formatos garantísticos. Tem o relatório, uma forma de fundamentação e uma forma de dispositivo. Numa visão garantística não há necessidade de se falar em instrumentalidade das formas, mas por outro lado, a garanticidade das formas. Não faz sentido dispositivos que prevejam que desobedeça a forma, o ato é nulo. Porém, só será nulo se não houver prejuízo em pedido a uma das partes. As formas têm valor entre si porque formalizam as micro garantias constitutivas do

127 Processo instituição de garantia: “O processo porque elo dialogal habita a zona friccional entre a sociedade e o Estado, entre os jurisdicionados e a jurisdição, entre as partes e o juiz. Não se é de estranhar, assim, que o processo seja uma instituição estabelecida pela CF-1988. Instituições nada mais são do que entidades [e.g., organizações públicas, museus], bens [e.g., patrimônios históricos, meio ambiente], relações [e.g., família, casamento], valores [e.g., lealdade concorrencial, moralidade administrativa], agrupamentos [e.g., comunidades tradicionais], hábitos [e.g., tradições, festas], utilidades [e.g., saúde, esporte, segurança, educação] e normas [e.g., lei], cuja preservação estrutural e cujo bom funcionamento são indispensáveis à identidade e à própria existência de uma determinada sociedade e ao bem-estar de seus cidadãos. Nota-se, pois, que o conceito de instituição é metajurídico, visto que ela não deriva das normas jurídicas, mas lhes é prévio, que simplesmente a protegem. Com isso, vê-se que as instituições apresentam perfil bidimensional exibem, ao mesmo tempo, aspectos fáticos (visto serem uma realidade social) e valorativos (porque portam essencialidade social); uma vez amparadas normativamente pelo Estado, tornam-se institutos (sobre a noção de instituição: RAISER, Ludwig. *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht. Summum ius summa iniuria*. Tübingen: Mohr, 1963, p. 145-67)”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 15.

128 O contraditório como critério para definir a titularidade das funções processuais das partes e do juiz “O contraditório institui o critério para delimitar as funções dos sujeitos processuais, ele impede que partes exerçam funções de julgadores e que os julgadores exerçam funções de parte. Não é possível atribuir função de parte ao Estado-juiz - e vice-versa. Para que essas proposições fiquem mais claras, é necessário discernir imparcialidade, imparcialidade e incompatibilidade de funções, com ênfase nas duas primeiras. A imparcialidade é garantia contrajurisdicional das partes e, portanto, dever do juiz.” SOUSA, Diego Crevelin de. **Imparcialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Casa do direito, 2021. p. 127.

procedimento no plano infraconstitucional¹²⁹. Assim, o ato processual (forma) designado na lei é naturalmente vinculativo como proteção e precisa ser observado, trata-se todo o Código de Processo Civil de típica garantia.

Do mesmo modo que há uma dogmática analítica das garantias, há uma dogmática hermenêutica. Como interpretar os textos que preveem e que regulam essas garantias. Há uma hermenêutica garantista. E existem várias diretrizes interpretativas, a primeira dela é a ideia de que se o processo é uma unidade constitucional de garantia, a garantia do processo e as garantias no processo valem para qualquer âmbito procedimental. Não há garantia do processo e no processo que só valha ao procedimento civil ou penal. A garantia do contraditório pode ser para o civil, penal e trabalhista. A garantia da fundamentação das decisões, do mesmo modo. A garantia da imparcialidade da mesma maneira. Não há razão em dizer que o juiz penal tem que ser mais imparcial que o civil, que por sua vez mais imparcial que o trabalhista. Os três juízes são igualmente imparciais, sobre eles recaem os mesmos pesados deveres da imparcialidade. Não há justiça que deva ser mais contida que a outra. Isso é a eficácia transprocedimental das garantias¹³⁰.

E a presunção de inocência: dimensão extrapenal e civil. Existe a presunção de inocência civil¹³¹. Do mesmo modo que o penal sempre há de pressupor que o autor não tem razão. É por isso que se o autor não se desincumbe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, tem-se como inexistente o direito afirmado. E por essa razão o juiz deve proferir sentença de improcedência por ausência de provas¹³².

129 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 137.

130 “Mesmo que não se acolhesse o último alvitre, aqui se considera irrelevante a distinção entre "argumentos" e "fundamentos", para fins de definição da extensão do dever de fundamentação de que trata o art. 489, § 1º, IV, CPC. Ora, se o direito positivo não tem uma definição clara e a dogmática jurídica é vacilante, cumpre adotar a interpretação mais favorável à garantia fundamental em liça: o juiz tem o dever de se pronunciar sobre todos os assuntos 168 suscitados pelas partes ou que, por imposição legal, deve conhecer de ofício. Ao obrigar o julgador a demonstrar, expressa e motivadamente, que enfrentou todos os assuntos (fático-probatórios e jurídicos) apresentados pelas partes, indicando, com a precisão possível, como e em que medida eles tiveram aptidão para convencê-lo, essa solução impede que o direito de influência seja artificialmente esvaziado”. SOUSA, Diego Crevelin de. **Imparcialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Casa do direito, 2021. p. 71.

131 A presunção de inocência no processo civil se relaciona a questão temporal das consequências da sentença condenatória criminal. É garantia de que seus efeitos só serão resvalados após o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal para fase de execução civil, isso porque o artigo 515, VI, do Código de Processo Civil dispõe que a “sentença penal condenatória transitada em julgado” é título executivo judicial. Sem adentrar a discussão da execução provisória da sentença condenatória penal, em face da jurisprudência pátria, segundo a visão garantista, a presunção de inocência civil tem similitude com o tratamento dado ao processo penal e disciplinado no art. inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assim, restaria à parte requerida no processo civil, o tratamento de presunção de inocência, uma vez que, quem ocupada esse lado do polo, geralmente, detém a mácula do litígio.

132 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 137.

Nesse sentido, a sentença de improcedência em razão da ausência de provas, se erradica na dimensão extrapenal ou civil na presunção de inocência, ou seja, tem fundamento constitucional. Isso leva a uma segunda diretriz hermenêutica garantista, que é a primazia da liberdade sobre a autoridade. O que nos leva a concluir que as regras sobre o poder devem ser interpretadas restritivamente. Já as regras de garantias devem ser interpretadas de maneira ampliativa. É por isso que na visão garantista não faz sentido uma teoria dos poderes implícitos¹³³.

Na verdade, deve-se trabalhar apenas com os poderes constitucionalmente explícitos, tanto mais em uma Constituição analítica e prolixa da Constituição Federal de 1988. Em contrapartida devemos ter agora sim desenvolvida uma teoria das garantias implícitas. No Brasil a dificuldade em lidar com direitos fundamentais atípicos. E tem-se várias garantias contrapoder, implícitas: a razoabilidade, proporcionalidade, imparcialidade, presunção de inocência civil, o duplo grau de jurisdição. E tantas outras garantias individuais do cidadão não contempladas no texto constitucional, mas subentendidas nas entrelinhas¹³⁴.

Por isso que as garantias devem ser interpretadas de modo a promover a máxima eficácia, o máximo alcance. Que haja a dilatação do máximo possível do seu âmbito de incidência. Não faz sentido, no âmbito infraconstitucional, suprimir, na prática, o núcleo duro dessas garantias. Vejamos o contraditório que é garantia contrajurisdicional em qualquer âmbito e circunstância, daí o cuidado que se deve ter com a concessão de decisões judiciais *inaudita altera pars*, liminares, sem a ouvida da parte contrária¹³⁵.

Nas lições de Leonardo Greco¹³⁶ acerca da suposta inconstitucionalidade das Tutelas provisórias, em razão da ausência da garantia de contraditório:

Com efeito, se o acolhimento definitivo do pedido do autor, em razão da evidência do seu direito fosse concedido liminarmente, sem a prévia audiência do réu, essa especial tutela da evidência seria irremediavelmente inconstitucional, pois somente a urgência, ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação, jamais a supressão completa, do contraditório ou do exercício do direito de defesa, que são garantias constitucionais cujo respeito se afigura absolutamente imperioso e inafastável. A liminar possessória e os alimentos provisórios sempre foram justificados pela excepcional relevância do direito tutelado, constituindo provimentos provisórios, sujeitos a ratificação subsequente, após regular contraditório.

¹³³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 137.

¹³⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 140.

¹³⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 140.

¹³⁶ GRECO, Leonardo. **A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2600453/mod_resource/content/1/Procedimentos%20especiais%2C%20Fredie%20Jr.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

Para Costa¹³⁷, *inaudita altera pars* é o antônimo perfeito da ideia de processualidade. A não ser que haja grave risco de perecimento do direito ou risco de que ciente da medida, o réu possa frustrá-la, toda e qualquer decisão, inclusive concessiva, de tutela sumaria como as tutelas das urgências, essas decisões sempre devem ser proferidas após a oitiva da parte contrária, ainda que num tempo mais exíguo. No plano das tutelas provisórias, de urgência, *v. g.*, não é imune. Por fim, a dogmática garantista pode vislumbrar um modelo mais pragmático. Sob um ponto de vista pragmático, o direito não é necessariamente norma jurídica, mas comportamento social, tal como orientado pelas normas¹³⁸.

Garantia como Liberdade *Freedom e Liberty*

Baseando-se do exemplo da língua inglesa, em que existe o sentido de liberdade decomposta em duas palavras: *freedom* e *liberty*. Eduardo Costa propõe tratar da garantia de liberdade *freedom* – sentido positivo e garantia de liberdade *liberty* – sentido negativo. Processo é garantia de liberdade, tanto em sentido positivo quanto negativo. Liberdade positiva significa espontaneidade, iniciativas pessoais, autonomia individual. Liberdade em sentido negativo significa abstenção. Processo como garantia de liberdade é a garantia de que as partes desempenharão suas autonomias individuais em benefício da melhor ação e da melhor defesa. Cabe as partes, e somente a elas, invocarem fundamentos, arguirem fatos, produzirem provas e formularem pedidos, fazendo cada qual ao modo que melhor convém, obedecendo as estratégias que estabeleceram para si próprias.¹³⁹

O processo como garantia de liberdade significa que o Estado juiz não interferira no exercício dessas faculdades processuais pelas partes. O juiz não interfere no modo como as partes aportam para o objeto do processo, fatos, fundamentos e pedido. Do mesmo modo o Estado não aporta fatos, fundamentos, provas e pedidos que não foram aportados pelas partes.

¹³⁷ COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002.p.58.

¹³⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 142.

¹³⁹ “Logo, um aproveitamento útil dessa distinção semântica pela doutrina brasileira exigiria que o significante sofresse alguma marcação diacrítica, i.e., o acréscimo de um sinal gráfico que discernisse quando a liberdade corresponde a *freedom* e quando ela corresponde a *liberty*. Ora, assim como PONTES DE MIRANDA usou as aspas para diferenciar ação [= ação em sentido material de «ação»] [= ação em sentido processual (Tratado das ações. t. 1. II. I. § 23. 2)], é possível que elas igualmente sejam usadas para diferenciarem liberdade *freedom*] de «liberdade» [= *liberty*]. Com isso se consegue clarificar as duas ordens de sentido subjacentes à expressão «processo como garantia de liberdade». Afinal, a um só tempo, o processo é uma a) GARANTIA DE LIBERDADE [FREEDOM] e uma 8) GARANTIA DE «LIBERDADE» LIBERTY]. Ele garante aos jurisdicionados «diberdade» para que tenham liberdade” COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 139.

Nesse sentido, para o garantismo, há uma divisão clara de tarefas que compete somente ao juiz, as partes e só a elas.

Distinção do Garantismo Processual: Análise da Teoria no Brasil e Estrangeira

O garantismo processual propõe a releitura dogmática do macrofenômeno jurídico chamado de processo. Deve-se entender o processo como ramo dogmático que diz respeito ao fenômeno constitucional, independente do recorte filosófico e histórico, se verifica nos §§ 2º, 3º do art. 5º do Código de Processo Civil, especificamente, acerca de direitos e garantias fundamentais, recepcionado internacionalmente como o Pacto de San Jose da Costa Rica¹⁴⁰.

Apesar da densidade do assunto, o diálogo dificilmente é travado nas academias, no contexto da graduação, pelo menos, não com a profundidade que o tempo requer. Geralmente alinha-se o garantismo as premissas de Ferrajoli, atribui-se ao pensamento da teoria do garantismo hiperbólico¹⁴¹ assim como relaciona-se a questões ideológicas¹⁴² estanques de recrudescimento científico.

Os autores filiados a teoria do garantismo processual, no Brasil com Eduardo Costa, Glaucio Gumerato, Mateus Pereira, Antonio Carvalho, entre outros, enxergam o processo garantia contra o poder e contrajurisdicional, se contrapõe ao ativismo processual, posturas

140 GUMERATO, Glaucio. **Entrevista sobre o tema Garantismo Processual**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3WkHnYMYVSs>>. Acesso em 30 jan. 2022.

141 Garantismo hiperbólico monoclar (diz respeito a conduta comissiva ou omissiva) “Se compreendidos sistemicamente e contextualizados à realidade vigente, há se ver que os pilares do garantismo não demandam a aplicação de suas premissas unicamente como forma de afastar excessos injustificados do Estado à luz da Constituição (proteção do mais fraco). Quer-se dizer que não se deve invocar a aplicação exclusiva do que se tem chamado de “garantismo negativo”. Hodiernamente (e já assim admitia Ferrajoli embrionariamente, embora não nessas palavras),⁽¹²⁾ o garantismo penal não se esgota numa visão de coibir (apenas) excessos do Leviatã (numa visão hobesiana). Em percuciente análise do tema ora invocado, Gilmar Mendes já se manifestou de forma abstrata acerca dos **direitos fundamentais e dos deveres de proteção**,⁽¹³⁾ assentando que “os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiui-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]”. É o que se tem denominado – esse dever de proteção – de **garantismo positivo**”. FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em 30.01.2022.

¹⁴² Sobre ideologia, ver item 3.5 Garantismo e sua face ideológica no processo.

dogmáticas conhecidas como instrumentalistas e neoconstitucionalista que querem elevar os princípios para cima da normatividade concreta das regras. Entende-se, por fim, que o ambiente do processo é conflitual e que as partes, autor e réu, pretendem diversamente.

Consustanciados na doutrina pujante de Alvarado Velloso¹⁴³ que define o garantismo processual como:

Uma posição doutrinária firme (=aferrada) quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que tal ordem se adéque com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição. Em outras palavras, os doutrinadores que assim entendem não buscam um juiz comprometido com certas pessoas (=grupos de pessoas) ou coisa distinta da Constituição, mas sim um juiz que se empenhe em respeitar a todo custo as garantias constitucionais.

Como se depreende a partir dos escritos dos garantistas processuais, o aumento de poder do juiz deve ser rechaçado através das garantias constitucionais, dentre as principais, o processo. O processo criado no plano legislativo e concretizado pelo judiciário, no plano das liberdades públicas e não operado como instrumento da jurisdição. Processo operado de forma republicana e democrática. O juiz apesar de uma autoridade de suma importância, não tem um cheque em branco para legislar. Para Glauco Gumerato, o garantismo não leva em conta o clamor por justiça. O processo não se presta a vingança. O judiciário não possui essa autorização conforme posto pela Constituição¹⁴⁴.

Segundo as premissas estabelecidas na teoria, o judiciário deve pautar a função democrática republicana legitimado pela Constituição. Assim, seguindo o paralogismo antologicamente jurídico tem-se, invariavelmente, três atributos: 1) vinculabilidade entre os sujeitos do direito; 2) previsibilidade das decisões judiciais e 3) segurança jurídica no ordenamento jurídico.

A Influência do Garantismo Processual no Direito Estrangeiro

Como destacado anteriormente, a vertente garantista aqui delineada possui características autênticas frente às demais e conhecidas teorias do garantismo jurídico. A proposição do garantismo processual encampada nesse trabalho é entabulada por autores brasileiros cujo referencial teórico se conforma na doutrina garantista detida no direito

143 RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**: apresentação do debate. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

144 RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**: apresentação do debate. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

estrangeiro, basicamente, em autores de três países, são eles: Argentina (Adolfo Alvarado Velloso), Itália (Franco Cipriani) e Espanha (Juan Montero Aroca).

Em uma das obras mais destacadas acerca do garantismo processual, reúne vários escritos de clássicos doutrinadores do assunto no direito comparado, “Proceso e ideologia” é a obra condecorada como a referência basilar do garantismo processual no direito comparado. O catedrático da Universidade de Barcelona, Joan Picó i Junoy, descreveu sinoticamente as posições dos autores referidos acima, ao tratar dos direitos processuais entre o garantismo e a eficácia¹⁴⁵.

Para Junoy, é inadmissível uma eficácia de um processo sem garantismo do ponto de vista Constitucional. Assim, o autor indica o desabrochar de uma doutrina revisionista do movimento publicista no processo, dirigindo a crítica à iniciativa probatória do juiz e o controle judicial.

O Autor aponta Franco Cipriani como doutrina do garantismo na Itália. Cipriani combate veemente a ideia de protagonismo judicial, segundo o qual deve ser assumido pelas partes, inferindo ser contraproducente ao processo a postura autoritarista do Estado-Juiz que ignora as garantias vertidas em lei¹⁴⁶.

Junoy continua comentando do jurista Espanhol, Juan Montero Aroca, indicando ser o autor com maior crítica a publicização do processo, equiparando-a a regime totalitário e fascista. Para Aroca, existe a falsa impressão de cooperação no processo, sendo a única forma de obter um devido processo, um juiz que observe a lei e não busque fazer justiça a seu modo a pretexto de um processo justo¹⁴⁷.

O autor dá sequência à identificação dos autores garantistas induzindo que Alvarado Velloso que também rechaça a intervenção ativa do juiz. Que o totalitarismo judicial acaba

¹⁴⁵JUNOY, Joan Picó i. **El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia**. In: Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch. 2006. p. 113.

¹⁴⁶ JUNOY, Joan Picó i. **El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia**. In: Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch. 2006. p. 113. Ver também: CIPRIANI, Franco. El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos esloganes. In: Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch. 2006.p.115.

¹⁴⁷ “las repetidas alusiones a que el proceso es el medio para que las partes y sus abogados colaboren con el juez en la obtención de lo más justo, en el descubrimiento de la verdad o de la justicia material, sólo se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho a "pelear" por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Sólo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se cree ungido, por no se sabe muy bien qué fuerza de la divinidad o del destino, para hacer justicia entre los hombres. El juez liberal y garantista se limita, más modestamente, a pretender hacer efectivo el derecho positivo entre los ciudadanos, a aplicar la ley” AROCA, Juan Montero. **Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. València: Tirant lo blanch, 2001.p.108.

por ocasionar verdadeira crise judicial e do sistema. Velloso denuncia o paternalismo exacerbado que enraigado com a versão social dos direitos em que o juiz deve fazer justiça ao arrepio da lei e conforme conclama a sociedade.¹⁴⁸

Finalmente uma das pechas garantistas e que torna linear as ideias desenvolvidas em cada designação é a busca pela imparcialidade do Estado-Juiz. Para Junoy, dever ser protegida a imparcialidade, de modo a promover um processo legítimo.¹⁴⁹

O apontamento das ideias garantistas em seus expoentes no direito estrangeiro foi realizado com o propósito de evidenciar o reconhecimento pela doutrina, da relevância dos trabalhos realizados pelos autores garantistas, bem como denotar que se concentra nesses três autores as produções estopins dos conceitos. Entretanto, conforme verificado no trabalho existem outros grandes nomes que contribuem para a pesquisa, é o caso de Junoy, Mantaleone e Deho, todos com contribuições valiosas na aludida obra.

Sinopse Histórica à Guisa de uma Eclosão da Teoria Garantista Processual

Glauco Gumerato Ramos, em um de seus primeiros artigos acerca do garantismo processual, um contraponto com o ativismo judicial, a época, mestrando na Universidade de Rosário na Argentina e orientando de Alvarado Velloso, fez uma análise cronológica de como o garantismo processual se fundou no direito estrangeiro, com a seguinte sequência¹⁵⁰:

1995: O artigo de FRANCO CIPRIANI;

2000/2001: A conferência de MONTERO AROCA nas XVII Jornadas do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) e seu posterior livro "Princípios políticos do novo processo civil espanhol";

Ainda em 2000: é realizado o "II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista" na cidade de Azul, Província de Buenos Aires;

2002: A tradução de FRANCO CIPRIANI – "I principi politici del nuovo processo civile spagnolo" – do livro de MONTERO AROCA, o primeiro de um processualista espanhol traduzido ao italiano;

2006: A coletânea organizada por MONTERO AROCA, "Proceso e ideologia – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos".

¹⁴⁸ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **El debido proceso de la garantía constitucional**. Rosario: Ed. Zeus, 2003. p. 301 e 302.

¹⁴⁹ JUNOY, Joan Picó i. **El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia**. In: Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch. 2006. p. 125.

¹⁵⁰ RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**: apresentação do debate. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

Franco Cipriani, em seu artigo, atribuiu ao Código de Processo Civil austríaco de Franz Klein o caráter publicista do processo civil, em que os juízes tiveram seus poderes majorados e o dirigismo processual.¹⁵¹⁻¹⁵² Franz Klein foi o autor da ideia de formalismo moderno. Segundo Mateus Costa o jurista austríaco portava um desencanto pelo processo e buscava fazê-lo, por meio da ferramenta do bem-estar social. Assim, acabou por incitar a majoração de poderes aos juízes, bem como os incumbiu da busca pela verdade, pois assim se estaria fazendo a justiça. Destarte, culminou em um forte abalo no princípio dispositivo.¹⁵³

Na percepção de Klein¹⁵⁴ possui raízes ideológicas, alcunhada como antiliberal e moralista, que difundia um processo meramente para efetivar o direito material. Chiovenda¹⁵⁵ também não se distanciou dessa proposta, em que se consolidou no sentido do “enaltecimento a oralidade e os poderes judiciais conferir celeridade e eficiência aos procedimentos”¹⁵⁶. Sobre o assunto será retornado nos próximos capítulos¹⁵⁷.

Em continuação a cronologia garantista, na conferência nos idos de 2000/2001, contou com a proposição cismática de Montero Aroca taxada como o “despertar de um novo enfoque ao direito processual civil”, em que foi capaz de estabelecer orientações garantista a nova Lei de Enjuiciamiento Civil da Espanha, corroborando “que o processo civil estava passando por um momento de mudança de paradigma, com a observação do esvaziamento de seu conteúdo publicístico”¹⁵⁸.

Franco Cipriani, no mesmo ano de 2000, sentiu afinidade nas ideias difundidas naquela conferência que trouxe sólidos resultados legais à Espanha, através das proposições

151 “Em síntese, CIPRIANI demonstra que o *Regulamento Klein*: i) encara o processo civil como um "mal social" a gerar influência na economia nacional; ii) tratou o processo como objeto social; iii) conferiu viés *publicista* ao processo civil, com "negação" às partes; iv) reforçou os poderes do juiz no processo. É dizer: "um processo construído com menoscabo das partes" ^[21], cujo respectivo *Regulamento* foi tachado por parcela expressiva e respeitável da doutrina de, no mínimo, inconstitucional”. RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**: apresentação do debate. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

¹⁵² CIPRIANI, Franco. **Nel centenario del regolamento di Klein** (Il processo civile tra libertà e autorità). Rivista di diritto processuale. Padova: CEDAM, 1995.

153 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 364p.

¹⁵⁴ Sobre o jurista Franz Klein, é importante ressaltar que não foram localizadas obras próprias do autor, mas autores que o citam e descrevem pormenorizadamente sua trajetória incisiva no processo civil e sua repercussão publicista. Veja mais em: CIPRIANI, Franco. **Nel centenario del regolamento di Klein** (Il processo civile tra libertà e autorità). Rivista di diritto processuale. Padova: CEDAM, 1995.

¹⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Volume II. 2ª ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. Acompanhada de Notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943.

156 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 364p.

157 RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**: apresentação do debate. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

158 RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**: apresentação do debate. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

de Montero Aroca com “idéias libertárias e garantistas em torno do processo civil”. Resultado disso é a tradução da obra publicado na Espanha o livro *Los principios políticos ao italiano*¹⁵⁹.

Nesse enredo orquestrado por esses juristas no direito comparado que, as implicações dos escritos entre Franco Cipriani e Montero Aroca, levou este último a reunir os textos com o tema “ativismo/garantismo, autoridade/liberdade no processo civil”.¹⁶⁰

A Virada Garantista para Mateus Pereira

Mateus Pereira dedicou o doutorado para pesquisar o garantismo processual, sua tese intitulada “Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista: achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro”, ganhou sua versão comercial em que o autor empreendeu em uma teoria geral do processo¹⁶¹.

Durante as mais de trezentas páginas de sua obra, o autor traçou premissas importantes a compreensão do tema do garantismo, bem como denotou a imprescindibilidade de investir no estudo do assunto como uma forma democrática de se vislumbrar o processo.

O capítulo sexto foi dedicado à designação ao que o autor nomeia de “a virada garantista do Direito Processual brasileiro”. Aqui, Mateus Costa evidencia as bases que consubstanciam o garantismo, mormente, na constitucionalização do processo. O autor aponta que o objetivo do constitucionalismo em sua origem foi à limitação do Estado insurgindo o liberalismo, destaque para a legalidade e organização de garantias.

O constitucionalismo moderno possuía a percepção de subordinação estatal à norma positiva. Dada a impossibilidade de abrangência às dificuldades na sociedade, o liberalismo culminou na insatisfação da sociedade, motivo pelo qual foi substituído pelo Estado social que por seu turno, foi destituído pelo Estado democrático que contém a mescla dos anteriores¹⁶².

159 A apresentação da tradução italiana do livro ocorreu no ensejo de um Seminário Internacional celebrado entre os dias 16-18 de maio de 2002, em Roma, onde, dentre outros, esteve presente GIOVANNI VERDE, à época Vicepresidente do Consiglio Superiore della Magistratura. Poucos meses após este conclave, VERDE faz publicar um artigo na Revista di Diritto Processuale [36] integralmente dedicado – embora assumidamente não emparelhado – ao livro de MONTERO AROCA e ao – nas palavras do próprio VERDE – “polêmico” prefácio de CIPRIANI. RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

160 RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

161 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. *Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 364p.

162 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. *Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 152.

No tópico que cuida sobre o garantismo processual, o autor adverte, preambularmente, que os garantistas exigem a absoluta deferência da Constituição ao centro dos direitos fundamentais, no que tange a salvaguarda das liberdades, depreendendo também o devido processo legal em sua inteireza¹⁶³.

O modelo de processo garantista é extraído da Constituição e não do Código. Para Mateus Costa, a ideia de garantia contrajurisdicional deve ser cotejada no âmbito de uma teoria unitária de processo, ao revés de uma teoria geral. Assim não há o que se falar em processualismo científico ou formalismo-valorativo que só majoram o poder, não versa acerca de garantias¹⁶⁴.

O processo é, em sua natureza, instrumento de balizamento de poder. É garantia e possui garantias, além de não se restringir a supressão de iniciativa probatória do magistrado. E assim, o autor traz mais detidamente o processo como instituição de garantia contrajurisdicional, em que se expressa positivamente a partir da Constituição. Mateus Costa faz o cotejamento de obras como a de Rosemiro Leal, que tem o processo como instituição jurídica constitucionalizada estabelecida no contraditório, ampla defesa e isonomia¹⁶⁵.

163 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo:** Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 158

164 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo:** Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 161.

165 Vide LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: **Teoria do processo:** Panorama mundial. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão (coords.). Salvador: JusPodivm, 2007. p. 905-916.

3A PUBLICIZAÇÃO A PRETEXTO DE UMA CONDUÇÃO EFICIENTE DO PROCESSO

Contextualização Histórica do Marco Publicístico no Processo Civil

Neste capítulo será possível, através do referencial teórico da crítica garantista, estudar os autores precursores do publicismo no processo civil, inaugurando o debate proposto no trabalho e sua repercussão no direito processual, motivo pelo qual a doutrina garantista processual contornada nessa pesquisa combate veemente – a majoração dos poderes do Estado-Juiz conclamada pela doutrina e jurisprudência na contemporaneidade.

A finalidade de tratar da publicização é denotar o que a doutrina garantista aponta como estopim da germinação autoritária no processo, ante as razões pelas quais levaram a doutrina a confiar a legitimação de um modelo instrumental de processo. É o que será visto nos itens a seguir, como inadvertidamente sob o argumento efficientista se arraigado um instituto potencialmente nocivo a liberdade das partes no processo.

Para alvorecer as ideias publicísticas, será tomado como marco teórico a “dupla transposição do conceito de processo a partir de Oskar Bulow”¹⁶⁶. Bulow foi responsável pela consagração científica do processo, por meio de sua vasta contribuição segundo a qual teria elaborado conceitos autônomos de direito processual, sem que houvesse precedentes na doutrina, essencialmente acerca da relação processual e seus pressupostos processuais, cuja obra inovadora publicada em 1868¹⁶⁷ recebeu o título de *La teoria de las excepciones procesales y los presupuesto procesales*¹⁶⁸.

Segundo Mateus Costa, Oskar Bülow é paradoxal, isto porque, embora o grande contributo à guinada do processo à ciência autônoma do direito material, a partir de uma codificação própria, Bülow também trouxe a percepção do processo como instrumento da jurisdição manejado e abalizado pelo Estado à disposição das partes. O autor reconhece que Bülow “conduziu à superação do empirismo – outrora reinante – as contingências eram repudiadas pelo paradigma científico”. Mas, por outro turno, sustentava a concessão de mais poderes ao juiz, mesmo que a revelia do texto legal¹⁶⁹.

166 RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Casa do Direito, 2021. p. 51.

167 NIEVA-FENOL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciência jurisdiccional. **Revista de processo**. V. 220. Jun./2013. São Paulo: revista dos tribunais, 2012. p. 115.

168 BÜLOW, Oskar. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuesto procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964.

169 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 254.

No contexto histórico processual antes de Bülow, é possível depreender a liberdade das partes de dispor no processo, em que possuíam margem para “contratação” – característico do direito civil, em detrimento do juiz que era reconhecido como o poder nulo e se limitava a análise de conteúdos trazidos pelas partes, não havia formalidade processual e vinculava-se o processo ao direito material¹⁷⁰.

É possível identificar o objetivo de Bülow em publicizar o processo, primeiramente a busca de romper a estrutura processual com o direito privado por meio de sua teoria do processo enquanto relação jurídica, não foi o bastante, assim, integrou o Estado-Juiz a relação jurídica, ocupando este a função de dirigente. Essa percepção de Bülow é fundada no direito romano que possui o “intento nitidamente publicista de conferir maiores poderes ao juiz, na condição de partícipe da chamada relação jurídica processual”¹⁷¹. Logo, Bülow além de viabilizar a autonomia processual, antes associado ao direito material, mas também concebeu a qualidade do processo publicista, “plasmando uma concepção autoritária (bismarckiana) tendencialmente voltada a privilegiar a posição do juiz em relação às partes”¹⁷².

A publicização busca o rompimento do processo enquanto coisa das partes (autonomia das partes), liberal, legalista e absenteísta do Estado. A moção publicística alcançou a socialização do direito processual, que apesar de serem distintos institutos¹⁷³, contribuiu substancialmente à concretização da instrumentalidade do processo, outorgando ao magistrado o papel de representação do Estado. A solidificação publicista está afeta a Franz Klein e Giuseppe Chiovenda, que granjearam a pecha de facilitadores dessa roupagem processual que cravou a passagem do método exegético para ciência processual¹⁷⁴.

170 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 264.

171 “O seu foco é mostrar que se trata de uma relação jurídica de direito público, e não uma relação de direito privado. Isso porque, segundo ele, ‘desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, desde que tratam no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também, às partes se leva em conta unicamente o aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma relação jurídica pública’”. RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Casa do Direito, 2021. p. 53-54.

172 “Na verdade, conforme Pontes de Miranda, Bülow entendeu que não existiria ação como direito subjetivo anterior ao juízo e que, com a demanda (com o ato de pedir ao Estado-juiz a sua atuação), nasceria somente o direito à sentença “justa” e ao eficaz funcionamento do aparelho jurisdicional do Estado. Nota-se, pois, que o ângulo da abordagem realizado por Bülow centra-se no Estado, e não no indivíduo”. RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p.58

¹⁷³ Cada qual com seu enfoque, conforme seus radicais: um é a coisa pública e o outro do social.

174 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Volume II. 2ª ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. Acompanhada de Notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943.p. 265.

Para Mateus Pereira, os resultados perniciosos, mormente no tocante ao investimento de técnicas autoritaristas do socialismo processual,¹⁷⁵ são percebidos até hoje, visto que, os avanços não se deram de forma democrática. Seria Franz Klein o autor da ideia de formalismo moderno, assim como, deve-se ao desencanto do jurista austríaco pelo processo, o motivo pelo qual buscava fazê-lo ferramenta do bem-estar social¹⁷⁶, não uma instituição de garantia das partes, o qual o Estado busca escopos econômicos e sociais – uma percepção metajurídica.

Dito isto, importante frisar que as ideias de Franz Klein são a essência política do processualismo científico do século XIX¹⁷⁷. Na empreitada pelo bem-estar social, foi incumbido ao Estado-Juiz as diretivas processuais, o que acabou por incitar a majoração de poderes aos juízes, bem como os encarregou da busca pela verdade, pois assim se estaria fazendo a justiça. Destarte, culminou em um forte abalo no princípio dispositivo, como se observará no capítulo seguinte¹⁷⁸.

A percepção de Klein possui raízes ideológicas a qual entende o processo como antiliberal e moralista além de difundir um processo meramente para efetivar o direito material¹⁷⁹. Entre as definições do autor, estão a colaboração das partes, em que implica no dever de integridade e veracidade das partes, de modo que o contrário provocará a máxima investigação pelo juiz, também a instituição de uma comunidade de trabalho, o qual os sujeitos devem cooperar com o processo¹⁸⁰.

Acerca da cooperação¹⁸¹, em que as partes devem colaborar para que se obtenha em num prazo razoável uma decisão justa, o art. 6º do Código de Processo Civil de 2015¹⁸²

¹⁷⁵Sobre o socialismo processual, frise-se que apesar, de ser mencionado como as ideias impulsionadoras do período, os autores tratados como Chiovenda, que era ligado ao regime fascista e Dinamarca que não se possui informações acerca das inclinações políticas, a ideia do trabalho não é a atribuição do pensamento socialista aos autores. Os dois autores são mencionados denotando o papel crucial no hasteamento das ideias instrumentalistas do processo.

176 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 265.

177 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 116.

178 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 266.

179 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 268.

180 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 96.

181 “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

assemelha-se substancialmente as premissas propagadas nas obras do autor. Além de outras expressões, como a limitação da defesa, para que não haja morosidade processual, uma vez que Klein indica que as partes se utilizam de tais meios de defesa para protelar; e a proposta de assistência mútua e uma justiça rápida, barata e de fácil acesso. Franco Cipriani em arremate, expõe a percepção do jurista austríaco: processo como mero instrumento do poder, traços da teoria e ofício jurisdicional.¹⁸³

No processo de Klein, o juiz não se limita a julgar: ele administra e conduz o processo do início ao fim. Para o efeito, "tem amplos poderes discricionários", com a consequência óbvia de que já não é, como nos sistemas jurídicos liberais, um "marionete que só pode mover-se se as partes puxarem as cordas", mas o "diretor", o « timoneiro, o profissional representante do bem comum», aquele a quem o legislador atribui a muito delicada tarefa de assegurar que no processo, «instituto de direito público», também sejam satisfeitos, juntamente com os interesses das partes, também « os mais altos valores sociais ». É, portanto, bem possível que "às vezes se coloquem limitações à liberdade do indivíduo em benefício do todo e do Estado", considerando que "juízes, advogados e partes devem colaborar na formação de uma decisão justa.

Na mesma esteira, que sofreu forte influência de Franz Klein, é quem sustenta o “enaltecimento a oralidade, os poderes judiciais conferir celeridade e eficiência aos procedimentos”¹⁸⁴. Na escola de Chiovenda, o Estado não pode ser uma figura passiva, mas ser participativo. Para o autor italiano, o remédio para enfrentar os problemas processuais é a extensão dos poderes do juiz para adaptação do processo as necessidades sociais¹⁸⁵. Chiovenda influenciou fortemente na idealização das medidas cautelares, juntamente com seu seguidor Piero Calamandrei, não apenas com o caráter sumário, mas também a iniciativa do juiz no processo¹⁸⁶.

A guisa de uma breve digressão histórica, estes foram os precedentes que, responsáveis por perpetuar a compreensão instrumentalista na Península Ibérica e em países como o Brasil, Colômbia, Argentina e Peru. Todos com o mesmo escopo publicista e autoritário de enxergar o processo sob o viés de socialização. Mateus Pereira pontua que nem todos os países que assumiram a proposta social de processo estavam passando por governos

processo judicial brasileiro, assentado em outros valores” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 13 set. 2020.

182 Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

183 CIPRIANI, Franco. **En el centenario del reglamento de Klein** - El proceso civil entre libertad y autoridad. Bari, Itália, 1995.

184 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 265.

185 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Volume II. 2ª ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. Acompanhada de Notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 112.

186 CALAMANDREI, Piero. **Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio**. Estudios sobre el proceso civil. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945. p. 113.

autoritários. Desta forma, não subsiste o fundamento pelo qual seria uma forma de defesa ou contra-ataque de governos fascistas¹⁸⁷.

Dando continuidade a marcha publicista, com o propósito de uma dita efetividade, Cappelletti¹⁸⁸ impulsiona o protagonismo judicial, entretanto, não há resquícios de que se tenha capitaneado qualquer benefício útil ao resultado do processo, mas, de outro modo, é patente a prejudicialidade à duração do processo, desaguando no problema da busca pela eficiência, em que o Estado não consegue prover as demandas judiciais¹⁸⁹.

As consequências do processualismo científico no mundo repercutiram no Brasil, sobremaneira no Código de Processo Civil de 1973. De início as raízes processuais brasileiras tinham guarida na Constituição republicana, que atribuía também aos Estados-membros a autonomia e competência de legislar em matéria processual local. Os códigos de processo civil da Bahia e de São Paulo são os mais representativos da dicotomia liberal e social¹⁹⁰. Isto porque, no primeiro seguia a linha tradicional liberal, já no segundo possuía uma faceta mais moderna¹⁹¹.

Com a unificação processual em 1939, “Rompendo com o privatismo, nosso código nacional de processo civil teve por premissa a concentração de poderes em mãos do Estado”¹⁹². Aqui a limitação judicial estava no *mandamus* legal, como também o magistrado não se limitaria a iniciativa das partes à produção probatória. Já o código de 1973, inspirado nas aspirações de Liebman¹⁹³, perpetuou a tradição publicística, além de recuperar a ideia de

187 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo:** Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 265.

188 Mauro Cappelletti não vê incompatibilidade entre o princípio dispositivo e o caráter público e indisponível do processo, porquanto seu andamento e o seu resultado também sejam do interesse desse ente; a liberdade das partes quanto ao objeto material do processo não se estende ao processo em si, não podendo as partes determinar como esse instrumento se desenvolverá. CAPPELLETTI, Mauro. Publicización, oralidad, socialización. In: _____. El proceso civil en el Derecho Comparado. Buenos Aires: EJE, 1973. p. 44-45. O autor associa a publicização do processo à oralidade, também identificada ao uso dos poderes de direção e de controle pelo juiz. GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. **Rev. Bras. Polít. Públicas** (Online), Brasília, v. 6, nº 1, 2016 p. 124-149.

189 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo:** Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 265.

¹⁹⁰ PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo:** Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 266

191 Ideologias ocultas: 1887 – Código de Processo Civil austríaco – tratado de versales – franz klein – muito poder – processo como um mal necessário – franco cipriani – exposição de motivos do código klein – relembra como o estado húngaro. Direito civil dos pobres Cpc/39 – Cpc/73- Autoridade do juiz – por causa de calamandrei (institutos fundamentais) – as partes devem se pautar pelo juiz. Liebman – influenciou os responsáveis pelos autores do Liberal e sociológico; Robert Dworkin e Alexy a interpretação que se leva em conta princípios. A doutrina costuma descrever o garantismo processual a partir de autores dissonantes. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 196.

192 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo:** Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p.20.

¹⁹³ Sobre o autor: “A influência de Liebman sobre o desenvolvimento do Direito Processual Civil brasileiro é notável. Discípulo de Chiovenda (considerado o maior processualista de todos os tempos), Liebman morou no

processo como instrumento do Estado, na vigência da tríade conhecimento-execução-cautelar¹⁹⁴.

Em prosseguimento, a posição instrumentalista de autores brasileiros como Cândido Rangel Dinamarco¹⁹⁵ que possui uma obra intitulada “A instrumentalidade do processo”, que preconiza os ideais publicísticos já mencionados, mas que se consagrou no Brasil, especialmente por tratar da efetividade como uma técnica processual que objetiva resultados. Dinamarco exerce um significativo trabalho na formação dos processualistas ao instrumentalismo processual até os dias atuais, além de ter elaborado teorias como a dos

Brasil na época da Segunda Guerra Mundial. Através de sua atuação como professor na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Liebman foi o responsável por uma escola de pensamento, a qual ficaria conhecida como "Escola Processual de São Paulo", e que hoje constitui-se numa verdadeira escola brasileira de processo. As principais teorias defendidas por Liebman foram consagradas no Código de Processo Civil brasileiro, o qual resultou de um anteprojeto elaborado pelo mais notável de seus discípulos, o saudoso professor Alfredo Buzaid. Além disso, Liebman chegou a elaborar obras em português”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. São Paulo: Imprensa, 2014. p.6.)

194 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro.** Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 265.

195 “Sem embargo, a prática ressentia do manancial teórico ao funcionamento das novas engrenagens; faltava o referencial teórico em língua portuguesa que se prestaria como paradigma à compreensão do fenômeno processual, no sentido de reorientar a prática a um modelo de protagonismo dos juízes. É nesse contexto que se insere a obra de Cândido Rangel Dinamarco. Em 1987 seria publicada a primeira edição de "A Instrumentalidade do Processo", de Dinamarco. Caudatária do instrumentalismo e do publicismo, nela o autor perspectivou o processo a partir de escopos "jurisdicionais" (sociais, políticos e jurídicos). Sobrelevando o processo como instrumento técnico da jurisdição, em Dinamarco o processo é valorado pelos resultados alcançados junto aos "consumidores" de justiça.³ Tão festejada pela processualística, nessa obra o instrumentalismo alcançou o status de paradigma à compreensão do fenômeno processual brasileiro. A obra em exame gira em torno de quatro eixos temáticos, quais sejam: (?) deslocamento da jurisdição ao centro gravitacional da ciência processual; (ii) compreensão do processo enquanto instrumento a serviço da jurisdição; (ii) existência de escopos processuais; e (iv) verificação de um duplo sentido (positivo e negativo) para a instrumentalidade.⁴⁰ Por constituírem o alicerce ao discurso de majoração dos poderes judiciais, o tema dos escopos processuais reclama análise acurada. Dinamarco sistematiza o tema em: (a) Escopo social: educação do jurisdicionado pelas decisões e; (i) pacificação do conflito com justiça; (b) Escopo político: afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo não se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, tampouco haveria razão de ser para o ordenamento jurídico, projeção positivada do poder e dele próprio; (ii) concretizar o culto do valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce; (iii) assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, no destino da sociedade política; (c) Escopo jurídico: papel do juiz em fazer atuar a vontade concreta do direito por meio do processo. Trata-se da exigência de que o processo promova a justa composição da lide. Desse caldo teórico resulta peculiar modelo de juiz: representante do povo, dotado de legitimidade democrática à semelhança de um parlamentar (poder legislativo), que deve estar atento aos anseios e motivações da própria sociedade. Em tom de censura, aquilo que foi rotulado de mito do "juiz-antena" (ou juiz "formiga-atômica"), capaz de receber, ler e decifrar os impulsos sociais e os clamores majoritários de justiça e moralidade.⁴³ "Eliminar conflitos mediante critérios justos - eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado"⁴⁴. Ambiente em que o juiz é, senão, o "gerente nato do bem-comum", jungido para ser "a providência de seu povo". Em Dinamarco, a justiça é o “escopo-síntese”, eis que expressão do “bem comum” (welfare state)”. Análise em: CARVALHO FILHO, Antônio; SOUSA, Diego Crevelin; PEREIRA, Mateus Costa. **Réquiem às medidas judiciais atípicas nas execuções pecuniárias.** Londrina: Thoth, 2020. p 71.

escopos processuais dividido em social, político e jurídico em que os garantistas julgam se tratar de mais um contributo a majoração dos poderes do juiz¹⁹⁶.

Corroborando acerca da permanência instrumental do processo no Código de Processo Civil de 2015: “Pela leitura da exposição de motivos do anteprojeto do CPC/2015 fica destacado que o objetivo é continuar o trabalho do CPC/1973, no sentido de aprimorar a busca pela decisão justa e pelo processo célere. Parece que a visão instrumentalista continua a reger o direito processual brasileiro”.¹⁹⁷

Ainda sob a tônica de um Estado Social, além do método indutivo de atuação do magistrado, há a insistência no ativismo judicial material e formal, corroborado como José Roberto dos Santos Bedaque, como medida que se faz necessária a pacificação social. Nesse sentido, entende o autor: “conclui-se, portanto, que o processo jurisdicional é instrumento de uma função do Estado que, para manter a paz e a harmonia entre os integrantes da sociedade, tem a atribuição específica de promover a atuação do ordenamento jurídico”.¹⁹⁸

A partir da concisa exposição histórica, foram analisadas as principais escolas reputadas pelos garantistas aqui estudados¹⁹⁹ como as teorias fundantes do publicismo no mundo até chegar ao Brasil. No Brasil o instrumentalismo se sedimentou na ideia pregada de “processualismo científico, como fórmula as agruras processuais provocadas pelas próprias pretensões publicísticas, ao confiar ao juiz irrestrita condução processual. No contraponto do

196 Dinamarco segue a orientação de Fazzalari de processo ao pensá-lo como procedimento em contraditório, como também defende os “escopos sociais (paz social e educação ao exercício de direitos, combatendo-se a litigiosidade contida)” e finalmente insiste na busca pela verdade. As proposições de Dinamarco traz indagações importantes como: Qual é a justiça a ser buscada pelo juiz? Em qual passagem a Constituição Federal consagra escopos “jurisdicionais”? Com supedâneo constitucional, de outro modo a Constituição Federal em seu art. 5º, contempla a primeira dimensão dos direitos fundamentais, que é a de liberdade, como garantia constitucional. O processo não é jurisdição nem procedimento. Já quanto aos valores políticos e sociais que julgam ser afeto ao processo, o autor aponta que conduz a uma perspectiva solipsista.

197 PEDRON, Flávio Quinaud; CAMPOS, Felipe de Almeida. **Instrumentalismo vs. processo constitucional:** os caminhos teóricos da processualidade nos trinta anos da Constituição da República de 1988. R. do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ | Belo Horizonte, ano 16, n. 23, p. 53-75, jan./jun. 2018.

198 “Assim, a relação processual tem seu próprio escopo, que jamais é o mesmo da relação de direito material. Pode esta pertencer ao direito público ou privado, não importa. O processo, entendido como relação processual mais procedimento, ou como procedimento realizado em contraditório, tem sempre a mesma finalidade a ser atingida: a manutenção do ordenamento jurídico, do que advém a afirmação da autoridade do Estado e a paz social. A relação processual é, portanto, completamente independente da de direito material. O que existe é um nexos de instrumentalidade entre o processo e o direito objetivo material, pois aquele visa à atuação deste. E essa finalidade satisfaz não apenas o interesse das partes cujas relações são reguladas pelas normas de direito material, mas, e principalmente, o interesse público na obediência à ordem jurídica estabelecida. Aliás, este último se sobrepõe ao primeiro”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Juiz, processo e justiça.** In: *Ativismo judicial e Garantismo Processual.* Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 117/118.

199 Maiormente neste capítulo PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo:** Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 364p. e RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo:** liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 116.

binômio garantismo e publicismo, é possível identificar as consequências da publicização do processo, como se denotará nos próximos itens.

Contraponto entre o Publicismo e Garantismo no Processo: Fases Metodológicas que Notabilizam o Debate Ideológico

Nuances do Contributo Neoconstitucionalista a Majoração de Poderes do Estado-Juiz

O neoconstitucionalismo no Brasil inaugura uma fase de valorização dos princípios, rejeição ao formalismo, irradiação dos institutos constitucionais, reaproximação do direito com a moral, por fim, a judicialização política. Em uma breve menção histórica, verifica-se que o despontar do neoconstitucionalismo ocorre após a segunda guerra mundial, antes disso a lei era a fonte principal do direito e a Constituição Federal sem força normativa²⁰⁰.

Após as barbáries da Alemanha Nazista as constituições fortaleceram suas jurisdições, instituindo mecanismos potentes de proteção a direitos fundamentais. Entendeu-se que a Constituição Federal é autêntica norma jurídica que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis.²⁰¹ Possui elevado teor axiológico e dispõe de vários temas, aptos a se debruçar como: constitucionalização da ordem jurídica, abertura e indefinições semânticas, princípios, adoção de novas técnicas pelo poder judiciário e estilos hermenêuticos ao lado da tradicional subsunção, pluralismo axiológico – técnica de ponderação.

Ao invés do positivismo tradicional, a insistência na subsunção ou no reconhecimento da discricionariedade política, o neoconstitucionalismo se dedica a discussão e argumentação jurídica que permitam a procura racional da melhor resposta aos casos complexos no direito²⁰². Para Sarmento, existem duas fases do neoconstitucionalismo, o constitucionalismo brasileiro da efetividade e pós-positivismo constitucional. Na primeira teoria, a Constituição

200 Para Daniel Sarmento, o neoconstitucionalismo no Brasil, só teve início em 1988 com a constituição federal, antes disso as constituições não eram vistas como normas jurídicas. A assembleia constituinte de 1987/1988 provocou a redemocratização do país e rompeu com o estado das coisas, criando remédios constitucionais, robustecendo e ampliando mecanismos de controle de constitucionalidade. SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v.3, n.9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 120.

201 SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v.3, n.9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 120.

202 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 57.

Federal deve ser utilizada rotineiramente pelos juízes como norma jurídica, deve acontecer a incidência da Constituição Federal sobre a realidade social²⁰³.

Já na segunda teoria, existe a ponderação de interesses, proporcionalidade, eficácia e direitos fundamentais. Enfatiza o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais. Discussão pela preocupação com valores e democracia. Repleto de novas categorias como o mínimo existencial, a reserva do possível e a vedação ao retrocesso²⁰⁴.

A partir dessa segunda teoria que possui matizes procedimentalista e substancialista, que se obtém a crença na ampla legitimidade do ativismo judicial em favor de valores constitucionais. É o novo paradigma da valorização de princípios, adoção de métodos, estilos mais abertos e flexíveis a hermenêutica jurídica²⁰⁵.

Finalmente, o neoconstitucionalismo e, conseqüentemente o ativismo judicial, é impulsionado pelo fenômeno da descrença geral da população em relação a política majoritária que se move em torno de interesses e não de valores; gerando a expectativa que a solução do problema possa vir do judiciário²⁰⁶. A crítica é realizada ao neoconstitucionalismo judiciocrata que deposita muito foco no Poder Judiciário, com expectativas que nem sempre ele terá como atender, neoconstitucionalismo despótico que é muita abertura com a invocação frouxa e não fundamentada.

Em síntese, instalaram-se através da introdução da “força normativa dos princípios²⁰⁷”,²⁰⁸, novas técnicas utilizadas pelo judiciário, como uso da ponderação, proporcionalidade, racionalidade etc., o teor axiológico que trouxe indeterminações semânticas que reforçou o papel do poder judiciário, ampliando-o, ao atribuir ao magistrado à função de sua interpretação e aplicação²⁰⁹, de acordo com sua compreensão, engranzando a afinidade ao ativismo judicial.

203 SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v.3, n.9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 120.

204 SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v.3, n.9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 120

205 SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v.3, n.9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 120

206 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 57.

207 SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v.3, n.9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 40.

208 Para BARCELLOS, os princípios alçaram nova posição ao serem contemplados constitucionalmente: “Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema jurídico, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”. BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 47.

209 SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v.3, n.9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 125.

Para finalizar o item, necessário se faz a breve distinção das fases metodológicas muito abordadas concomitantemente nesse trabalho, sobretudo quanto a aspectos funcionais, são elas: o instrumentalismo, ativismo e neoconstitucionalismo. Esses institutos partem de pressupostos diferentes, apesar de aparentar tratar se de uma única matéria, por se desvelarem no poder do Estado-Juiz. Observe-se que todas as premissas correspondentes a estes institutos foram dialogadas neste trabalho, não obstante, necessária diferenciação nesta ocasião.

O instrumentalismo forjado nas ideias de Dinamarco se funda na exiguidade processual de obter resultados correspondentes a sua finalidade, é dizer, a busca pela efetividade. Deste modo, o processo é tratado como instrumento, uma tendência do direito processual civil moderno idealizada para flexibilizar e interpretar normas por meio da consecução dos escopos jurídico, social e político²¹⁰.

Recorda-se a crítica de Calmon de Passos ao instrumentalismo, afirmando se tratar de corrente ideológica que deve ser repreendida na academia. O autor é adepto a percepção de regulação do procedimento, uma espécie de desenvolvimento contínuo, em que os atos constituintes advêm de uma organização já estabelecida, relacionados por causalidade, todos com a consequência conclusiva.²¹¹

Já no ativismo judicial tem-se a condução do Judiciário, ensejado por concretizar direitos fundamentais, que decide com base em ideologias, desempenhando uma postura proativa, em que se extrapola sua função legal, o qual sobreveio ao Poder Judiciário o papel político, “pois passou a atuar de forma mais proativa, a fim de efetivar os valores constitucionais e suprir omissão dos demais Poderes”²¹². Esta etapa inaugura a fase de consolidação do ativismo judicial, muito embora desde o século XIX, “os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados, passando de expectador à posição ativa”²¹³.

Diferentemente do neoconstitucionalismo que advém da transformação do “modelo Liberal de Estado de Direito para um modelo de Estado Social de Direito, inclusive a socialista, traz mudanças também na compreensão do papel desempenhado pela Constituição.

²¹⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: vol. I, 8ª ed., rev., atual. segundo o novo código de processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

²¹¹ Calmon de Passos destacou a falta de precisão terminológica no cientificismo ou racionalismo jurídico, indicando a ausência de cautela no sentido do léxico ‘instrumentalidade’ uma vez que seu objeto é distinto da significação que lhe é atribuída. PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de Processo, vol. 102/2001, Abr-Jun/2001, p. 55-67.

²¹² PRAZAK, Maurício Avila. et al. **Neoconstitucionalismo no Brasil e a relação com a judicialização da política e o ativismo judicial Direito em Movimento**. Rio de Janeiro, v. 18 - n. 3, p. 199-223, 2020 - Ed. Especial.

²¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28ª. ed. São. Paulo: Malheiro, 2012. p. 146.

Esta passa a ter reconhecida uma normatividade superior em relação às demais leis, não apenas no tocante à forma, mas também em relação ao seu conteúdo”²¹⁴. Com o neoconstitucionalismo o direito é configurado sob forte carga axiológica no espectro principiológico e dos Direitos Fundamentais.

O sintético esboço teve o condão de denotar as diferenças dos institutos, mas que eficazmente transmite a intimidade com a instituição do poder do Estado-Juiz como solução de maculas no ordenamento jurídico, que deveriam ser realizados pela via legislativa.

Nota sobre o Ativismo Judicial: Análise do Supremo Tribunal Federal

O pretense enveredamento pelas premissas do ativismo judicial é verificar a similitude dos assuntos quantos a pretensão de proteger as partes do processo quanto aos eventuais arbítrios do Estado-Juiz. Não é aprofundar conceitos, tampouco revisitar institutos esmaecidos do Direito Constitucional, remédio constitucional, controle de constitucionalidade ou mutação constitucional. É sabido que tais institutos servem de supedâneo em caso de lacunas jurídicas ou entraves na interpretação e aplicação de normas, mas neste caso, a percepção dos magistrados enquanto integrantes do mais alto escalão do Poder Judiciário, indica hierarquicamente o maior para o menor o que pensa a jurisdição. Importante cunho pragmático a pesquisa e reflexão a teoria garantista processual.

Antes de fazer um breve panorama de questões caras a faceta ativista assumida pelos juízes, maiormente na Suprema Corte, deve ser distinguido, inicialmente dois aspectos de ativismo, rememorado por Andreas Krell, são eles: ativismo forte e ativismo moderado, manifestados pelo Judiciário. Para o autor, o primeiro deve ser impedido e combatido²¹⁵. Já o ativismo moderado se revela “numa interpretação extensiva da Constituição, que concede ao Judiciário um papel mais proativo na concretização de seus valores e fins, o que leva, simultaneamente, a uma maior interferência nos espaços de atuação dos outros dois poderes”^{216_217}.

²¹⁴ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?** Revista Nomos. v. 33 n. 2 (2013): jul./dez. 2013.

²¹⁵KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos - O exercício da cidadania jurídica como resposta a falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais:em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: Feitosa, Enoque et alii (Org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Edit. Univ. UFPE, 2012, v. 2, p. 135-179. p. 20.

²¹⁶KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos - O exercício da cidadania jurídica como resposta a falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais:em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: Feitosa, Enoque et alii (Org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Edit. Univ. UFPE, 2012, v. 2, p. 135-179. p. 20.

A dicção Ativismo Judicial²¹⁸ foi concebida nos EUA, entre 1954 a 1969, para designar a performance da Suprema Corte Americana, na ocasião em que o jurista e político Earl Warren exerceu o cargo de juiz e chefe de justiça. Warren presidiu a comissão Warren que investigou a morte do ex-presidente dos EUA John F. Kennedy. “Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos EUA, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais²¹⁹”.

O fato é que a prática do ativismo judicial, em todas as instâncias do Poder Judiciário, vem revelando certas excentricidades rigorosamente incompatíveis com o programa garantista estabelecidos nas Constituições. Ao menos no ambiente republicano e democrático, ativismo é um atributo político do Estado (=Executivo e Legislativo) que não pode corresponder às funções do juiz (=pessoa física). O juiz ativista é juiz político, e “juiz político” ontologicamente não é juiz. Ora, se a função jurisdicional tem como seus atributos a imparcialidade e a imparcialidade, tais qualidades não se compadecem com o eventual – e dogmaticamente equivocado, com todo respeito – exercício político da função jurisdicional.²²⁰

Vale ressaltar a diferenciação do ativismo judicial nos Estados Unidos da América e no Brasil em no primeiro, “a proliferação do Ativismo Judicial se retrata, principalmente, como forma de autocontenção de um Poder Legislativo forte e atuante. Em contrapartida, no Brasil o ativismo judicial é descrição de uma inércia e falta de vontade política dos Poderes Legislativo e Executivo”²²¹. Diante de substancial distinção do tema entre os países, também as consequências se tornam importantes na verificação do problema.

217 “Neste ativismo positivo, o juiz segue a racionalidade jurídica orientada à realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, ainda que ele adote uma interpretação extensiva de normas constitucionais principiológicas, sobretudo constitucionais. É óbvio, contudo, que sempre há o risco de que o juiz se mostre propenso a substituir as valorações constitucionais do legislador ordinário pelas suas próprias. Todavia, não é este o caso no âmbito do controle das políticas públicas de cunho social, uma vez que os respectivos direitos e deveres já estão extensivamente regulamentados pela Constituição de 1988. KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos - O exercício da cidadania jurídica como resposta a falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: Feitosa, Enoque et alii (Org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Edit. Univ. UFPE, 2012, v. 2, p. 135-179. p. 20.

218 Ativismo judicial trata-se de “uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas **opiniões pessoais** (grifei) sobre políticas públicas, entre outros fatores” cf. a respeito, Black’s Law Dictionary Apud Moraes, Alexandre. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1194.

219 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas, Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4., jan./fev. 2009. Disponível em http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em mai.2020.

220 RAMOS, Glauco Gumerato. O deslegitimante ativismo judicial do juiz constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)**, ano 22, n. 88, out./dez. 2014, pp. 251-254.

²²¹ “A partir dessa nova postura, o Supremo decidiu questões políticas e sociais de extrema relevância, como a reforma partidária, a verticalização das coligações partidárias e a lei de biossegurança, assumindo importante papel político sem, por um lado, estar legitimado por eleições, e por outro lado, sem criar formas para maior participação popular. Vale dizer que, ao abandonar sua imparcialidade, resta ao Supremo a problemática da legitimidade. Por não tratar-se de órgão eleito, qual seria então sua legitimidade para decidir questões eminentemente políticas? Até por não poder mais se apoiar no bastião da imparcialidade e da separação de poderes, nada mais tem restado ao Supremo, exceto negar a natureza política de suas decisões, assegurando- -se

Primeiro que, mesmo como uma medida de repreensão a conduta comissiva ou omissiva do Poder Legislativo, verifica-se, de pronto, a judicialização da política²²² que perpassa desde as inovações decisórias, superações de precedentes e quebra de paradigmas com o fito de corresponder aos anseios da sociedade, iniciados na Corte Americana e influenciando sobremaneira no Brasil o modo de atuação no judiciário²²³. Assim, o ativismo judicial tem sua exegese e legitimação na teoria instrumentalista, relacionado a realização das convicções do Estado Social. Dessarte, Koerner afirma que “na reflexão norte-americana, o parâmetro é posto na formação constitucional do país e, então, a situação atual se relaciona com ele como continuidade e desdobramento de uma identidade nacional”. E conclui que “o juiz aparece como o continuador da tradição jurídica, com o seu papel de proteger os direitos dos indivíduos, ao assegurar o julgamento pelos pares, o devido processo e a prevalência do common law”²²⁴.

No campo da hermenêutica dentro do Poder Judiciário, sobretudo as cortes superiores, se revelou de forma mais substancial a interpretação, de forma que, por via essa via, houvesse a revisão, a alteração legal e a constituição de um novo direito em que a lei não faz menção, “além da possibilidade de criação de normas de caráter constitucional por decisão judicial — comportamento que demonstra claramente o ativismo da corte e sua conivência com o afastamento da tese tradicional de separação de poderes”²²⁵.

Apesar de haver o conflito entre o combate ao ativismo judicial, devido ao empoderamento do juiz, e o seu impulsionamento como medida de correção as imperfeições normativas, os ministros do STF, têm manifestado postura proativa, segundo a qual sustentam que dificilmente há possibilidade de desvencilhar os balizes que abstraem os assuntos

de usar argumentação técnica, portanto neutra, que justifique sua tomada de decisão”. GOMES, Magno Federici; CABRAL, Ana Luiza Novais. **O ativismo judicial norte-americano e brasileiro: Características, Paralelo, Sustentabilidade e Influência das Decisões Ativistas Estadunidenses no Direito Pátrio**. Revista Direito em debate. Ano XXVIII – nº 51 – jan./jun. 2019 – ISSN 2176-6622.

²²²“Ainda que a judicialização da política tenha alçado dimensões globais nas democracias ocidentais pela constatação dos fatores políticos acima apontados, ela apenas se tornou prática recorrente em países cujo comportamento judicial pró-ativo tenha ocorrido de forma proporcional ao grau de discordância das Cortes Constitucionais em relação às decisões das instituições majoritárias” SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 40.

²²³GOMES, Magno Federici; CABRAL, Ana Luiza Novais. **O ativismo judicial norte-americano e brasileiro: Características, Paralelo, Sustentabilidade e Influência das Decisões Ativistas Estadunidenses no Direito Pátrio**. Revista Direito em debate. Ano XXVIII – nº 51 – jan./jun. 2019 – ISSN 2176-6622.

²²⁴KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 73.

²²⁵GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. **Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 190-206.

políticos dos de índole jurídica, assim, o ativismo não seria um entrave de tamanhas proporções ao Poder Judiciário, tendo em vista seu papel colossal na conservação dos direitos fundamentais²²⁶.

Nessa perspectiva que, para o Ministro Gilmar Mendes, o ativismo judicial é uma ferramenta a ser manejada consoante o caso em apreço, segundo o juiz, a postura jurisdicional é de tal maneira a contribuir com o aprimoramento e efetividade das políticas públicas sociais²²⁷.

O próprio Ministro Alexandre de Moraes²²⁸ entende o ativismo como um instrumento de colmatção de lacunas constitucionais deixadas pelo legislador desde a promulgação da Constituição Federal, motivando o concretismo através do STF e infere que o ativismo judicial significa uma afronta a separação dos poderes, é desqualificar sobremaneira o fenômeno jurídico que busca a concretização da eficácia máxima das normas constitucionais, que deve ser alcançada de forma ampla, na ocasião do silêncio dos poderes políticos. Outorgando, desta forma, a “atuação subjetiva do Poder Judiciário (Luís Roberto Barroso), mesmo que isso transforme o Supremo Tribunal Federal em um “superlegislador”, pois imune de qualquer controle, que não seja a própria autocontenção (judicial restraint) ”²²⁹.

Acerca do controle, é preciso nota ao princípio da separação dos poderes, que apesar de estar disciplinado no artigo 2º da Constituição Federal, em que prever que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, ainda se entende substancialmente que "na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da

²²⁶Com arrimo na assinalada concepção, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 23.452, restou resolvido o juízo de que “os atos das Comissões Parlamentares de Inquérito são passíveis de controle jurisdicional, sempre que, de seu eventual exercício abusivo, derivarem injustas lesões ao regime das liberdades públicas e à integridade dos direitos e garantias individuais. O relator do supracitado MS, Ministro Celso de Mello, nitidamente indicou o procedimento na Suprema Corte, no seguinte sentido: “Com a finalidade de impedir que o exercício abusivo das prerrogativas estatais pudesse conduzir a práticas que transgredissem o regime de liberdades públicas e que sufocassem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais”. **MS 23.452/RJ**, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 12 -5 -2000.

²²⁷“O aspecto fundamental nesse debate, entretanto, é a percepção do papel do Poder Judiciário na resolução dos casos que lhe são apresentados. Ainda que possam ser estabelecidos critérios gerais para a atuação judicial nas demandas por prestações de caráter social, deverá sempre subsistir a possibilidade de verificação das circunstâncias específicas do caso concreto e eventual demonstração de que as suas peculiaridades demandam solução jurídica distinta e excepcional”. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 627.

²²⁸“No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos erga omnes e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo. Principalmente, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em conceder interpretações conforme a Constituição”. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1195.

²²⁹MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021. p. 356.

separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio da moderação, racionalização e limitação do poder político estatal, no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável"²³⁰

Para Lenio Streck²³¹ as "inércias do executivo e falta de atuação do legislativo passam a poder ser supridas pelo judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Ou isto, ou tais mecanismos legais constitucionais podem ser expungidos do texto magno". Já Krell²³² acrescenta que "parece-nos cada vez mais necessária à revisão do vetusto dogma da Separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativos e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais"

Importante frisar que a esteira do que os autores garantistas como Eduardo Costa, Glauco Gumerato e Lúcio Delfino²³³ rechaçam, os Ministros do STF, sustentam, categoricamente, a defesa da efetivação constitucional "a qualquer custo", isto porque, denota evidente descompasso com seu papel genuíno, apoderando-se da função legiferante. Para Moraes, essa realização da Constituição é o que legitima o alargamento da atuação jurisdicional, a partir do uso de "novas técnicas interpretativas".²³⁴ A crítica direcionada ao ativismo judicial, é considerada de cunho ideológico progressista ou conservadora, em razão da laboração mais ampla e intensa do Judiciário na materialização dos valores e fins constitucionais interferindo, maiormente, na ambiência funcional dos outros dois Poderes²³⁵-²³⁶.

²³⁰ SUORDEM, Fernando. **O Princípio da Separação dos Poderes e os Novos movimentos sociais A Administração Pública no Estado Moderno**: Entre as exigências de liberdade e Organização, Coimbra: Almedina, 1995.

²³¹ STRECK, Lênio Luiz. **In 1988-1998, uma década de Constituição**. As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, p. 323.

²³² KRELL, Andréas. **Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**. A Constituição Concretizada Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2000, p. 29

²³³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo**. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 171-186; DELFINO, Lúcio. **Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional?** **R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro** | Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017.

²³⁴ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1193.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 234.

²³⁶ O Ministro constitucionalista enumera críticas ensejadas pelo ativismo judicial, assim como suas razões. Deduzidas pela expansão da interferência judicial, a qual não se simpatiza com a ideia do Judiciário como instância hegemônica na interpretação constitucional, além da ocorrência da usurpação da função legislativa pelo

Finalmente, seguindo a finalidade da breve análise proposta de dispor acerca de percepções constitucionais dos juristas e ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o ativismo judicial, de forma singela foram denotados os respectivos entendimentos de Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, três constitucionalistas que muito influenciam aos operadores do direito.

Na esteira dos últimos julgados dos STF, não é difícil encontrar os mais polêmicos e que justificam as críticas a sua conduta proativa com forte interferência nos demais poderes. Entende-se, a partir de tais decisões, que o STF tem se enxerido ultimamente em questões que não seriam, pelo menos em um primeiro momento, de sua alçada. É o caso de sua interferência nas nomeações realizadas pelo chefe do executivo. Seria admissível um controle jurisdicional dessas nomeações?

As dúvidas se impõem, uma vez que na tradição doutrinário-jurisprudencial brasileira sempre se defendeu - com base na separação dos Poderes - a incontrolabilidade jurisdicional desses atos presidenciais, salvo se há afronta inquestionável a requisitos constitucionais ou legais. Assim sendo, a nova postura jurisprudencial configura o quê: a superação de um entendimento ultrapassado, ou mais um episódio temerário de ativismo judicial progressista da atual composição neoiluminista do STF? Para responder à pergunta, será necessário investigar - com paciente cadência - os meandros teórico-analíticos da função presidencial de nomeação política e as peculiaridades do regime jurídico constitucional dessa função. É o que se fará doravante²³⁷.

O ativismo judicial passou a ser a preceito, de tal maneira no que cerne a julgada colmatação de lacunas legislativas, como foi a proposição em que percebeu, por falta de previsão legal, que outras leis como a Lei de Racismo eram usadas, também, aos eventos de homofobia²³⁸. O ativismo em qualquer de suas expressões moderada ou forte, evidencia o

Judiciário, são elencadas as críticas adiante: “1) **Crítica político-ideológica**: Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos; 2) **Crítica quanto à capacidade institucional**: Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. 3) **Crítica quanto à limitação do debate**: A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica, na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 235-236.

237 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Controle judicial ou nomeação política? In: PEREIRA JR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020. p. 104; RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, n. 70, p. 83-102, 2010. p. 83-102.

238 GRECO, Rogério. **O STF e seus inquéritos ilegais**. In: PEREIRA JR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020. p. 259.

autoritarismo da jurisdição extrapolando a leitura constitucional. “É antidemocrático, antirrepublicano e representa um hipertrofismo do Poder Judiciário contrário – a também constitucional – regra da Separação dos Poderes”²³⁹.

Muita coisa dita que é ativismo, não é, na perspectiva do direito brasileiro, como visto aqui. Ademais, se a decisão - resultado - deriva do devido processo legal, haveria ativismo? Essa pretensão de corrigir eventuais lacunas no ordenamento jurídico ou mesmo a pretexto de oferecer uma prestação jurisdicional combatente em prol dos anseios da sociedade para além de usurpar um papel político que não condiz a figura do juiz, denota que o ativismo judicial “deslegitima” a prestação jurisdicional constitucional “no marco republicano e democrático do ambiente constitucional”.²⁴⁰

A Superação Dicotômica do Direito Público e Privado

No primeiro tópico tratou-se do movimento separatista entre direito civil e processo patrocinado por Bülow, cuja intenção era justamente a publicização do processo. Antes o processo era considerado como um contrato, uma vez que as partes se apresentavam diante de um pretor e podiam, inclusive, indicar quem julgaria o litígio. Em face da publicização do processo, a ideia de estipulação entre as partes malogrou-se, sugerindo cada vez mais a condução de todo o procedimento pelo Estado-Juiz. O objetivo desse tópico não é defender uma visão privativa do processo, tampouco conceber a ideia estatalista – longe disso – ficará evidente que as classificações no direito cada vez mais perdem sua substância, se esgotando na função de conceitual e falhando epistemologicamente na dogmática da ciência jurídica.²⁴¹

Como visto no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 engendrou nas normas infraconstitucionais a convergência constitucional. Na teoria geral do direito, em

239 “Uma vez por todas é preciso abdicar da compreensão o processo jurisdicional, em qualquer de seus níveis, não pode viabilizar ao juiz, tampouco o Poder Judiciário, uma atuação pragmática apartada das prescrições constitucionais. Até porque não será o deslegitimante ativismo judicial do juiz constitucional que redimirá os “males” da vida em sociedade. Por certo, há muito que fazer por intermédio da jurisdição constitucional em prol das garantias estabelecidas pela Constituição, mas desde que isso não signifique a substituição do Direito pelo Poder. O primeiro, justificado racionalmente em um arcabouço de regras e princípios. O segundo, naturalmente motivado pela discricionariedade decorrente de escolhas arbitrárias. A vida na democracia-republicana impõe que o juiz constitucional exerça seu mister nos quadrantes das garantias constitucionais.” RAMOS, Glauco Gumerato. O deslegitimante ativismo judicial do juiz constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)**, ano 22, n. 88, out./dez. 2014, pp. 251-254.

240 RAMOS, Glauco Gumerato. O deslegitimante ativismo judicial do juiz constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)**, ano 22, n. 88, out./dez. 2014, pp. 251-254.

241 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A natureza jurídica do processo**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/9-a-natureza-juridica-do-processo>>. Acesso em: 22 ma. 2022.

Kelsen se projeta na hierarquia das normas a representação topográfica da Constituição²⁴². Nessa percepção, tem-se a Constituição como fonte das normas jurídicas, ao menos em sentido formal²⁴³. Portanto, a ênfase dada à teoria de Kelsen está relacionada ao caráter de supremacia da Constituição, o caráter de unicidade e vinculação no ordenamento jurídico²⁴⁴.

Contudo os efeitos surtidos em normas de direito privado influenciaram fundamentalmente as mitigações, ora patrocinadas pela carga valorativa atribuída a conceitos jurídicos indeterminados e o cunho amplamente principiológico. O direito civil é um grande exemplo da constitucionalização dos direitos, em que seus operadores cumularam a fonte constitucional, não só em virtude da doutrina, mas no próprio direito posto, o que causou estranheza à corrente civilista de caráter positivista e privatista, em razão da busca pela afluência constitucional do direito privado²⁴⁵.

O direito civil, que é um grande exemplo, possui raízes na sociedade romana com a tradição do *civil law* em que disputava sua hegemonia jurisdicional somente com o direito canônico; mais a frente sofreu uma especialização e tornou-se um campo do direito privado, disciplinando matérias em contraposição ao direito público²⁴⁶.

Mesmo antes da Constituição Federal de 1988, já era bastante ansiado um novo código civil, em face do quão antiquado estava seu predecessor, o código civil de 1916, na década que antecedeu o término de sua vigência²⁴⁷. Quanto ao advento da CRBF/88: “ao tutelar

242 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 131.

243 Tem como gênese histórica: na Europa continental o pós-guerra (o nazismo da Alemanha e o fascismo na Itália) e no Brasil a Constituição de 1988, o neoconstitucionalismo desabrocha a fase pós-positivista que, na visão de Barroso, passou-se a fruir “além da supremacia formal, a supremacia axiológica potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico” trata-se ainda do fenômeno da irradiação de normas constitucionais por todo o sistema jurídico. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação. p. 282.

244 Hans Kelsen já advertia, em sua Teoria jurídica da nomodinâmica, ao pressupor que “uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica”, é dizer, o sistema do ordenamento jurídico é escalonado, de modo que a validade da norma é consubstanciada em outra norma jurídica figurada no espaço supra-infra-ordenação, em que a Constituição ocupa o mais alto nível no escalão do Direito positivado da pirâmide de Kelsen. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 163.

245 SCHREIBER, Ricardo. **Direito Civil e Constituição**. In SCHREIBER, Ricardo; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 9.

246 “No entanto, não se pode mais dizer, como antes, que assiste inteira razão a Planiol, Ripert e Boulanger, quando sustentam que o Direito Civil não é apenas uma das divisões do Direito privado, mas continua sendo o *direito comum*, em razão de compreender todo um conjunto de regras relativas às instituições de Direito privado, aos atos e às relações jurídicas”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil. Forense, 2017. p. 36.

247 O fato é que nosso Código representava em seu tempo o que de mais completo se conhecia no campo do Direito. Suas ideias eram, de fato, piegas e burguesas, como fruto da cultura da época. Como foi elaborada no anoitecer do século XIX, para vigorar em um novo século, não tinha condições de prever as mudanças que viriam a ocorrer. Seguiram-se duas grandes guerras. A sociedade sofreu grande impacto e modificou-se. A mulher galgou seus justos direitos e passou a participar do mercado de trabalho. A família brasileira perdeu em

diversos institutos nitidamente civilistas, como a família, a propriedade, o contrato, dentre outros, o legislador constituinte redimensionou a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos²⁴⁸.

O mentor do Código Civil de 2002, Miguel Reale, infere que as duas leis fundamentais, em todo o país, se tratam da Constituição e o Código Civil, em que julga ser este último a legislação central “a partir da qual se constituem ordenamentos normativos especiais de maior ou de menor alcance²⁴⁹”, a ideia de individualidade perde força e o código civil de 2002 tem entre seus princípios estruturantes a socialidade, sacramentando o que se viria chamar de Direito Civil Constitucional.

Os precursores da difusão do Direito Civil Constitucional no Brasil são os autores: Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino²⁵⁰, suas ideias afetas a temática, são fruto de estudos e pesquisas na Itália²⁵¹, também importantes autores na performatização do tema são os autores Paulo Lôbo e Luiz Edson Fachin²⁵². Na percepção de Bodin, a leitura axiológica advinda da Constituição conforma todo ordenamento jurídico, perpetuando o predomínio das questões existenciais sobre as relações patrimoniais. A autora evidencia a

poucas décadas o ranço medieval e paternalista do período colonial e monárquico. Por isso, em alguns aspectos, essa monumental obra legislativa de há muito já não representava os anseios de nossa época. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 111.

248 “O fenômeno da constitucionalização do Direito tem como ponto de partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o Código Civil. A constitucionalização do Direito produz impacto relevante sobre todos os ramos jurídicos. No Direito Civil, exemplificativamente, além da vinda para a Constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas – e.g., função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas –, houve o impacto revolucionário do princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dele, tem lugar uma **despatrimonialização** e uma **repersonalização** do Direito Civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas também passou a ser um tema objeto de crescente interesse”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação. p. 282. Ler também em: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.

249 O Projeto do Novo Código Civil, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 3 in NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Forense, 2018. p. 39.

250 A expressão *Direito Civil-constitucional* apenas realça a necessária releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), na *solidariedade social* (art. 3º, III) e na *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º). GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 41.

251 SCHREIBER; CONDER. Op. cit., p. 10. Oportunidade em que os autores brasileiros tiveram contato com um grande nome do Direito Civil Italiano, Pietro Perlingiere, este que defende as cláusulas gerais como uma técnica legislativa que permite deixar ao intérprete “uma maior possibilidade de adaptar a norma a situações de fato”. (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237)

252 Lôbo, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 141, p. FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011. MARRAFON, Marco Aurélio. **A contribuição de Fachin para o Direito Civil Constitucional brasileiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-28/constituicao-poder-contribuicao-fachin-direito-civil-constitucional>. Acesso em: 28 set. 2022.

necessidade da tutela da pessoa humana, que é uma finalidade-função do direito, o dever geral de solidariedade e a obrigação de condutas não lesivas aos interesses dos outros. Para além disso, os microssistemas legislativos e suas leis esparsas tornaram insustentável a centralidade do Código Civil, ademais, a extensiva utilização da técnica legislativa de adoção de cláusulas gerais e conceitos indeterminados culminaram em uma instabilidade na segurança legislativa²⁵³⁻²⁵⁴.

Na contramão encontra-se o pensamento de Otávio Luiz Rodrigues Júnior²⁵⁵, que adverte o hasteamento de uma bandeira neoconstitucionalista em detrimento da dignidade legislativa e expansão exagerada dos princípios que colocam em xeque a autonomia e o estatuto epistemológico do Direito Civil. Para o autor, há um exacerbado apelo à ponderação e ao sopesamento, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana utilizado genericamente, afora o errôneo sincretismo metodológico aplicado às correntes de Alexy e Dworkin, e a “principiatria” propugnada em que o princípio representa tudo o que dele se afirmar, a consequência é que nada representa. Assim, se tudo é Dignidade da Pessoa Humana, nada o será.

Consoante será vislumbrado no capítulo posterior, em que se tratará da dispositividade processual, a observância ao devido processo é a solução constitucional para eventuais discricionariedades processuais. Neste ponto, não se avista um conflito entre uma postura constitucionalista do direito e garantista²⁵⁶. Entretanto, essa harmonia esbarra-se quando deixa

253 MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**.

254 O Direito Civil constitucional é enxergado, maiormente, na doutrina, como a “corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do Direito Civil à luz da Constituição”, e determina a reflexão acerca das extensões metodológicas e axiológicas da constitucionalização do Direito Civil. Sua razão está arrimada na unidade das normas jurídicas, em que “a partir do eixo constitucional, é fácil compreender a existência de um sistema jurídico uniforme e coerente, harmonizado a partir do referencial garantista da Constituição Federal. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 50. Ler também: SCHREIBER; KONDER. Op. cit., p. 9.

255 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neconstitucionalismo e dos princípios**. Meritum – Belo Horizonte – v. 5 – n. 2 – p. 13-52 – jul./dez. 2010. Para Rodrigues Junior, técnicas como a ponderação é argumento para não desagradar.

256 “Na verdade, o Direito Civil Constitucional representa ressignificação dessas categorias [históricas e fundamentais que singularizam o Direito Civil], desses conceitos fundamentais, criados ao longo de milênios, para atender a uma sociedade em mudanças e fazer com que o Direito Civil encontre sua vocação histórica, que é de ser um direito de todo o povo e não apenas um segmento”. LÔBO, Paulo. **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 20

de ser empregado democraticamente, passando ao crivo dirigista do Estado-Juiz a pretexto de colmatar lacunas legislativas²⁵⁷.

O período pós-Constituição de 1988²⁵⁸ implica o anacronismo da classificação do direito sob a ótica dicotômica pública e privada no Brasil. Isso muito se deve a constitucionalização do direito privado, que fundamentou o intercâmbio da aplicação de institutos de natureza pública na esfera privada e a universalização de princípios. Também não se pode esquecer do amparo normativo constitucional de matérias pertinentes às relações privadas.

Fala-se em superação da divisão do direito em público e privado, espriada pelo direito romano, cujo critério situa-se na utilidade pública e particular, o primeiro refere-se às coisas do Estado e o segundo ao interesse privado²⁵⁹. Maria Helena Diniz²⁶⁰ julga ser um critério falho, pois não se pode dizer que o interesse é do Estado ou do particular, “os interesses são correlatos de modo que a norma que visa os interesses do indivíduo visa também o do Estado e vice-versa”.

Para Miguel Reale²⁶¹⁻²⁶², tal distinção é incompleta e propõe dois critérios para diferenciação quanto ao **conteúdo** e a **forma**, no primeiro tem-se: a) interesse geral, de Direito público e; b) interesse privado, de Direito privado. Já no segundo: a) coordenação, geralmente de Direito privado e; b) subordinação: geralmente de Direito público.

O fenômeno jurídico da publicização do direito privado se extrai do conhecido, vulgarmente, paternalismo – intervencionismo – do Estado nas relações privadas, em que se

257 STRECK, Lênio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213.

258 “É nítida, pois, a *superação da dicotomia Direito público e privado, vislumbrando-se em alguns ramos da ciência jurídica pontos comuns, de contato, com um e outro ramo*. Esse fenômeno é resultado do avanço da sociedade, com relações complexas e plurais e, principalmente, da *constitucionalização do Direito Civil*, com a previsão, em sede constitucional, de matérias até então relegadas à legislação civil ordinária. (...) Exatamente por isso, Luiz Edson Fachin, grande referência da nova fase do Direito Civil brasileiro, vislumbra uma verdadeira “*virada de Copérnico*” no Direito privado, reunificando, ao redor dos valores existenciais da pessoa humana, um sistema que estava fragmentado por um número infundável de leis”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit. p.14.

259 REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 339

260 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.28.

261 Segundo o autor, existem relações intersubjetivas em que um dos sujeitos tem a possibilidade de exigir do outro prestação ou abstenção de certo ato. A exemplo disso, em uma relação de compra e venda, contra o pagamento, recebe-se a coisa adquirida, tanto o comprador quanto o vendedor estão na mesma situação, de maneira que a relação é de coordenação, típica do Direito privado. Já a convocação aos eleitores do Tribunal Eleitoral para as urnas, trata-se de relação de Direito público, não há igualdade, há uma determinação do Estado em que se desobedece culmina em sanção, o que caracteriza a relação de subordinação. REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.341.

262 Kelsen traz uma conceituação clássica, quando aduz que o Direito privado se trata de relação entre sujeitos em posição de igualdade, enquanto o Direito público diz respeito a um sujeito supraordenado e outro subordinado, em uma relação: Estado e poder. Op. cit., p. 207

sustenta a tutela de políticas sociais aplicadas indistintamente ao direito, por força da já mencionada supremacia da materialidade axiológica da Constituição.

No direito civil que, em regra, se diz tratar do direito de pessoas em paridade, o Estado, *v.g.*, exerce a função de equilibrar as relações obrigacionais e harmonizá-la em caso de desequilíbrio contratual²⁶³. São inúmeros exemplos que denotam a enérgica atuação Estatal com o cunho protecionista de Direitos Fundamentais, como é o caso do princípio da função social exercida no principal instrumento das relações jurídicas privadas – o contrato. Nesse sentido, aduz Caio Mario da Silva Pereira²⁶⁴:

A influência absorvente do Estado e a necessidade de se instituírem, com mais segurança e amplitude, fórmulas cada vez mais dirigidas no sentido de realizar a finalidade precípua do direito que se positiva e se afirma no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo in concreto, cogitando da normatividade social em atenção ao bem da pessoa, geram a tendência à publicização da norma jurídica.

Em contraposição, para Orlando Gomes²⁶⁵ a publicização do direito privado acarretou uma “crise da autonomia privada” em que a elaboração do instrumento contratual passou a admitir, igualmente, a intervenção do legislador ou do juiz, após sua despedida de um equivalente jurídico da liberdade econômica à sujeição as políticas de desenvolvimento nacional e a justiça social. As limitações afetas a autonomia privada “rompe com as estruturas jurídicas da economia de mercado e anula a distinção entre o direito público e o direito privado²⁶⁶”.

Tal controvérsia paira no campo ideológico na perspectiva de uma doutrina socialista e doutrina liberal. Na primeira, como dito acima, preconiza-se o intervencionismo estatal estendendo, portanto, o direito público. Mas quanto ao liberalismo, é preciso pontuar que a doutrina sustenta concretização da autonomia privada.

Quanto ao liberalismo, repise-se que se introduziu o pensamento garantista marcado à identificação a limitação do poder interventivo do Estado, o que corrobora em um modelo

263 LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70. O autor fala do princípio da equivalência material, indicando que “o que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma com que foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária e da razoabilidade”.

264 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. I. **Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil**. Forense, 2017. p. 34.

265 GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 86-87.

266 Acrescenta ainda o autor: “A lei é, em muitos casos, a fonte imediata de todo o conteúdo do contrato, e, em outros, a razão por que se contrata. Não raro altera imperativamente o conteúdo de contratos em curso substituindo, ou suposição, algumas de suas cláusulas, ou simplesmente amputando-as, caso hipóteses havendo em que, ao contrário, o enxerta. Tais técnicas de intervenção importam limitações à liberdade de contratar, isto é, intromissão na esfera da autonomia privada dos particulares, deslocando o problema para o campo do Direito público, a se aceitar a sua distinção do Direito privado, e situando-o numa nova dimensão ideológica”. *Ibidem*. p. 87-88.

privado, autônomo, negócio particular. De modo que não há espaço para protagonismos judiciais²⁶⁷.

Otávio Luiz Rodrigues Junior²⁶⁸ empreende em dizer que o estatuto epistemológico do direito privado não se coaduna com a transposição de institutos do direito público a esfera jurídica privada. Já que hodiernamente a intervenção judicial nos contratos tornou-se regra²⁶⁹, o que leva a crer que a autonomia privada se encontra em fase de deturpação, importando em uma liberdade mitigada, seria o caso de uma autonomia velada, sob o julgo do Estado. “Tem-se como exemplo decisões judiciais marcadas pela síndrome de Sherwood. Os contratos de Direito Civil, em tese, paritários, são o âmbito ideal para que os juízes se convertam em Robin dos Bosques e tirem dos ricos para dar aos pobres”. Nesse sentido, institutos como o *pacta sunt servanda*, tributado atualmente como antiquado, foram circunstancialmente flexibilizados²⁷⁰.

Sensível ao "publicismo", a instrumentalidade sugere o deslocamento do centro gravitacional da ciência processual da ação, cuja ênfase seria reminiscência do "privatismo", para a jurisdição. No modelo instrumentalista, é a realização dos fins do Estado que garante o caráter publicista do processo e, já que a realização de tais fins só ocorre mediante o exercício do poder jurisdicional, em torno dele devem tramitar os demais institutos processuais. Em tal contexto, o processo se apresentaria como o mero aspecto dinâmico do exercício da Jurisdição, o instrumental necessário a serviço dos fins do Estado.²⁷¹

A exemplo de uma postura significativamente ampliada do magistrado está a técnica legislativa das cláusulas gerais, cujo caráter abstrato e genérico permite que o órgão julgador exerça suas convicções sob a outorga do direito positivado. A doutrina não converge no entendimento acerca de cláusulas gerais, entretanto, maior parte julga que há convivência

267 “As partes são os melhores juízes de sua própria defesa”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**, tomo II. Madrid: Reus, 1925. p. 183.

268 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neconstitucionalismo e dos princípios**. Meritum – Belo Horizonte – v. 5 – n. 2 – p. 13-52 – jul./dez. 2010. p. 56.

269 Aqui se verifica o distanciamento entre a simbiose do Direito público e Direito privado com o fenômeno da publicização do Direito Civil, conquanto o primeiro acarrete o segundo. É dizer, enquanto na discussão da mescla dos direitos público/privado é evidenciada a conformação principiológica constitucional ao ordenamento jurídico, na publicização das relações privadas enxerga-se um Estado mais interventor assumindo função ativa. Esta última ocasiona animosidade entre os garantistas e a qual nos permitirá o debruçamento no próximo item.

270 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neconstitucionalismo e dos princípios**. Meritum – Belo Horizonte – v. 5 – n. 2 – p. 13-52 – jul./dez. 2010. p. 56.

271 ABBOUD, Georges; PEREIRA, Mateus Costa. O instrumentalismo processual à luz de críticas dogmáticas, filosóficas e epistemológicas: do não respondido ao irrespondível. In: PEGINI, A. R. B. et al. **Processo e Liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Thoth, 2019. p. 356

harmônica no ordenamento jurídico e limitação por princípios como o da boa-fé e probidade²⁷².

Para Pietro Perlingieri²⁷³ é um espaço legal que apesar da vagueza, traduz o controle de compatibilidade entre princípios e regras, superada ainda não com a valorização social, mas com a garantia de pluralismo e democracia. Como se vê são vários os desdobramentos advindos da unificação dos direitos público e privado, que exercem forte impacto na realização das relações particulares²⁷⁴.

Para Luiz Fux²⁷⁵, o Código de Processo Civil vigente conseguiu transmitir sintonia legal entre o privatismo e o publicismo, quando introduziu em seu compilamento a concepção de contraditório participativo e o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais, assim, nota-se a confluência entre os poderes do juiz (publicismo) e a *sache der parteien* (privatismo). Conforme aponta, a seguir:

O acréscimo de poderes do juiz se deu justamente para combater os efeitos do liberalismo vigente no século XIX, que fazia do magistrado mero expectador do debate judiciário, indiferentemente às forças desiguais dos contendores e aos aspectos éticos que pudessem se fazer presentes no litígio e, principalmente, na forma de solucioná-los²⁷⁶.

As mudanças no paradigma de análise central da teoria processual, sobrepujando a importância do significado da ação pela jurisdição, simbolizam o fenômeno da publicização da ciência jurídica. Na concepção publicista o processo se importa com o interesse social. Nesta senda, transformações processuais foram implementadas, de modo a efetivar ações, como é o caso do art. 139, inciso IV do CPC, com a intenção de promover efeitos positivos ao processo.

272 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.p.36.

273 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 239-240

274 Apesar desse fenômeno, denominado publicização do Direito privado, resta ainda e sempre restará o fenômeno da pessoa, da personalidade, de sua dignidade, de sua posição individual no cosmo do Direito, sua estrutura orgânica dentro da sociedade, na família, na aquisição de bens que lhe são próprios, a propriedade; na expressão de sua última vontade, no testamento; nas relações contratuais; enfim, em um sem-número de relações jurídicas em que estará manifestada a liberdade, a autonomia da vontade”. VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p. 76.

275 FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O Novo Código de Processo Civil a luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 22 - 38, Janeiro/Abril 2018.

276 JUNIOR, Humberto Theodoro. O Processo Civil Brasileiro Contemporâneo iluminado pelos Princípios Constitucionais: Rumos adotados pelo Projeto de Novo Código em tramitação no Congresso Nacional, em busca do estabelecimento do “Processo Justo”. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). O Processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013, p. 197.

Por outro lado, a concepção instrumentalista encontra na figura do juiz o “legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais²⁷⁷”, e, de outro, a concepção garantista, para a qual o processo é uma garantia da liberdade individual.

Assim, buscou-se alumiar que o debate em relação ao problema da publicização prescinde ao redutível conceitual, em que não se trata da determinação da natureza jurídica, mas sim como se busca desvirtuar a garantia constitucional que é o processo, deturpando-o de sua finalidade no direito. O garantismo busca no processo, ascendente do direito civil, afugentar a construção instrumental, que foi incorporado nos últimos séculos, suplantando a vontade das partes e majorando os poderes do Estado-Juiz. Contudo, se observará no próximo tópico que a discussão também permeia o campo ideológico e a inclinação garantista.

Garantismo e sua Face Ideológica no Processo

O movimento argumentativo no direito resulta em opiniões distintas cujo cunho político, cultural ressalta a ideia da percepção sensorial do indivíduo acerca do objeto em análise, vieses cognitivos, pré-compreensões etc., isso é o recinto ideológico que atravessa o processo²⁷⁸. Os subsídios de uma ideologia “são utilizados para desempenhar papel importante no esforço de grupos sociais para resolver seus conflitos segundo seus interesses”²⁷⁹. Aqui, o termo ideologia incessantemente utilizado neste trabalho, tem sua sedimentação como Leandro Konder decifrou ao entendê-la como uma fantasia, ou seja, uma representação inicial de uma realidade forjada na percepção majoritária dos indivíduos, sem compreender os pormenores que existem por trás, conhecidos como “contradições” que ignora problemas e disfarça a concretude dos fatos.²⁸⁰

277 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 41.

278 Dessa forma, “o problema da ciência é determinar as falsas ideias para garantir seu progresso, evitando o “desvio ideológico”, colocando a pretensão de uma espécie de distanciamento entre a verdade e as interpretações humanas. A dificuldade desta postura é que ela coloca o homem fora da realidade estudada pela ciência, como se eles (o mundo e o homem) fossem entidades separadas”. OVIEDO, Carlos Fernando Torres. A dupla função das ideologias a partir das contribuições de Lukács e Lefebvre. **Revista Brasileira de Estudos Organizacionais**. v. 3. n. 2, p. 171-193, dez.2016. p. 180.

279 VAISMAN, Ester. **A ideologia e sua determinação ontológica**. Verinotio revista online – n. 12, Ano VI, out./2010. Disponível em: <<http://www.verinotio.org/conteudo/0.49365995032122.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 22. p. 44-45.

280 KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.p.86.

A apreciação dicotômica do processo tem duas grandes obras antagônicas que denotam o caráter ideológico nas percepções de atuação processual, seja a função exercida pelas partes, seja pelo juiz. As ideias contrapostas dos autores Ovídio Baptista e Juan Montero Aroca demarcam uma postura publicista – instrumental e privatista – garantista acerca do processo²⁸¹.

O primeiro tece críticas ao cientificismo e racionalização do processo, apresentando-se simpático ao viés autoritário do Estado-Juiz, adstringindo-se a cuidar em sentido amplo da ideologia²⁸² no processo. Por seu turno, o autor espanhol se destacou por tratar do mesmo assunto através da ótica do sentido estrito, conferindo as partes liberdade no processo, defendendo a imparcialidade e terceiridade do magistrado^{283_284}.

Invariavelmente a afinidade por qualquer das ideias revela o pretense processo. Também produziram prestigiados trabalhos, com a finalidade de fortalecer as ideias publicísticas com um forte condão ideológico acerca do processo/procedimento, os brasileiros José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva, que apesar de cuidarem da ideologia no processo, tomam rumos distintos. Nada diferente dos autores que buscam o processo como garantia, mas não se identificam como garantistas²⁸⁵.

Enquanto Ovídio Baptista da Silva Ovídio foi crítico à racionalização, da tecnicidade, defendendo “a jurisdição estatal, como instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático”, já José Carlos Barbosa Moreira “não somente cuidou de realizar uma

²⁸¹ São elas: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: O paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. e AROCA, Juan Montero. *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, das cartas y quince ensayos*. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

²⁸²Essa ideologia empregada no presente trabalho é a vulgarizada popularmente como: como concepção de mundo produtora de uma vontade e de uma atividade prática aceita socialmente como algo “natural”, como uma fé, como uma religião, que os indivíduos admitem de modo espontâneo, como se fosse a “sua” concepção de mundo. A classe ou aliança de classes que se torna capaz de produzir uma ideologia desse tipo torna-se não só dominante, mas dirigente da sociedade, ou seja, conquista a hegemonia, pois seus interesses sociais e políticos, sua racionalidade, seu modo de ser e fazer, aparecem como os interesses gerais de toda a sociedade, tornam-se “nacional-populares” (BARBOSA, Walmir (org.). *Estado e poder político*. Goiânia: UCG, 2004. p. 226).

²⁸³ PEREIRA, Mateus Costa. *Processo e ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual*. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020. p. 125-137.

²⁸⁴ PEREIRA, Mateus Costa. *Processo e ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual*. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020. p. 125-137.

²⁸⁵ “Em verdade, talvez sem se dar conta, Barbosa Moreira e Ovídio Baptista nutriam compreensão diversa da ideologia em si. De nossa perspectiva, identificamos um motivo para tanto: posto que ambos se preocupassem em desnudar os influxos ideológicos, transitavam por dimensões distintas. É o que se afere utilizando a classificação entabulada por Nelson Saldanha (ideologia em sentido amplo e em sentido estrito) como lente. Ao derradeiro, duas advertências”. PEREIRA, Mateus Costa. *Processo e ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual*. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020. p. 125-137.

defesa do publicismo processual, como também fazer uma espécie de espantallo do garantismo processual, taxando-o de *'neoprivatismo'*.^{286,287}

Repisando o que já fora dito no trabalho, na versão propagada no garantismo processual “o processo é uma instituição de garantia (constitucional) de liberdade (ativa e negativa) direcionada contra o Estado”. A expressão traduz a origem do pensamento liberal em sentido abstrato acerca do processo. Nesse sentido, “sua carga normativa se ampara sob a intenção primordial de proteger o indivíduo contra eventuais abusos ou desvios de poder pelo Estado”²⁸⁸. Essa asserção aplica-se a qualquer natureza Constitucional seja ela social ou liberal, conquanto a origem no “pensamento liberal”, a intenção é a proteção do indivíduo em qualquer das ocasiões, frente ao Estado.

Segundo Eduardo Costa, a ideologia liberal percebida no processo, o que se conhece por liberalismo processual, advém dos contornos valorativos liberais. Diz respeito a teoria político-liberal do processo e não jurídico-dogmática. “Propõe menos juiz e mais partes”. É dizer, a liberdade das partes exercendo suas respectivas “posições processuais” e, por outro lado, o Estado-juiz incumbido de sua correspondente “neutralidade funcional”.²⁸⁹

Na atualidade, fala-se em social-liberalismo – ou fraternalismo, que seria fundamento político-ideológico compreendido na Constituição federal vigente, seria a mescla do liberal

286 RAATZ, Igor. **A resistência instrumentalista e o surgimento da doutrina brasileira do garantismo processual**: uma breve análise em dois atos. Coluna Garantismo processual. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/28-a-resistencia-instrumentalista-e-o-surgimento-da-doutrina-brasileira-do-garantismo-processual-uma-breve-analise-em-dois-atos>>. Acesso em: 20 mai. 2022. Costa afirma que: “JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é impreciso quando chama o garantismo processual de «neoprivatismo» 21, abr. 2005). O termo obscurece, porquanto indevidamente associa o garantismo ao *ordo iudiciorum privatorum* romano e, em consequência, a algo ruínico e *démodé*; por exclusão, associa o instrumentalismo processual – apelidado de «publicismo» – a *la dernière mode à Paris*, à coqueluche do momento. Tudo como se o mundo «evoluisse» do *privado* ao *público*. Como se o Estado fosse a *causa finalis* da história. É o próprio HEGEL proclamando que «*Der Staat ist göttlicher Wille als gegenwärtiger, sich zur wirklichen Gestalt und Organisation einer Welt entfaltender Geist*» (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*. § 270) (tradução livre: «O Estado é a vontade divina como espírito presente ou atual que se desenvolve na formação e organização de um mundo»).

287 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no processo civil. In: _____. **Temas de direito processual**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87-102. p. 88-95. Em estudo anterior, publicado em 1984, o professor destacava que: “confiar ao juiz papel mais ativo na direção e na instrução do feito, ao contrário do que parecem reear alguns, não implica forçosamente instaurar no processo civil o domínio do ‘autoritarismo’ ou do ‘paternalismo’.” (...) “A ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer a redução, das garantias a que fazem jus e tampouco da responsabilidade a que fazem jus.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no processo civil. In: _____. **Temas de direito processual**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87-102. p. 54.

288 BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa. Coluna Garantismo Processual**. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/46-se-o-processo-e-uma-garantia-de-liberdade-ele-e-um-direito-de-defesa#:~:text=Emp%C3%B3rio%20do%20Direito-,%2346%20-%20SE%20O%20PROCESSO%20C3%89%20UMA%20GARANTIA%20DE%20LIBERDADE%2C,%20C3%89%20UM%20DIREITO%20DE%20DEFESA&text=%CE%B3%CE%BD%E1%BF%B6%CE%B8%CE%B9%20CF%83%CE%B5%CE%B1%CF%85%CF%84%CF%8C%CE%BD>>. Acesso em: 24 mai. 2022.

289 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 211.

com o social, essa percepção consagra uma hermenêutica fraternal pujante no Judiciário, mas é importante frisar que “se outrora estavam os brasileiros suspensos entre liberalismo e estatismo, hoje, porém, a opção manifesta é por uma convergência de ideologias”²⁹⁰.

Trata-se, pois, de colocar a liberdade acima da autoridade, invertendo, portanto, a lógica comum às diferentes legislações processuais autoritárias do século XX. Dizer que o processo deve ser pensado para as partes não significa que o processo seja das partes. O garantismo processual não defende um retorno puro e simples do modelo liberal de processo e, portanto, não é sinônimo de um privatismo processual. É um equívoco associar o garantismo processual aos modelos processuais tipicamente liberais do século.²⁹¹

O jurista e ex-ministro do Supremo Tribunal de Justiça Ayres Brito, defende como constitucionalismo fraternal um sucessor do Estado social, “tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida”²⁹². Apreende por hipótese a igualdade social e o pluralismo de vida “cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto”.

A discussão da passagem (ou não) de um constitucionalismo liberal para o social, interessa à pesquisa na problematização e justificação das consequências atuais, pela qual se ampara o Ordenamento Jurídico em seu eixo central Constitucional. Contudo, calha enfatizar que para a teoria das garantias relacionadas ao Processo e este como Direito Fundamental extraído da norma Constitucional, o não intervencionismo Estatal também é uma forma de proteger o indivíduo de discricionariedades. Ao fim e ao cabo, se deve ter precaução com os pensamentos (liberal/social/fraterno) irradiados dos Constitucionalismos para que não recaiam em detrimento às garantias processuais que são fundamentos expressos na Constituição.

A importância das ideologias no processo significa a sua implicação irrefutável do modo pelo qual se interpreta o aparelhamento administrativo-funcional do Estado-Juiz, suas decisões judiciais, a forma de atuação nos cargos judiciários e apoio, objetivos, e tudo mais relacionado ao Estado por conduto do exercício da função jurisdicional. “Tendo isso em consideração, um pequeno esforço é suficiente para se concluir que influxos ideológicos também se mostram capazes de fomentar ingerências sobre a apreensão e manejo da instituição (processo) que legitima a atuação jurisdicional e o seu resultado”²⁹³.

290 REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 43-51.

291 RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Casa do Direito, 2021. p. 171.

292 BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216.

293 DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? **R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro** | Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017. “Juan Montero Aroca elucida que a origem das concepções assumidas pelos estudiosos acerca do processo é de ordem política, embora muitas vezes

A bem da verdade, não há uma determinação aproximativa entre o liberalismo e garantismo, um não é “causa direta” do outro, assim como o segundo não procede do primeiro. Segundo Eduardo Costa, o que existe é a relação de “equivalências ou parentescos de propostas”²⁹⁴ e cada qual defendendo as suas respectivas segunda a sua natureza, política e jurídica a seu modo.

Por isso, o garantismo processual não é da direita nem da esquerda. Não pertence a uma nem a outra. Não lhes é exclusivo «patrimônio» dogmático. Não é propriedade de nenhuma delas, embora possa ser apropriado por ambas. Em tese, um esquerdista pode a) apregoar ao processo uma função anti-arbitrária, b) cingir a jurisdição à aplicação não-criativa e imparcial do direito, e c) relegar a tarefa sócio-equalizadora à legislação e à administração. Seria, aliás, de todo razoável. Afinal, só ocupantes dos cargos legislativos e executivos de provimento eletivo têm legitimidade democrática; logo, só a eles cabe a esquematização discricionária de políticas igualitárias. Aos juízes - ocupantes de cargos de provimento vitalício - se reserva uma atividade técnica vinculada, já que lhes faltam a capacidade planejadora e a visão global das necessidades públicas, das travas burocráticas e das insuficiências orçamentárias. Daí por que garantismo processual e esquerdismo ideológico são plenamente compossíveis.²⁹⁵

Finalmente, dizer-se garantista não é a mesma coisa de declara-se liberal, tampouco neoprivatista, não que seja um demérito, isto porque, a intenção do emblema atribuído ao garantismo é empenar o pensamento. Com essa atitude de lançar denominações secundárias, é “envolvê-lo em preconceitos e, assim, blindar-lhe a compreensão correta”. A usurpação para

ocultada sob o manto da técnica processual. Sobre o tema: AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritário de la buena fe procesal. Proceso civil e ideologia. Un prefacio, una sentencia, das cartas y quince ensayos. 2. ed. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 292-352”.

294 “Todavia, não há aí uma «plenitude de correspondências»: a) para o liberalismo processual, o processo é coisa *privada das partes*, que ali duelam com autonomia individual total, sem qualquer marco regulatório fixado pela lei ou pelo juiz [*laissez-faire* processual]; b) por sua vez, para o garantismo processual, o processo é coisa *pública para as partes* (afinal, é *garantia constitucional*), que debatem sob uma heteronomia regulatória legal, ou seja, dentro de marcos procedimentais rígidos fixados pela lei e garantidos pelo juiz [*ne-laissez-pas-faire* processual]. Talvez sejam essas as *differentiæ specifica* entre uma coisa e outra”. Eduardo

295 “Na verdade, só haverá algo intrinsecamente «liberal» no garantismo se o termo se relacionar a *liberdade*. Processo é *garantia de liberdade*. Mais: é garantia de liberdade *dos jurisdicionados contra a jurisdição*. Ora, o fenômeno constitucional consiste na constrição jurídica do poder, que se dá em dois planos: a) no plano horizontal, trisseca-se o poder nas funções legislativa [*rectius*: jurislativa], administrativa e jurisdicional, que se controlam reciprocamente; b) no plano vertical, aos cidadãos se imputam posições jurídicas ativas, cujo exercício basta a evitar, mitigar ou eliminar os efeitos nocivos do arbítrio estatal. A essas posições se dá o nome de *garantias de liberdade, garantias liberais* ou simplesmente *garantias*. Portanto: b.1) se oponível ao arbítrio jurislativo, é garantia «liberal» *contrajurislativa* (ex.: garantia do controle de constitucionalidade); b.2) se oponível ao arbítrio administrativo, garantia «liberal» *contra-administrativa* (ex.: garantia da licitação); b.3) se oponível ao arbítrio jurisdicional, garantia «liberal» *contrajurisdicional* (ex.: garantia do juiz natural). A cada função corresponde uma garantia, que a controla. Com isso se republicaniza o poder, conferindo-lhe contrastabilidade. Nesse sentido, o processo - como *garantia «liberal» contrajurisdicional* - integra o rol dos direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão ou geração (as chamadas «liberdades civis e políticas»”. Eduardo

deturpação das características garantistas, mácula a garantia constitucional que é o processo.²⁹⁶

Assim, não se nega os atributos ideológicos indelévels arraigados nas avenças processuais e que constantemente imputam um caráter distinto da ideia originária da teoria, como a dogmática garantista, dados os pontos de convergência. Contudo, a forma empregada reflete a tentativa de desqualificar a teoria garantista, em razão disso que é importante conhecer da doutrina, bem como os fundamentos linguísticos empregados para o fascínio de outras doutrinas em detrimento da rejeição de outras.

A Linguagem e a (des)caracterização da Doutrina Garantista Processual

Nas academias jurídicas, principalmente na graduação, os estudos são, em regra, iniciados pelos princípios, pelo menos os princípios julgados gerais (constitucionais) e específicos. E aqui, ter-se-á como baliza o Processo e a Constituição para exemplificar que na Teoria Geral do Processo, o princípio da Imparcialidade – que diz respeito ao juiz – faz crer em uma heterocomposição isenta de inclinações do magistrado; já no Direito Constitucional, estuda-se o princípio da Separação dos Poderes que, certamente, haverá o referimento ao ativismo judicial, com a proposta de discussão de sua repercussão no Direito.

Desse modo é plausível concernir que “um princípio é simplesmente um ponto de partida”, acerca disso, será mais bem pontuado no próximo capítulo, contudo, importante antecipar que, “da mesma forma que ninguém pode caminhar a parte alguma (sempre que o faz seguirá a algum sentido), esse ponto de partida deve ser visto em função do que se pretende achar ou atingir ao chegar (no direito privado isso se chama causa eficiente e causa fim)”. Ao fim e ao cabo, o princípio aplicado dependerá da tese defendida, sendo por tanto um recurso no discurso argumentativo-persuasivo-retórico²⁹⁷. Conforme Velloso:

296 “Assim sendo, confunde planos quem diz que o processo como garantia é sempre uma apologia ideológico-liberal. Não se trata necessariamente de exercício deliberado de credo doutrinário. Um supra-, não- ou antiliberal não descai em liberais se faz a defesa intransigente do habeas corpus, do mandado de segurança, da advocacia, do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do juiz natural, da motivação, da reclamação às ouvidorias de justiça e de tantas outras garantias individuais que refreiam o arbítrio jurisdicional. Aliás, é interessante ver setores da esquerda invocarem ontem a «opinião pública» contra os seus adversários e hoje as «garantias liberais» em prol dos seus partidários. Oxalá estejam maduros para essas garantias como conquistas civilizatórias, não como meras peças de uma «superestrutura jurídica burguesa»”. COSTA, Eduardo José da Fonseca.

297 FERNANDES, Danilo Araújo. **A razão da retórica**: hermenêutica, pragmatismo e a lógica argumentativa no discurso econômico. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Economia - UFRS. 2003. 120p.

Insisto recorrentemente que o debate processual é luta, e não um passeio alegre e despreocupado das partes, de mãos dadas, a caminho do parque. Portanto, os contendores — protagonista e antagonista — não estão interessados na busca da verdade — tal como afirmam ilustres tratadistas —; querem ganhar quanto ao que foi pretendido ou quanto ao que foi resistido²⁹⁸.

Difícilmente é apresentada a linguagem no direito como um meio introdutório de compreensão do direito. Há quem sustente uma vertente de questões controversas no direito por seus próprios motivos, não sabe ao certo onde se originam sentidos, qual o valor relacionado ao instituto, tampouco sabe indicar questões íntimas relacionadas ao assunto, é uma das principais críticas dos autores garantistas²⁹⁹.

Tudo isso que se apresenta como óbvio — e de fato o é — mas conclama o desbravamento substancial de temas específicos na doutrina processual, fazendo uma análise dialética. Será percebido que, em geral se trabalha por afinidade com o tema sem dialogar com as doutrinas antitéticas.

A exemplo disso, há quem considere o garantismo processual numa roupagem que mais se trata de instrumentalismo, instrumentalismo neo-garantista e garantismo neo-instrumentalistas, os dois últimos são considerados confusos em suas exposições, uma vez que, acreditam que o processo é um instrumento do Estado para “efetivação de direitos”, em um sincretismo desarrazoado e desprezado as premissas originais.³⁰⁰ Contudo, essas diversificações teóricas — ou devaneios — admitem que o juiz deva ter limitações em sua atuação ou ainda podem concordar com a ideia do processo como garantia, mas não contrajurisdicional, haja vista a necessidade em obter a suposta “eficiência” processual. O

298 Acerca disso: “Por exemplo, implica ausência de preconceitos de todo tipo (particularmente racial ou religioso); independência de qualquer opinião e, conseqüentemente, ter ouvidos surdos ante a sugestão ou persuasão da parte interessada que possa influir em seu ânimo; não identificação com alguma ideologia determinada; completo alheamento frente à possibilidade de dádiva ou suborno, e à influência de amizade, ódio, piedade, da imprensa etc. E não ter envolvimento pessoal nem emocionalmente com o assunto litigioso e evitar toda participação na investigação dos fatos ou na formação dos elementos de convicção, bem como de julgar segundo seu próprio conhecimento privado do assunto, e assim por diante”. VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. In: CALDEIRA, Adriano César Braz (org.). **Processo e ideologia**. São Paulo: Ltr, 2015. p. 10.

299 Sobre o panorama: COSTA, Eduardo José Fonseca; PEREIRA, Mateus; CARVALHO FILHO, Antônio; RAATZ, Igor. **Mesa redonda 26: O que é Garantismo Processual?** Falando de processo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=e7fobcjAJtw&t=616s>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

300 “A visão garantista no sentido de que o processo serve às partes, e não ao Estado-juiz, decorre da, já mencionada, primazia da liberdade sobre a autoridade. Contudo, a ênfase no indivíduo, e não no Estado, não consiste em uma opção ideológica ou arbitrária. Trata-se, mais precisamente, de uma consequência normativa, de um reflexo do texto constitucional brasileiro. Conforme referido anteriormente, o garantismo processual é uma teoria jurídico-dogmática que tem, como ponto de partida, a Constituição brasileira de 1988, a qual, pela primeira vez em nossa tradição, deu primazia topológica aos “direitos e garantias fundamentais”. RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Casa do Direito, 2021. p. 174.

instrumentalismo processual, também chamado pela doutrina de modelo inquisitorial³⁰¹, que é quem claramente dispõe de uma percepção anti-garantista, sobretudo à lídima corrente garantista brasileira.

Nessa esteira de utilização de recursos persuasivos conforme inclinações próprias, Tárek Moussallem aduz que as discordâncias entre os juristas são, em rigor, provenientes de desajustes linguísticos nos significados dos signos por eles usados.³⁰² Que, geralmente quando são realizadas perguntas como: você é garantista? Sequer sabe-se o verdadeiro sentido da palavra. Os juristas se lançam em debates calorosos, se digladiam por atribuírem a palavra diversos conceitos.

Beclaute Oliveira diz que “no desenrolar do discurso, a mesma unidade da língua pode ser valorada de forma distinta. Assim, a palavra e a oração ganham valor no enunciado. Neste passo, pode-se afirmar que apenas no enunciado os valores verdade e falsidade, belo e feio, justo e injusto podem ser aferidos”³⁰³.

O que é ato jurídico? São perguntas perigosas que se não forem devidamente analisados circularão sem nada explicar. Ex.: Igualdade, seria: tratar igual os iguais e desigual os desiguais. Dessa forma nascem as incompreensões – sem significado – fazem os discursos dos juristas carecerem de certa objetividade, clareza, concisão e coerência. “A situação se agrava quando ocorre a baralhada de planos (níveis) do discurso jurídico entre linguagem do direito positivo (linguagem objeto) e a linguagem da Ciência do Direito (metalinguagem)”.³⁰⁴

Torna-se então problemática e atual a questão em torno da existência de limites para atuação do Poder Judiciário como intérprete do direito, principalmente quando se busca solucioná-la a partir da análise da linguagem. O problema da discricionariedade judicial tem sido tratado com vigor no âmbito da Filosofia do Direito, principalmente sob a perspectiva das teorias da justificação, com ênfase nos problemas ligados à legitimidade de esse agir discricionário³⁰⁵.

301 FILHO, Antonio Carvalho. **Pequeno manual prático para o debate instrumentalistas (e afins) vs garantistas processuais**. Empório do Direito. Disponível: www.emporiiododireito.com.br. Acessado: 29/10/2019.

302 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); BRITTO, Lucas Galvão de (org.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016. p. 260.

303 SILVA, Beclaute Oliveira. **A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 291 f. TESE (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.p. 45.

304 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); BRITTO, Lucas Galvão de (org.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016. p. 261.

305 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Limites linguísticos legislativos da discricionariedade judicial. **Revista de Informação legislativa**, ano 46, n. 181.p. 314.

Ao lado desse enfoque, mostra-se de grande interesse, também, a análise do tema da discricionariedade como um problema hermenêutico “Isso porque, se a discricionariedade é obtida a partir das normas que são o objeto da interpretação, o problema da conceituação de “norma” como categoria jurídica acaba sendo prévio ao problema de como se deva interpretá-la.

As transições dos conceitos se dão através da recepção para que um conceito seja juridicamente relevante deve estar no interior do sistema do direito positivo. Ex.: determinada teoria não ingressa no direito sem que uma norma (linguagem prescritiva) a contemple. “Conceitos são inseridos no direito positivo sem a devida adequação. Por isso a necessidade de categorização lógica de definição”^{306_307}.

Os textos normativos têm algo a dizer sem depender do juiz para dizer algo por eles, eles têm alteridade, algo em si, tem coisidade, não é o juiz que atribui sentido pleno aos textos, os textos porque imersos numa tradição, numa experiência intersubjetivamente compartilhada. Para além de algum grau de sentido que o juiz possa eventualmente atribuir. Ou seja, os juízes estão restritos aos determinantes semânticos e pragmáticos dos textos³⁰⁸.

Os textos são formados por signos, cujo sentido está imerso na tradição comunitária jurídica. O juiz não inventa sentido para além desses determinantes semânticos e pragmáticos mergulhados numa tradição. Não obstante, quando os juízes dizem coisas que escapam aos limites semânticos e pragmáticos do texto ele não é mais um intérprete aplicador, mas um esquematizador de um novo texto ou de um texto reformador³⁰⁹. Ou seja, o juiz se degrada, se desnaturando de juiz, em legislador. O juiz passa a usurpar competência legislativa que não lhe é atribuída pela Constituição Federal de 1988. É o que se ver hoje a partir de uma

306 “Assim, apesar da existência de diversas formas alternativas para se relacionar retórica e ciência, podemos – conforme o último caso apresentado por Boaventura – também, apresentar e justificar uma aproximação ou relação que visa afirmar a análise dos discursos científicos à luz do objetivo do cientista em convencer, de forma justificada e racional, a comunidade acadêmica especializada no que diz respeito à relevância de suas premissas ou teorias. Pois, é neste último sentido, que podemos realmente compreender as diferentes perspectivas hermenêuticas, como um elemento condicionante fundamental para um possível uso do instrumental de análise da “nova retórica” com o objetivo de avaliar os discursos científicos”. FERNANDES, Danilo Araújo. **A razão da retórica**: hermenêutica, pragmatismo e a lógica argumentativa no discurso econômico. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Economia - UFRS. 2003. 120p

307 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); BRITTO, Lucas Galvão de (org.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016. p. 261.

308 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 329.

³⁰⁹ Acerca do intérprete conduzindo uma nova leitura ao texto legal, Umberto Eco tem como aporte a figura do leitor como intérprete importante para construção do significado, trazendo a problemática do que acontece com a intenção comunicativa e o processo de interpretação, como configurar esse espaço comum em suas obras. Ele propõe três intenções: a realização da interpretação orgânica, O que o produto constituído esteticamente traz para nós (intenção do autor), intenção do intérprete e a intenção da obra (sua imanência), porque a obra está pronta, escrita e cabe ao leitor vir atribuir sentido. ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 152.

vanguarda neoiluminista que procura empoderar o juiz fazendo o que o garantismo mais recrimina, capturando o processo e transformando-o de garantia individual de liberdade da parte, em instrumento, ferramenta a serviço do poder.³¹⁰

No capítulo anterior foi visto o conteúdo ideológico processual. O recurso linguístico é uma forma de identificar os métodos descritivos, prescritivos, mas também da retórica, sem exaurir o tema e tampouco adentrar substancialmente na abordagem linguística, será possível neste item analisar o resultado linguístico. A doutrina se debruça - ou deveria - acerca da ciência do direito - intérpretes/juristas a partir do posto. O direito aplicado é um ato decisional, isto porque, quem julga faz interpretações, por vezes, é motivado pelo doutrinador. Nesta senda, importante saber diferenciar no direito a origem do discurso e sua pretensão, de modo a não descaracterizar as premissas da teoria, que neste caso, é a garantista.

Processo Justo e Devido Processo Legal

O motivo de tratar preambularmente de tais assuntos, para então ser discutido o processo justo e o devido processo legal, é corroborar numa estruturação da problemática que envolve o estudo do garantismo processual e desenvolver o debate dialogando com os elementos da problemática proposta³¹¹. Como visto e revisto, quando se alude ao tema como um complexo de situações jurídicas que visa proteger as partes dos abusos e arbítrios do Estado-Juiz, a partir do par de alelos: garantia e poder.

De um lado, albergando-se em um modelo de processo instrumental, hasteia-se a vertente de um “processo justo”, cuja proposição confere à figura do magistrado a incumbência de corrigir máculas processuais que estejam supostamente obstando a consecução de um processo idôneo, outorgando, inclusive, a persecução probatória de ofício.

310 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 329.

311 Contudo, não há como abster-se de, nas palavras de Didier: Fomentar por estas terras este vigoroso debate no âmbito do processo em geral, e do civil, em especial, de modo a que fique patenteado que a visão ativista do processo não é a única, e que o processo civil também pode ser pensado e atuado sobre as bases dogmáticas do garantismo. Ou, em outras palavras: fomenta-se aqui o debate para que possamos (re)formular nossas convicções com base em elementos jurídico-processuais extraídos do sistema ao qual estamos vinculados, deixando de lado, tanto quanto possível, argumentos de autoridade que muitas vezes são justificados em **posturas metajurídicas que viabilizam soluções jurisdicionais orientadas por um subjetivismo revelador de arbítrio**, José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy **talvez incompatível com o regime republicano e democrático que a Constituição nos estabelece** (grifado). Didier Jr, Fredie. Op. cit.

Por sua vez, do outro lado, tem-se o princípio sustentado no processo civil vigente que dispõe de um procedimento dispositivo que direciona às partes ao ônus probatório³¹².

Ademais, as teses fixadas no entorno do processo justo são justificadas em razão da efetividade do processo, indicando ser um direito fundamental a tutela efetiva do Estado ao indivíduo, como se depreende a seguir:

No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos³¹³.

Insurge-se, a escola garantista, a forte crítica por meio da qual se infere inobservância ao devido processo legal, que sofre uma releitura em proveito do suposto processo justo. Nesse sentido, busca-se o evidenciar algumas premissas procedimentais no processo na denotação de uma possível censura à Constituição Federal, ao se dispensar a legalidade processual em favor do dirigismo judicial.

A idealização de um processo justo imerge em percepções fluidas ao confiar no fator subjetivo, o primor da justiça e equidade. Com base nisso, não se discute a divinização de uma corrente processual, mas a predisposição de inaugurar uma fase de legitimação do discernimento propagado pela via dispositiva do processo, reconhecendo o processo como uma garantia constitucional de justiça que reverencia o devido processo legal.

Talvez a melhor forma de falar da solução para aspectos que maculam o processo, como as diversas demandas que são ajuizadas diariamente, seja importante primeiramente evidenciar raízes estruturais dogmáticamente, dentre eles, o fomento da figura do magistrado como saneador de lacunas legais, tão encorajado por meio do instrumentalismo processual.

Em Mitidiero, autor precursorista do modelo cooperativo no Brasil, encontramos que:

³¹² CARVALHO FILHO, Antônio. **Processo como direito fundamental**: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. São Paulo: [s.n.], 2021.

³¹³ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: O processo justo. *Novos Estudos Jurídicos*, [S. l.], v. 7, n. 14, 2008. DOI: 10.14210/nej.v7n14.p%p. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1>>. Acesso em: 14 set. 2022.

Ao contexto cultural do Estado de Direito (Rechtsstaat, État Légal), em que o processo era concebido unicamente como um anteparo ao arbítrio estatal, ao passo que hoje o Estado Constitucional (Verfassungsstaat, État de Droit) tem por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo.³¹⁴

Aos instrumentalistas resta a conclusão de que o processo é instrumento da jurisdição para aplicar a lei material ao caso concreto, uma ferramenta operacional a disposição do Estado. Talvez essa compreensão fique até contundente aos conceitualistas simplistas formuladores de mapas mentais, que enxergam à distância o sentido do processo³¹⁵.

Na ala garantista, Mateus Pereira aduz em sua obra que o principal conflito travado junto a corrente instrumentalista no refutamento do processo dispositivo, é o induzimento a realizar uma análise particular da matéria e, por consequência, enfrentá-las, já que, são desferidas reprochas sobre um tanto que sequer possui conhecimento de sua asserção, de maneira que são conduzidas discussões conjecturando máculas por suas próprias razões.³¹⁶

Talvez, porque tenha se hasteado uma manifesta valorização do processo, advinda dos preceitos constitucionais contemplados relevantemente nas premissas garantistas. É dizer, entender que o processo não é um mero acessório em favor do Estado, mas por outro lado, compreender que o processo é garantia em si, oriundo de suas próprias premissas, elevando-o ao patamar de constitucional, como visto, é uma garantia positivada na Lei Maior. Assim, também uma garantia legal.

Acreditar na defesa de um sistema processual idôneo está umbilicalmente ligado ao estudo do Garantismo Processual, que nesse viés não diz respeito tão somente a uma episteme jurídica conforme Eduardo Costa defende, mas também a identificação correlata ao Direito

314 MITIDIERO, Daniel. **Direito Fundamental ao Processo Justo**, in Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil Nº 45 – Nov-Dez/2011, p. 23 e 24.

315 “Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é somente falar em suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõe: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre as pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e, sobretudo seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo. Por outro lado, a instrumentalidade do processo aqui considerada, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual a ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce a necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, político e jurídico. Falar de instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “ordem jurídica justa”. Para tanto, não só é preciso ter consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõe ao livre acesso à justiça”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª. ed. São. Paulo: Malheiro, 2012. p.47

316 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 329.

Constitucional em face de suas predileções quanto às garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito³¹⁷.

As garantias, tratadas no instituto supra, angariam forma descomunal quando analisadas através do enfoque do devido processo legal, isto porque, o Garantismo, além de conceber o caráter constitucional ao direito abarcado, também apresenta a defesa da observância da legalidade estrita.

Do exame das elucidações da corrente garantista, depreende-se a sua defesa sagaz ao juízo de que o processo não pode jamais desvencilhar-se do constitucional, e em sendo assim, deve observar as ideias garantistas e não se aventurar em “extrajuridicidades” não constitucionais³¹⁸, é onde recai majoritariamente sua crítica aos demais modelos de Processo. Para corrente, a liberdade judicial outorgada para resolução de questões, em consonância com os anseios da sociedade, ainda que, em irresignação legal, onde se ergue a bandeira da pacificação, é brindar o Estado-Juiz com mais poderio, incentivando o dirigismo judicial.

O devido processo legal é garantia constitucional (na esteira do que se vem elucidando nesta pesquisa) que se caracteriza pelos princípios da isonomia processual (abrangendo a imparcialidade do Juízo), do contraditório, da ampla defesa (que inclui o direito ao duplo grau de jurisdição e a indispensabilidade da presença do advogado ou defensor público), da inafastabilidade da prestação jurisdicional (acesso à justiça); do juízo natural, do direito-de-ação, da imposição de fundamentação das decisões e da razoável duração do processo e os meios para sua célere tramitação³¹⁹.

Essa garantia presta-se a possibilitar a participação dos envolvidos (partes, isto é, aqueles que sofrerão os efeitos do provimento estatal) na construção dialética das decisões (sentença, interlocutórias e acórdão) e na fiscalização incessante – (re) construção – do ordenamento jurídico vigente³²⁰.

317 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 329.

318 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O processo como instituição de garantia**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 30 out. 2019.

319 No Brasil, especificamente, já foi mencionada a razoável duração do “procedimento” e os meios que garantam sua célere tramitação é Direito Fundamental dos cidadãos. No entanto, tem sido usado contra estes, uma vez que têm servido de justificativa para as intermináveis reformas processuais, que cada vez mais suprimem direitos das partes, com base na retórica de que imprimirá celeridade à atividade da prestação jurisdicional conferindo poderes aos juízes, em preterição do devido processo. PINHEIRO, Guilherme César. **As reformas processuais e o devido processo legal**: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no processo democrático. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 8, n. 1, p. 77-116, jan./jun. 2011.

320 PINHEIRO, Guilherme César. **As reformas processuais e o devido processo legal**: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no processo democrático. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 8, n. 1, p. 77-116, jan./jun. 2011.

É preciso uma enorme precaução na compreensão do «devido processo legal», pois tem ele sofrido inúmeras alterações. Correntes autoritárias têm deturpado semanticamente o «devido» da expressão «devido processo legal», fazendo-o sinônimo de «justo». truncam a expressão, dela subtraindo o termo «legal». Logo, o devido processo legal rebaixa-se no chamado «processo justo». Essa expressão é um ardil hermenêutico, um mar de vaguidão. Tudo nela cabe. Inclusive dizer que o processo só é «justo» se serve à «justiça», à «ordem jurídica justa» e, assim, ao «justo juiz», que as propicia³²¹.

Poder-se-ia pensar em uma proposta de resolução dos problemas elencados no presente trabalho, principalmente no tocante a abrangência do poderio estatal na persecução de um processo subjetivamente justo. O que não se pode olvidar é que o princípio dispositivo se trata de um meio assecuratório no processo das partes assumirem o papel ativo para o deslinde de sua demanda.

O juiz que ignora a lei, pode inclusive ignorar as regras da imparcialidade. Se o juiz ignora a lei para se aproximar do senso de justiça, ele pode ignorar as regras de suspeição e impedimento também. Justamente por entender que está apto para julgar algo por suas pré-compreensões, inferir conhecer a matéria. A lei é vontade do povo, não se admite atividade criativa na busca por um processo justo. O que se pode mitigar, ignorar, desconsiderar na norma processual sob a justificativa de um processo justo? O próprio devido processo legal que é regra constitucional para o processo é ameaçado.

Assim, serão permeados os itens, a seguir, com o princípio dispositivo e sua mitigação que compromete sua integridade no processo, visto que se trata de um princípio piloto do processo civil e se desconstrói a partir da intromissão dos magistrados, principalmente no que tange as provas.

321 Então, o juiz passa a ter ainda mais poderes, plasmando extralegalmente o procedimento. E, em consequência, o processo deixa de ser garantia de liberdade do cidadão e se transmuda em ferramenta oficial do Estado para a consecução de finalidades extragarantísticas (igualdade, solidariedade cooperativista, «verdade real», justiça material etc.). COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 71. Ver também em: ABDPRO #15 - Breves meditações sobre o devido processo legal. Disponível em: <ABDPro <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal#15>>. Acesso em: 30 de jan. 2021.

4 DISPOSITIVIDADE PROCESSUAL: A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DE SUA MITIGAÇÃO

Linhas Gerais Acerca da Construção Teórica dos Modelos Processuais

Em que pese a proposta do trabalho de tratar dos modelos processuais, seu deslinde foi encampado originariamente no “debate ideológico” entre garantistas e ativistas³²², e depois enveredou à discussão do modelo dispositivo *versus* instrumentalismo, se mostrando muito importante na elucidação das transformações sofridas pelo princípio dispositivo, este que melhor se adequa as premissas da Escola Garantista no Código de Processo Civil. Isto porque, o princípio dispositivo passou a ser chamado de modelo e tem subsidiado outra proposta modelo com sua mitigação³²³.

Em verdade, os modelos processuais foram forjados na identificação de divisão de tarefas a serem realizadas dentro do procedimento, a competência das atribuições correspondentes ao Estado e às partes³²⁴, tal método é conhecido como formalismo processual³²⁵. Nesse sentido, “não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia, a dicotomia ainda continua sendo

322 SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutório do juiz**: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2011. p. 52.

323 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 116.

324 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 116.

325 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

bastante utilizada e serve, pois, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema³²⁶”.

A doutrina brasileira costuma trabalhar a dogmática processual com a identificação histórica dos paradigmas³²⁷, com o destaque inicial sob a ótica do pilar da modernidade, que propunha racionalidade e confiança no conhecimento científico, cuja intenção era compreender fatos jurídicos. Em seguida, com a pós-modernidade, muda-se o objetivo, dando-se azo a um novo paradigma, uma construção jurídica a partir das experiências complexas do ser humano. Essas noções iniciais servem à pesquisa para corroborar o grau científico dos modelos processuais, que influenciados pelas mudanças paradigmáticas atravessadas frente as fases históricas e culturais da sociedade, promovem as características atuais do processo civil brasileiro.

Conforme abordado no terceiro capítulo, é um método substancial na reflexão da concepção publicista da atualidade, além de seus influxos processuais, como se percebe as mudanças do procedimento civil com o fito de dar efetividade as demandas sociais, assim infere Antunes e Silva:

A espinha dorsal do processo civil brasileiro, o procedimento ordinário, que trabalhava com a cognição exauriente como sua principal garantia na obtenção de uma decisão definitiva cheia de certeza jurídica quanto à correta aplicação da lei, hoje se vê permeado de novas medidas jurídicas que o socorrem das imprevisibilidades, das constantes mudanças e dubiedades típicas da sociedade humana³²⁸.

A “decisão cheia de certeza” baseada na racionalidade, tem sido suplantada pela persecução de uma decisão justa, é o que se buscará neste capítulo: evidenciar a crítica garantista a deturpação da divisão de trabalhos no processo, em que as partes ficam restritas

326 DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Organização: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 208.

327 “O conceito de paradigma, segundo Thomas Kuhn, é definido sob dois aspectos. O primeiro deles é que paradigma representa o conjunto dos princípios, metodologias, conceitos básicos e teorias de uma comunidade científica. Esta desenvolverá seus estudos à luz de um paradigma. Paradigma também é definido como o conjunto de soluções para os problemas apresentados por uma comunidade científica. São os instrumentos utilizados para resolver os quebra-cabeças da comunidade. Para Thomas Kuhn há uma revolução científica quando ocorre mudança de paradigma.” ANTUNES, Márcia Teixeira; SILVA, Mônica Anselmi Duarte. **Aspectos críticos da dogmática processual brasileira**: do paradigma determinista à complexidade. Disponível em: <publicadireito.com.br/artigos/?cod=1de16907c72cefcb>. Acesso em: 05 mai. 2022.

328 Em arremate, as autoras ao tratarem das transformações paradigmáticas, aduzem que “dentre outros juízos e instrumentos judiciais, as tutelas de urgência – cautelar e antecipada –, concedidas a partir de um juízo sumário da verossimilhança, especialmente à disposição de proteger preventivamente o direito, dando real efetividade à Justiça, tem origem na complexidade do novo paradigma científico que leva em conta o novo ainda não previamente pensado e as incertezas dos fatos e do homem”. ANTUNES, Márcia Teixeira; SILVA, Mônica Anselmi Duarte. **Aspectos críticos da dogmática processual brasileira**: do paradigma determinista à complexidade. Disponível em: <publicadireito.com.br/artigos/?cod=1de16907c72cefcb>. Acesso em: 05 mai. 2022.

em sua liberdade processual em relação ao angariamento de dirigismo judicial, como se perceberá durante o trabalho³²⁹.

Para apresentação do tema, utilizar-se-á da análise jurídica doutrinária brasileira, que se desenvolve a partir de uma bifurcação perceptiva clássica. Entre os processualistas, existem os que estão afinados a uma corrente conhecida como liberalista, conhecido como modelo adversarial e os processualistas detidos à chamada acepção, teórica, social do processo, é o modelo inquisitorial. Nessa polarização, há um entendimento intermediário, é o caso da acepção social-liberal do processo³³⁰ que mescla as concepções anteriores, conhecido como modelo misto ou cooperativo.

No caso do garantismo processual, a despeito de adiante se buscar alumiar sua afinidade de acepção ao modelo, para a corrente doutrinária adepta ao tema que se debruça esse trabalho, o garantismo processual é originário de si próprio, oriundo das próprias premissas que compreende dentro do ambiente dogmático processual, não é derivação do garantismo tradicional que protege qualquer coisa que ofenda, são garantias do processo e tem o processo como garantia³³¹.

Em outras ideias garantistas, como a compreendida em Ferrajoli, também se percebe aptidões, em que “desse contexto que surge uma doutrina denominada de garantismo processual, que tem por objetivo proteger o cidadão dos abusos do Estado, caracterizado, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz”³³², pode-se concluir, sobremaneira, por uma afeição de cunho liberal. Como se depreenderá a seguir.

Modelos Tradicionais de Processo: Adversarial e Inquisitivo

329 Esse atributo é importante para o direito, tendo em vista que os estudantes e depois os futuros profissionais vão se moldando de acordo com o paradigma dominante. Segundo Edgar Morin, “[...] o paradigma institui as relações primordiais que constituem os axiomas, determinam os conceitos, comandam os discursos e/ou teorias. Organiza a organização e gera a geração ou regeneração”. Morin acrescenta que a mudança de paradigma não pode ocorrer direta e imediatamente, é preciso que em um contexto “[...] apareçam frestas, fissuras, erosões, corrosões no edifício das concepções e teorias subentendidas, visto que as restaurações e reformas secundárias fracassam” MORIN, Edgar. **O método** 4. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 268.

330 LEITE, Gisele. **Garantismo Versus Ativismo ou o velho embate do cidadão contra o Estado**. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/garantismo-versus-ativismo-ou-o-velho-embate-do-cidadao-contra-o-estado>>. Acesso em: 29 out. 2019.

331 CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; RAATZ, Igor. Mesa Redonda #26 - **O que é o Garantismo Processual?** Canal falando de processo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=e7fobcjAJtw&t=2820s>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

332 DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Disponível em: <https://www.academia.edu/1771108/Os_tr%C3%AAAs_modelos_de_direito_processual>. Acesso em: 04 mai. 2022.

A distinção conceitual, apesar de ser uma praxe no direito, o objetivo neste trabalho é evidenciar que em qualquer situação, “o ser humano é o centro a partir do qual os objetos são considerados”³³³ e, para além disso, a tomada de decisão quanto uma posição frente as vertentes processuais possuem fundamentos que podem ser considerados cientificamente. Paulo de Barros Carvalho, ao buscar trazer a versão linguística analítica, cuida do círculo de Viena, atribuindo ao encontro de ideias de filósofos do direito a epistemologia.³³⁴

Apesar da demanda por um posicionamento relativo aos modelos processuais, não se busca aqui patrocinar qualquer discussão inclinada, mas de outro modo, conforme os semióticos indicam, é são signos³³⁵ ou mais precisamente para os linguistas, a partir da linguagem aqui escrita, dar-se-á “um modo de aquisição do saber científico, aplicada por meio de mecanismos lógicos, na construção de modelos artificiais para a comunicação científica”³³⁶ que sirva de orientação à considerar no estudo e aplicação da temática, sobretudo, em referência as ideias garantistas aqui apresentadas.

De modo geral, os modelos processuais são divididos em duas versões antagônicas³³⁷, dizem respeito ao adversativo e inquisitorial. Essa dicotomia reflete essencialmente “à divisão de poderes e atribuições entre partes e juízes na formação, no desenvolvimento e na conclusão do processo”³³⁸.

Nesse passo, entendendo que o assunto não se esvazia nas percepções aqui dialogadas, pode-se entender os modelos do processo distinguidos geralmente em inquisitorial ou

333 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2018. p. 17.

334 Ibid. Para o autor, o Círculo de Viena diz respeito a um movimento que congrega o neopositivismo lógico, filosofia analítica, empirismo contemporâneo ou empirismo lógico. “São os nomes que pelos quais dá a conhecer uma corrente do pensamento humano que adquiriu corpo e expressividade em Viena, na segunda década do século XX, quando os filósofos e cientistas se encontravam, sistematicamente, para discutir problemas relativos à natureza do conhecimento científico”.

335 Um signo, ou representamen, é aquilo que, sob um certo aspecto ou modo, representa algo para alguém. Dirige-se a alguém, isto é, cria na mente dessa pessoa, um signo equivalente ou talvez um signo mais desenvolvido. Ao signo assim criado, denomino interpretante do primeiro signo. O signo representa alguma coisa, seu objeto. Representa esse objeto não em todos os seus aspectos, mas apenas com referência a um tipo de idéia que eu, por vezes, denominei fundamento do representamen. LARUCCIA, Mauro Maria. **Semiótica: signo, objeto e interpretante**. Disponível em: http://www.fics.edu.br/index.php/augusto_guzzo/article/view/121/139. Acesso em: 04.mai.2021

336 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2018. p. 31.

337 Acerca da natureza jurídica de tais princípios “Na doutrina majoritária existem outros “princípios”: o acusatório ou dispositivo e o inquisitório ou inquisitivo que não são unitários e, portanto, não podem ser catalogados como princípios. Mas tampouco são regras, ainda que se mostrem com aparência binária já que, em essência, são sistemas de enjuizamento e, como tais, compreendem uma gama diferenciada de verdadeiros princípios e de autênticas regras”. VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O garantismo processual**. In: CALDEIRA, Adriano César Braz (org.). *Processo e ideologia*. São Paulo: Ltr, 2015. p. 14.

338 RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 30.

adversarial, não obstante outras nomenclaturas – utilizadas no processo, seja no procedimento civil ou penal, o significado das proposituras de processo é na mesma direção.

O enfoque deste tópico se dará na mitigação do princípio dispositivo, serão traçadas linhas gerais dos modelos adversarial e inquisitorial, mesmo porque, “a “dispositividade” e a “inquisitividade” podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc.”³³⁹ subsidiando a problemática da oficiosidade do juiz que será adiante analisada.

A concepção inquisitorialista, amparada pelo princípio instrumentalista, encontra na figura do juiz o “legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais³⁴⁰”.

Essa compreensão instrumentalista que adota conduta mais participativa do juiz conta com o incentivo de nomes da doutrina, que se debruçaram acerca da teoria do processo como o entendimento de Ada Pellegrini Grinover³⁴¹, que destaca:

A visão do Estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios especialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.

A fala da professora na obra aplicou-se no contexto de processo penal, contudo, a temática do livro é a teoria geral do processo. Assim, não há óbice de depreender que a visão também se aplica aos demais procedimentos. Neste capítulo ainda se analisará a percepção de processo unitário dos autores garantistas, contudo, o enfoque do trabalho é o direito processual civil.

A propósito de se buscar brevemente raízes históricas do inquisitivism, identifica-se a postura investigatória da época da dinastia de Carlos Magno, em que se interrogava habitantes de logradouros na pretensão de obter informações acerca dos acontecimentos na região.

339 DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Disponível em: https://www.academia.edu/1771108/Os_tr%C3%AAs_modelos_de_direito_processual. Acesso em: 04.05.2022.

340 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 41.

341 GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 81.

Similarmente a atividade instrutória exercida pelo juiz, que detém “poderes de gerenciamento processual”³⁴².

No processo, na visão dos garantista Mateus Pereira e Igor Raatz, o austríaco Franz Klein responsável pela ideia de formalismo moderno é filiado as ideias inquisitivistas. Segundo os garantistas, o jurista austríaco portava um desencanto pelo processo e buscava fazê-lo ferramenta do bem-estar social. Assim acabou por incitar a majoração de poderes aos juízes, bem como os incumbiu da busca pela verdade, pois assim se estaria fazendo a justiça³⁴³.

Destarte, culminou em um forte abalo no princípio dispositivo. Mateus Pereira aduz que a percepção de Klein possui raízes ideológicas, alcunhada como antiliberal e moralista, que difundia um processo meramente para efetivar o direito material. Não obstante, Chiovenda – o pai do publicismo – não se quedou dessa proposta instrumentalista, em que se consolidou no sentido do “enaltecimento a oralidade e os poderes judiciais para conferir celeridade e eficiência aos procedimentos”³⁴⁴.

A propósito de uma bilateralidade política que a doutrina passou a dar forma, nos idos do século XIX, a um modelo que contrastasse com modelo inquisitorial, repelindo seu caráter absolutista de que a vontade do rei sobrepõe os interesses das partes, desde as questões relacionadas a instauração do processo, sua administração, até o desfecho final com a decisão³⁴⁵.

De outro lado, o modelo adversarial, que tem como fundamento o princípio dispositivo, parte de duas premissas³⁴⁶:

(i) ninguém além das partes sabe o que é melhor para si, motivo pelo qual o processo, envolvendo, interesses particulares, deve ser regido pela autonomia privada;

(ii) o julgador não pode dar início ao processo nem participar da investigação dos fatos, sob pena de contaminar a sua imparcialidade e comprometer-se com determinada opinião ou tese.

342 RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 29.

343 PEREIRA, Mateus Costa . **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 21. e RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p.117.

344 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 21.

345 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 120.

346 LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 30.

Aqui existe uma “disputa” entre as partes que em lados opostos³⁴⁷, provocarão no processo demandas conforme suas estratégias diversas, com o fito de vencer em sua pretensão enquanto autor e réu. Como dito, o protagonismo é assumido pelas partes, que devem conduzir o processo a decisão do juiz.

Pode-se ainda conhecer o modelo adversarial como acusatório. A referência acusatória vem graças ao procedimento penal pelo qual “há um sujeito que acusa (Ministério Público) e o outro se defende (o réu)”. Não diferente do procedimento civil em que há o demandante e o demandado, cabendo ao juiz decidir, mantendo-se “equidistante dos polos processuais”, sendo atribuição das partes a gestão e administração do processo³⁴⁸.

A percepção tipicamente garantista acerca dos modelos processuais, conforme pontuado, relaciona o modelo adversarial a regimes não autoritários, que corrobora com a liberdade das partes no processo, já o modelo inquisitivo é correlato ao modo autoritário, intervencionistas e patrocina o aumento dos poderes do juiz³⁴⁹.

A bem da verdade, as premissas anexas ao garantismo processual assemelham-se a proposta dispositiva de processo, Juan Montero Aroca, Alvarado Velloso e Franco Cipriani, cada qual em sua nação, Espanha, Argentina e Itália, ao delinearem a doutrina garantista processual, tornou o objetivo principal, frente as duras críticas direcionadas ao autoritarismo do Estado-Juiz, a proteção ao cidadão contra os abusos do Estado, marcados pela ampliação dos poderes do juiz.³⁵⁰

347 Sobre o assunto: “Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo”. DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Disponível em: <https://www.academia.edu/1771108/Os_tr%C3%AAs_modelos_de_direito_processual>. Acesso em: 04 mai. 2022.

348 “O juiz que instaura ou conduz de ofício um processo empreenderia naturalmente mais esforços para confirmar a tese aventada inicialmente do que para afastá-la. Ademais, o juiz que participa ativamente da instrução invariavelmente favoreceria uma das partes”. (LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 30). Também em: DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. In: Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Organização: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 208.

349 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Garantismo, liberalismo e neoprivatismo**. Empório do direito. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/garantismo-liberalismo-e-neoprivatismo>. Acesso em 12 jun. 2018.

350 Vide: AROCA, Juan M. (org.). **Proceso e ideología**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. AROCA, Juan Montero. **Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Valência: Tirant lo blanch, 2001.

Para os autores não adeptos a corrente, vem a crítica ao garantismo e a percepção dos modelos processuais. Barbosa Moreira³⁵¹ identifica as ideias garantistas como um novo neoprivatismo e faz recomendações acerca dos modelos processuais, observando a materialidade da relação jurídica discutida. Segundo o autor, caso trate-se de um direito disponível, deve ser considerado o modelo dispositivo de processo. Consequentemente, se o direito for indisponível, deve ser aplicado o modelo de processo inquisitivo. Uma discussão pedregosa, dada a indefinição normativa e doutrinária do que se imputa ser direito disponível e indisponível³⁵², que não será enveredado neste trabalho.

No mesmo sentido crítico, Didier diverge da projeção teórica dos modelos processuais “(...) não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário”³⁵³.

Nessa esteira de “conceitos jurídicos indeterminados” ou um dissenso doutrinário acerca dos modelos aqui apresentados que nasce um discurso em defesa de um modelo cooperativo de processo, como alternativa ao princípio inquisitivo e dispositivo³⁵⁴, que será apresentado no tópico a seguir.

A Proposta de um Modelo Misto – Cooperativo – de Processo

351 “Preferível que a denominação princípio dispositivo seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). (...) Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Neoprivatismo no processo civil**. In: _____. Temas de direito processual. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57.

352 Sobre o entendimento ordinário da diferença entre o direito disponível e indisponível de que o último seriam os direitos fundamentais que não se pode renunciar e disponíveis os direitos afetos ao patrimônio, não nos parece ser uma escusa no direito. Nesse sentido, adverte a autora: “A princípio, bens patrimoniais seriam disponíveis. Quais são estes bens? Acaso não é a imagem dotada de valor pecuniário? Poder-se-ia dizer que o corpo humano é um bem indisponível. Assim, todos os direitos que tutelam o bem corpo humano (integridade física) seriam indisponíveis. Se o raciocínio for este, muitos atos do cotidiano das sociedades contemporâneas seriam inviáveis, como fazer uma tatuagem, uma cirurgia plástica, participar de esportes violentos, especialmente os de luta, e assim sucessivamente. Sendo a saúde humana um bem indisponível, não poderiam ser admitidos contratos de trabalho para a realização de atividades insalubres, pois, a bem da realidade, a colocação da saúde em risco tem um preço, traduzido no adicional de insalubridade. O critério, além de dissociado da realidade, é de pouca valia teórica, pois seria preciso definir com precisão quais são os bens disponíveis e os indisponíveis, relacioná-los à ideia de patrimonialização e separar as centenas de anomalias”. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010. p. 346.

353 “A ilação é um tanto simplista”. DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Vista, ampliada e atualizada. Volume 1. Salvador: JusPodium, 2017, p. 140.

354 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 140.

Como visto no tópico anterior, trata-se de processo inquisitivo o modelo administrado pelo Estado-juiz. O modelo inquisitorial se vale da verticalidade na relação particular e Estado, entre as partes e o Estado-Juiz, sendo esse último quem exerce a autoridade e poder em detrimento das partes. “Há incremento dos poderes do juiz e diminuição do papel das partes no processo. A legislação lhe confere amplos poderes de condução, inclusive no tocante à produção de provas *ex officio*. Ocorre a elevação e centralização burocrática do poder do Estado”³⁵⁵.

Em sequência, ficou latente como processo dispositivo, o modelo que busca a horizontalidade no processo, que reconhece as partes como donas. “A definição do objeto do processo, a escolha do rito e das provas a produzir é potestade absoluta delas. O juiz tem atuação passiva, um verdadeiro convidado de pedra”³⁵⁶.

Agora, a doutrina dominante tem evidenciado uma terceira espécie de modelo processual, chamado de misto – pela seleção de características para além das afetas aos modelos aqui tratados – mas bem conhecido como cooperativo. Segundo Raatz, trata-se de uma nova roupagem para disfarçar o modelo inquisitorial, refreando o modelo dispositivo³⁵⁷.

Já na esteira do que ressalta Didier Jr, em sua obra, o modelo cooperativo advém de princípios como devido processo legal, boa-fé, contraditório e respeito ao autorregramento da vontade. No código de processo civil ganha expressão no art. 6º, mas também outros que consubstanciam uma conduta cooperativa entre as partes³⁵⁸.

Na obra do garantista Mateus Pereira, o autor dialoga com os autores que originaram a cooperação processual no Brasil, destacando em seus trabalhos contribuições para seu desenlace, sobretudo no Código de Processo Civil de 2015. É conferido a Lúcio Grassi de Gouveia, Daniel Francisco Mitidiero e Fredie Didier Jr a apresentação, o aguilhão

355 SOUSA, Diego Crevelin de. **O caráter mítico da cooperação processual**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em: 28 abr. 2022. Nesse modelo, se destaca a permanência da divisão indivíduo, sociedade e Estado, mas é marcado pela submissão do Estado ao Direito e à participação social na sua gestão. Tal participação resgata a importância das partes ao vincular o juiz ao debate processual, oferecendo um ponto de equilíbrio entre o papel das partes e do juiz no processo. O juiz conduz o processo de modo dialogal, assegurando tratamento isonômico às partes para permitir que participem e influenciem no conteúdo dos provimentos.

356 SOUSA, Diego Crevelin de. **O caráter mítico da cooperação processual**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

357 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 140.

358 DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Vista, ampliada e atualizada. Volume 1. Salvador: JusPodium, 2017, p. 139.

colaborativo no processo. A cooperação que terá sido classificada como uma mescla entre os modelos inquisitivo e adversarial³⁵⁹.

Grassi de Gouveia e Miguel Teixeira de Souza, foram os responsáveis em proporcionar os deveres essenciais no processo que são os de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, mais a frente seria vislumbrado pelos juristas o dever inquisitivo. Que remontam a clássica faceta instrumental amplamente analisada nesse trabalho³⁶⁰.

De igual forma, segundo Pereira, Daniel Mitidiero não se distanciou do inquisitivismo na medida em que propõe a ideia de cooperação entre Estado e sociedade civil, dando relevo ao dever de diálogo. Além disso, cuida da boa-fé entre os sujeitos do processo e a verdade como possibilidade de efetividade na justiça, encarregando o juiz dessa função e ainda propondo um sistema de valoração de prova³⁶¹.

Já Didier Jr. sustenta que o papel do magistrado não é autoritário, em que funda sua proposta de processo cooperativo, creditando o Direito português em sua implantação. Indica que o cooperativismo no processo diz respeito a um novo modelo de direito processual civil. Didier ainda extrai a cooperação da boa-fé objetiva e diverge com Juan Montero Aroca no tocante a crítica à limitação de liberdade, atribuindo eficácia normativa à cooperação³⁶².

Frise-se como um capítulo do cooperativismo e a existência de deveres de cooperação do juiz para com as partes. Daí a censura garantista, em razão de não haver caráter normativo, tampouco amparo constitucional ao se guerrear tais ideias. Assim, o rompimento de quaisquer dos deveres anexos a cooperação violaria ao que chama “direito ao processo justo”, que será mais aprofundado nos demais tópicos³⁶³.

Ainda os garantistas conduzem a indagação acerca da inautenticidade da ideia cooperativista do processo, dada a natureza do debate no processo em que as vontades das

359 PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 148.

360 SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2a ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65. Também, GRASSI, Lúcio. **Cognição processual civil**: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

361 PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 149.

362 DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Vista, ampliada e atualizada. Volume 1. Salvador: JusPodium, 2017, p. 141 e AROCA, Juan Montero. **Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Valência: Tirant lo blanch, 2001, p. 106-108; MENDONÇA, Luís Correia de. "O vírus autoritário". Julgar. Lisboa: Associação sindical dos juizes portugueses, 2007, n. 1, p. 86.

363 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 142-143.

partes são, quase sempre, contrapostas³⁶⁴⁻³⁶⁵. A crítica também está afeta a primazia da cooperação, em que se busca a cooperação antes mesmo da própria pretensão no processo, tomando o juiz como tendência nas decisões a beneficiar o colaborante, é o que se chama de “bom litigante”³⁶⁶.

Parte, contraparte e advogados antagonistas unidos a serviço do bem comum, que é a justiça suprema. Seria isso? Resolveu o legislador apostar em Jean-Jacques Rousseau (para alguns, o pai do totalitarismo moderno, chamado de “filósofo da vaidade” por Edmund Burke), em seu “homem bom”? Ao que parece, teremos agora o “bom litigante”, aquele que não está preocupado em vencer a lide, mas, sim, cooperar para a obtenção de uma solução justa e superior³⁶⁷.

Consoante Lúcio Delfino defende, o art. 6º do CPC que cuida da cooperação para obtenção de uma decisão justa em um tempo razoável, destoa do que preconiza o art. 5º, incisos XXXV e LV da CF, que diz respeito à tutela jurisdicional e o princípio do contraditório³⁶⁸, segundo o qual sustenta que o referido comando legal está eivado de “leituras inconstitucionais, algumas delas já defendidas, com ares sobranceiros, no ambiente acadêmico e profissional, as quais irrompem em fórmulas que só fazem substituir a lógica do sistema jurídico positivado, por razões argumentativas desassistidas do controle de constitucionalidade”.

364 DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. **R. bras. Dir. Proc. – RBDPro** | Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016. p. 151.

365 “o significado léxico da cooperação, ato ou efeito de cooperar não guarda compatibilidade lógica com a estrutura dialética do processo. Efetivamente, o conteúdo semântico da expressão ‘cooperar’ indica o sentido de trabalhar em comum, colaborar, auxiliar, ajudar. Porém, a rigor, o trabalho ou a atividade em comum dos sujeitos do processo limita-se tão somente à obtenção de um pronunciamento decisório no processo”. Segundo o mestre mineiro, a partir do cenário dialético do processo, apresenta-se difícil a possibilidade de os sujeitos processuais (juiz e partes) trabalharem “em comum, plenamente acordados, colaborando gentilmente uns com os outros ou se auxiliando fraternal e mutuamente, em todos os atos e etapas procedimentais, rumo à decisão final de mérito”. (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, n. 91, 2015. No prelo)

366 STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; LOPES, Ziel. O “bom litigante”: riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, n. 90, 2015. p. 340-354.

367 DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. **R. bras. Dir. Proc. – RBDPro** | Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016. p. 151.

368 “Ao fim e ao cabo, demonstra-se que a cooperação processual prevista no Novo CPC não tem por alicerce o princípio do contraditório. Ainda que seja possível extrair do contraditório alguma feição cooperativa – e efetivamente o é –, não se trata de fenômeno que se alinha ao aludido art. 6º, mas de algo mais restrito, a envolver unicamente a cooperação “do juiz para com as partes”. Ao que tudo indica, a feição cooperativa desejada e positivada no CPC/2015 encontra respaldo, sobretudo, na boa-fé”. DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. **R. bras. Dir. Proc. – RBDPro** | Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016. p. 150.

Além disso, considerando que o contraditório é uma garantia que demarca as atividades dos sujeitos processuais, não permitindo a usurpação de suas respectivas funções, não seria o caso de o juiz entregar-se a disputa afeta às partes no processo³⁶⁹, nesse esboço:

Então, no modelo cooperativo o juiz se torna um dos participantes do processo, igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento. Diz-se mesmo que o modelo se caracteriza pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual como algo indispensável ao aprimoramento da decisão judicial. Em suma, o juiz está obrigado ao debate, ao diálogo processual³⁷⁰.

Assim, a justificativa de que a cooperação é uma garantia fundamental não guardaria guarida, mesmo porque, conforme o autor, somente acaçapa a opulência do poder do juiz. Também não há o que se falar de um devido processo cooperativo, em razão da Constituição não enveredar nesse sentido, bem como a norma infraconstitucional não possuir competência para tanto.

Para os garantistas³⁷¹ a forma que com que é assimilado o modelo cooperativo da cláusula do devido processo legal ainda é nebulosa, sobretudo, quando se desconsidera “a garantia da imparcialidade (em sentido objetivo e subjetivo) parece ter menos importância que outros direitos fundamentais”³⁷².

Raatz sustenta que os cooperativistas representam uma investitura “arrojada” de se devotar a garantia do contraditório, mas sem observar a substância constitucional, motivo das críticas lançadas ao garantismo processual, uma vez que, “a falta de olhar constitucional é o que tem justificado críticas rasteiras ao garantismo processual, ao ponto de ser tratado como uma espécie de “neoprivatismo processual” ou de uma doutrina que somente se sustenta numa perspectiva estritamente liberal³⁷³.

A apresentação da classificação modal do processo em paritário (adversarial), hierárquico (inquisitorial) e cooperativo, tem o condão de introduzir as facetas do formalismo processual com a divisão de papel das partes e do juiz no processo. O autor garantista Diego Crevelin, a partir da obra do autor cooperativista Daniel Mitidiero, tece críticas “cabe

369 SOUSA, Diego Crevelin de. **Imparcialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Casa do direito, 2021. p. 127.

370 SOUSA, DIEGO CREVELIN DE. **O caráter mítico da cooperação processual**. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em: 28 abr./2022.

371 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Garantismo, liberalismo e neoprivatismo**. Empório do direito. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/garantismo-liberalismo-e-neoprivatismo>>. Acesso em 12 jun. 2018.

372 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 14.

373 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 15.

perscrutar se a cooperação processual efetivamente (i) conduz a um modelo de processo calcado numa equilibrada distribuição funcional entre juiz e partes e (ii) promove um redimensionamento do contraditório e da fundamentação das decisões”³⁷⁴.

Acerca do formalismo-valorativo, é preciso pontuar, a partir de seu expoente, o brasileiro Carlos A. Alvaro de Oliveira, a quem se tributa a ideia de “delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais”, despontando à mirada cooperativista do processo, o que faz mediante bases axiológicas, como premissa antecedente a fundação deontológica, daí se depreende o que se chama de formalismo-valorativo³⁷⁵.

Sobretudo no tocante a divisão de tarefas processuais, o formalismo-valorativo não pode ser compreendido como um novo paradigma, como defendem seus correligionários. Os garantistas³⁷⁶ fazem coro ao indicar que, embora haja o *pseudo* conflito, ventilado pelos adeptos das correntes, entre as concepções instrumentalistas e formalistas-valorativa, é perceptível a afinidade entre tais concepções, maiormente, no tocante a busca da verdade e efetividade da justiça, a partir da iniciativa probatória e persuasão racional, firmado em Alvaro de Oliveira que não recusa as bases no ativismo judicial e simpatia pela eficiência processual³⁷⁷.

Nesse ínterim, atribui-se também essa roupagem formalista valorativa a nova fase neoprocessualista, que comunga da teoria neoconstitucionalista, de modo a compatibilizar o direito processual a centralização das ideias constitucionais, à supremacia da constitucional no

374 “Nesse sentido, o “princípio da cooperação” atua diretamente, imputando deveres ao juiz, entre eles os deveres de esclarecimento (=o tribunal deve se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas sobre suas alegações), lealdade (=proibição de litigar de má-fé e dever de respeitar a boa-fé objetiva), diálogo (=o órgão judicial deve dialogar e consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa), consulta (=o órgão jurisdicional não pode decidir nenhuma questão, de fato ou de direito, mesmo que cognoscível de ofício, que não tenha sido previamente submetida à manifestação das partes), prevenção (=o juiz deve prevenir que o direito da parte não seja frustrado pelo uso inadequado do processo) e auxílio (=o juiz deve afastar eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou cumprimento de ônus ou deveres processuais) – registro ter aqui inserido deveres indicados por Fredie Didier Jr não estão presentes no exato trecho da obra de Mitidiero ora resumido”. SOUSA, Diego Crevelin De. **O caráter mítico da cooperação processual**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em: 28 abri. 2022.

375 PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 162.

376 PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: Fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 165; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas**: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 60 e RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 14.

377 “Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles subministradas por cada um deles (sujeitos processuais): juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atua”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, cit. p. 27.)

ordenamento jurídico³⁷⁸. As adversidades são verificadas e a confiança das soluções jurídicas monopolizada só em um poder, o judiciário.

Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais³⁷⁹.

Benassi denuncia que, a partir da visão neoconstitucionalista, o judiciário considerado como uma espécie de “legislador positivo”, agregando a função de efetivação pelo Estado-Juiz do previsto na Constituição, conforme os anseios da coletividade e seguindo as demandas de uma sociedade “plural e complexa”, que promova obtenção dos direitos sociais, de modo que “para que o cidadão seja verdadeiramente livre, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais não podem ser efetivados”³⁸⁰.

Nas fases do formalismo, desde sua percepção liberal, moderno e axiológico, já seguia a tendência de majoração da discricionariedade do Estado-Juiz. Para Alvaro de Oliveira, o juiz deve ser “forte e ativo” e os sujeitos no processo cooperarem na busca pela verdade e justiça³⁸¹. Apesar do excerto, sustentam Alvaro de Oliveira e Mitidiero, a superação do modelo instrumentalista porquanto aponta o emprego declaratório à jurisdição; processo e Constituição perpassa o desenho das garantias, vislumbrando “nova teoria das normas e dos direitos fundamentais”, centralizar a jurisdição no processo descuidaria da participação democrática contemporânea³⁸².

Destaque-se que, extrapolando o plano teórico aqui percorrido, não raro é possível verificar na jurisprudência pátria um compilado de referencial teórico de autores do

378 CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas**: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 60.

379 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>>. Acesso em: 12 mai. 2022.

380 CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas**: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 60.

381 “A ideia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, 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 órgão judicial e as partes”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista de Processo, São Paulo, n. 137, p. 7-31, jul, 2006, p. 17-18).

382 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15.

formalismo valorativo, nas fundamentações de suas decisões, em prol de uma flexibilização procedimental na defesa de “interesses sociais”. Não fosse apenas justificada na doutrina a aceção inquisitorial, há também manifestação apartidária do que se prefere rotular de privatistas. Nesse sentido:

É bem de ver que as posições doutrinárias dissonantes traduzem duas tendências claras: a primeira, mais formalista, confere maior relevo à estrita técnica processual e está alicerçada na análise científica acerca da natureza jurídica da denunciação da lide; a segunda, mais permissiva, busca maior praticidade às vias de satisfação da obrigação reconhecida na sentença, em mira valores de outro jaez, como a efetividade da tutela judicial, economia processual e duração razoável do processo. Assim exposta a questão, rogando as vênias devidas, tenho que a flexibilização do sistema, de modo a permitir a condenação direta e solidária da seguradora litisdenunciada, é a técnica que melhor se afeiçoa com os atuais contornos dos direitos processual e material civil brasileiros. É de se ter em vista que o processo não é instrumento exclusivo de satisfação de interesses privados, mas certamente possui escopo social e público. Remonta à década de 60, por exemplo, a lúcida percepção de Galeno Lacerda acerca da imorredoura antítese verificada no processo, entre a justiça individual e a paz social gerada pelo término dos litígios. “Processo é meio”, dizia Galeno, “meio de solução justa de um conflito individual de interesses e meio também, efi caz e pronto, de harmonia social”. No distante ano de 1961, apregoava o renomado professor dos pampas que o ponto de equilíbrio entre esses dois vieses do processo (individual/privado e social/público) se hospedaria na capacidade de o sistema não hipertrofiar, nem a finalidade individual, nem a social do processo, mas que, no Brasil, o traço marcante da cultura individualista do processo encontrava-se presente (LACERDA, Galeno. Processo e cultura. Revista de direito processual civil, volume 3 (janeiro a junho de 1961), ano II. São Paulo: Saraiva S.A. livradores editores, 1961, pp. 74-86). Nesse sentido, confira-se a lição de Galeno Lacerda acerca dessa disfunção do processo civil brasileiro, que, por vezes, privilegia exacerbadamente sua feição individual, em detrimento do escopo social e público³⁸³.

Em suma, porquanto abreviada análise de institutos atuais no debate doutrinário, é possível depreender que a discussão persegue todo o desenvolvimento do trabalho, momento pelo qual se recupera qualquer fio condutor esmaecido da matéria. Por último, ficou latente que a proposta cooperativista de modelo do processo, que se funda a repartição funcional equilibrada e o redimensionamento do contraditório (harmonizável com o formalismo-valorativo), não apraz aos garantistas, graças aos fundamentos aqui visitados e que serão ainda delimitados.

383 Pode-se ver bem mais a partir do REsp 397.229/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 02/05/2002, DJ 12/08/2002, p. 220, cuja ementa: STJ. 2ª Seção. Recurso especial representativo de controvérsia. Consumidor. Recurso especial representativa da controvérsia. Denunciação da lide. Seguro. Seguradora litisdenunciada em ação de reparação de danos movida em face do segurado. Responsabilidade solidária. Solidariedade. Condenação direta e solidária. Possibilidade. Considerações do Min. Luis Felipe Salomão sobre o tema. Precedentes do STJ. CPC, arts. 70, 75, I e 543-C. CCB/2002, art. 757. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21599796/recurso-especial-resp-925130-sp-2007-0030484-4-stj/inteiro-teor-21599797>>. Acesso em 11 mai. 2022.

4.4. Reflexão Preliminar entre Ciência e Técnica Jurídica para o Embasamento Teórico à Crítica Garantista

O diálogo entre técnica e ciência jurídica, ao longo da história demonstrou contrassensos na doutrina brasileira³⁸⁴. Nessa senda que Habermas³⁸⁵ assegura apresentarem a técnica e a ciência um caráter ideológico. Na dogmática analítica ou ciência do Direito todo comportamento humano é compreendido em uma norma, “ao seu cumprimento ou descumprimento, sendo juridicamente irrelevante eventual conduta fora desse enquadramento. Isso reflete a concepção da norma tida como regra”.³⁸⁶

Kelsen distingue as normas jurídicas das proposições jurídicas, inferindo que ambas se corporificam por meio de enunciados linguísticos, contudo a primeira advém de órgãos com competência jurídica e as proposições jurídicas são providos pelos cientistas do Direito³⁸⁷. Nesse sentido, “não podem as proposições jurídicas modificar, suplantar ou relativizar o conteúdo normativo das normas jurídicas válidas”³⁸⁸.

O tecnicismo é alvo de críticas garantistas, pois o instituto é manejado com a mesma pretensão filosófica, não importa dizer que a técnica é boa nem má, é um acessório, simples instrumento, ou utensílio, “subordinado sempre a valores transcendem, de modo que não apresentaria, ao longo de sua ou de sua história, senão variações ou mudanças quantitativas”³⁸⁹. Para Aroldo Plínio Gonçalves, “a noção geral da técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para

384 “Conseqüentemente, somos levados a ponderar que a técnica e a ciência buscam uma ética utilitarista, preconizando ações que tragam maior prazer ou menor sofrimento para a coletividade (maioria). O utilitarismo defende a ação moralmente correta como aquela que visa um bem maior para todos, inclusive para o agente. Sua vertente principal foi o ‘utilitarismo hedonista de ação proposto por Jeremy Bentham, bem e mal são interpretados em termos não-morais respectivamente como prazer e sofrimento, o que redundando em uma naturalização da moral’”. (ORMELES, Vinicius Fernandes. **Ciência e metodologia jurídica**: dos princípios científicos à teoria da norma jurídica. revista espaço acadêmico. n.136. set, 2012. p.71-78).

385 “A nova ideologia distingue-se das antigas pelo facto de separar os critérios de justificação da organização da convivência, portanto, das regulações normativas da interacção em geral e, nesse sentido, os despolitizar e, em vez disso, os vincular às funções de um suposto sistema de acção racional dirigida a fins. Na consciência tecnocrática, não se reflete a anulação de uma conexão ética, mas a repressão da “eticidade” como categoria das relações vitais em geral. [...] a despolitização das massas da população, que é legitimada pela consciência tecnocrática, é ao mesmo tempo uma autoprojecção dos homens em categorias, tanto de acção instrumental como de comportamento adaptativo [...]” (HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1994, p. 81-82).

386 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 57.

387 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 80-81.

388 ORMELES, Vinicius Fernandes. **Ciência e metodologia jurídica**: dos princípios científicos à teoria da norma jurídica. **Revista espaço acadêmico**. n.136. set, 2012. p.71-78.

389 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 134.

a realização de finalidades”³⁹⁰. Já Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, infere que “a técnica jurídica visa ao conjunto dos meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito”³⁹¹.

A advertência mais incisiva realizada pelo garantista Eduardo Costa, é que a abordagem tecnicista é característica da processualística ativista que diz respeito a uma espécie pragmática da técnica. A partir de uma técnica que desampara a Constituição como norte, a pretexto de uma suposta eficiência são provocadas transformações jurídicas. Segundo o autor, a técnica processual *de per se*, não representa nocividade; mas indica que é preciso volver a técnica processual ao que chama “moldura garantístico-constitucional”. “Em outros termos, é preciso uma montagem técnico-processual criativa a serviço da garantia (o que é tarefa ainda irrealizada no Brasil, bastante empolgado com a engenharia processual a serviço do autor e, por conseguinte, da correlata efetividade jurisdicional) ”.³⁹²

Como visto, é possível a utilização da técnica processual para fundamentar, grosso modo, uma proposta. Assim, com o argumento em favor da dispositividade do processo, é sustentada a técnica processual para, em rigor, tributar ao juiz, invariavelmente, poderes correlatos ao modelo inquisitorial³⁹³.

Não é porque a lei simplesmente confere poderes para o juiz agir de ofício que tais poderes estejam sempre em conformidade com a Constituição. Sempre que a atuação de ofício do juiz representa uma ruptura com o devido processo legal, caracterizando-se por uma espécie de captura da garantia, ou seja, do processo pela jurisdição, inconstitucionalidade haverá³⁹⁴.

390 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

391 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática de tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

392 “para uma crítica da “técnica processual como ocultamento de opções ideológicas: AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. *Proceso civil e ideologia*. 2.ed. coord. Montero Aroca. Valência: Tirant lo Blanc, 2011, p. 158-162” recomendado por COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 18.

393 “Como se vê, é simplista a tentativa de solucionar o problema da limitação dos poderes do juiz no processo simplesmente outorgando a este amplo espaço de liberdade e disposição no tocante ao terreno da “técnica processual”, até porque isso redundaria em limitar o espaço de autonomia das partes - em favor de quem efetivamente deve ser pensado o processo – tão-somente à possibilidade de reivindicar tutela jurisdicional do Estado e limitar o objeto litigioso. Na verdade, se o processo serve as partes e é garantia contrajurisdicional, ele não pode ser um mero instrumento técnico a serviço do poder jurisdicional. Porém, a despeito de uma possível subversão constitucional decorrente da captura do processo pelo poder jurisdicional, nossa doutrina insiste modelo na trilha das lições de Carnacini e Cappelletti - em colocar no mesmo plano toda e qualquer temática capaz de ser absorvida pelo slogan da técnica processual”. RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 14.

394 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 14.

É a partir dessa formulação tecnicista no debate da aplicação procedimental, filiando-se ao instrumentalismo, que se devota o poder de conformação procedimental a figura do Estado-Juiz adaptando-o aos anseios sociais e cuja proposição confere à figura do magistrado a incumbência de corrigir máculas processuais que estejam supostamente obstando a consecução de um processo justo, outorgando, inclusive, a persecução probatória de ofício, como se buscará identificar a seguir.

Segundo a teoria desenvolvida por Eduardo Costa na identificação das nuances garantistas, quando se diz que o processo é um instrumento do juiz, reduz a dignidade do processo a uma natureza meramente utensiliar, torna-o, portanto, um instrumento de poder e o processo se dilui como um objeto da ciência jurisdicional que dentro do instrumentalismo processual captura a ciência do processo. Tem-se falsos processualistas que são autênticos jurisdicionalista, pois ao transformem o processo em instrumento, eles criam uma técnica de otimização do poder jurisdicional³⁹⁵.

Assim, arremata Eduardo Costa³⁹⁶:

Tudo isso mostra um traço comum entre o (i) instrumentalismo processual, o (ii) procedimentalismo, o (iii) ativismo judicial e (iv) o precedentalismo: a usurpação. Uma usurpação que prejudica o equilíbrio democrático. Em (i), a ciência processual é usurpada pela ciência jurisdicional. Em (ii), a ciência processual é usurpada pela ciência procedimental. Em (iii), as ciências legislativa e administrativa são usurpadas pela ciência jurisdicional. Em (iv), a ciências das leis é usurpada pela ciência dos precedentes. Como se vê, nada há aí de interdisciplinaridade, mas de usurpação. Interdisciplinaridade deve haver entre a ciência constitucional e a ciência procedimental, que, integradas, formam o binômio mágico garantista. Não é o que se tem visto entre os «processualistas», porém. A crise hodierna da representatividade política gera essa tentação messiânica usurpadora e, com ela, a pandemia do par viral autoritário jurisdicionalismo-procedimentalismo. Os juízes não esperavam receber da opinião pública – que em sentido lato é integrada também pelo legislador e pelos doutrinadores – um «cheque em branco»; no entanto, tendo-o agora em mãos, começam a alegrar-se dos valores que podem preencher. O problema é que a democracia é uma conta corrente com limitada provisão de fundos...

Como visto, houve mudanças de paradigmas que desaguaram na proposta moderna de processo com seus pressupostos epistemológicos da simplicidade, estabilidade e objetividade que observam o processo como mera técnica, deduzindo a dogmática processual. É possível depreender que o autor se filia a conjugação de Edgar Morin que faz frente ao paradigma da

395 COSTA, Eduardo José Da Fonseca. ABDPRO #8 - **Ciência Processual, Ciência Procedimental E Ciência Jurisdicional**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

396 COSTA, Eduardo José Da Fonseca. ABDPRO #8 - **Ciência Processual, Ciência Procedimental E Ciência Jurisdicional**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

modernidade através do paradigma da complexidade³⁹⁷. A pretexto de uma técnica processual esvaída de conteúdo, é fundamentada inclusive a mitigação do princípio dispositivo, que será trabalhado no próximo tópico.

A Mitigação da Dispositividade Processual e a Ameaça à Liberdade, Imparcialidade e Segurança Jurídica

A Modicidade Principiológica Acerca da Dispositividade do Processo

Falar em mitigação do princípio dispositivo, não é alvo à produção acadêmica. É um fenômeno que é uma realidade e não há corrente que almeje contornar seus efeitos jurídicos. Geralmente o assunto é tratado secundariamente como a raiz do problema da discricionariedade de juízes, este último que tem sido tratado com mais acuidade pelos garantistas. Apesar do Código de Processo Civil (art. 489, § 1º) trazer a fundamentação das decisões judiciais, a discricionariedade desponta na interpretação normativa.

Com a exigência da fundamentação, questiona-se o sentido empregado para discricionariedade, dessarte, a resposta será que “a existência da discricionariedade e suas implicações de abertura do sistema jurídico a padrões normativos extrajurídicos só podem ser sustentadas a partir de uma concepção de fundo do Direito, que é exatamente a doutrina do Positivismo Jurídico Radical”.³⁹⁸ E ainda em complemento pode-se depreender que “a discricionariedade existe porque o Direito se manifesta exclusivamente por meio de fatos sociais. Por isso, em uma sociedade plural com uma Constituição que se pretende aberta e dinâmica como a brasileira, o PJR é a teoria que melhor explica a aplicação do Direito”.³⁹⁹⁻⁴⁰⁰

397PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 364p.

398ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. **Discricionariedade judicial e teoria do direito**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

399ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. **Discricionariedade judicial e teoria do direito**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

400 Sobre o assunto, Rosa, ao escrever acerca do pensamento de Hart: “O ceticismo das regras, na discussão da discricionariedade judicial, é posturadiametricamente oposta ao formalismo, pois é abordagem que entende que regras não são mais que mitos³. Um cético não suporta a compreensão das regras e dos precedentes como padrões normativos que limitam a discricionariedade judicial uma vez que sustenta que o direito se restringe às decisões judiciais dos tribunais ou à sua predição. Assim, para Hart, ainda que regras e precedentes não sejam totalmente claros, há limitação da discricionariedade judicial. Ainda há discricionariedade, mas ela é intersticial. Nesses termos, é possível apontar erros na atividade judicial uma vez que há cerne de certeza, que funciona como padrão de correção das decisões. Chamarei esta afirmação de *tese da falibilidade* das decisões judiciais”. ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **A Discricionariedade Judicial em Herbert L. Hart e em Hans Kelsen. Humanidades em diálogo**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 111-120, 2007. DOI: 10.11606/issn.1982-

Nesse tópico será abordada a preocupação garantista com a função principiológica com a dispositividade do processo, que, como visto, auxilia ao modelo de processo adversarial. De forma objetiva, foram vislumbradas as razões pelas quais se deve depreender o princípio dispositivo como uma forma de defesa da liberdade das partes e proteção contra o arbítrio, buscando desconstruir a performance instrumentalista no processo.

A indiferença garantista à apropriação da terminologia principiológica aos institutos modais de processo, “princípio dispositivo”, princípio inquisitivo, acaba por transmitir um grau normativo de cunho constitucional na mesma esteira das garantias constitucionais como: contraditório, fundamentação, igualdade etc.⁴⁰¹ Vale frisar que o léxico empregado como princípio, é o mesmo de princípio geral do direito, o sentido clássico e tradicional, isento de atributos neoconstitucionalistas reverberados na atualidade⁴⁰².

Nesse sentido, Raatz adverte que, “do ponto de vista do Direito, o termo ‘princípio jurídico’ é polissêmico” e elenca situações relacionadas ao uso de princípios pela doutrina brasileira, em que: ⁴⁰³

(i) ele é empregado para designar, de **modo explicativo**, um conjunto de **normas jurídicas** que compõem um determinado ramo da dogmática jurídica. Nessa perspectiva, ele visa a auxiliar o conhecimento de certa matéria, **sem, contudo, ser ele próprio uma norma jurídica**. Em outros casos, (ii) a palavra princípio é utilizada em consonância com certas correntes teóricas que, diante da insuficiência de um sistema normativo fundado unicamente em regras, passaram a valer-se de “princípios gerais do direito” para resolver casos que, em tese, não estariam abarcado pelas regras. Aqui, o termo “princípio” é empregado como uma espécie de norma jurídica ad hoc, utilizada para suprir uma lacuna e resolver um determinado problema de índole jurídica. Há, ainda, (iii) quem prefira tratar os princípios como normas jurídica integrantes do sistema jurídico ao lado das regras e, eventualmente, de outros padrões normativos. Nessa última perspectiva, existem diversas controvérsias acerca do que caracterizaria um princípio jurídico, do distinguiria os princípios das regras e de como seriam aplicados.

É patente que as muitas discussões acerca dos componentes que teriam o condão de distinguir os princípios jurídicos. Na doutrina há quem defenda que apenas normas da esfera

7547.hd.2007.106100. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/106100>. Acesso em: 28 set. 2022.

401 Os princípios, ao lado das regras, são espécies do gênero normas jurídicas. Diferem das regras no que tange à sua maior abstração, em razão da carga valorativa neles inserida. Humberto Ávila define os princípios como sendo: “[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 158.

402 Acerca das generalidades das proposições prescritas, “as proposições em que o sujeito representa uma classe composta por vários membros”. BOBBIO, Norberto. **Teoria Da Norma Jurídica**. Vol. I. 5ª Ed. São Paulo: Edipro, 2012, p. 178.

403 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 146.

constitucional deveriam ser conhecidas por princípios, do outro lado, tem quem sustente que normas que resultem em um conteúdo moral, seriam classificadas como princípios; e finalmente os que entendem que a diferença entre princípio e regra estaria na “estrutura do texto normativo do qual ele pode ser sacado”⁴⁰⁴.

É possível identificar o uso indiscriminado dos princípios, culminando na ausência da distinção dos direitos fundamentais. Neste caso, com a perda da noção característica do jurídico dos direitos fundamentais, ocorre o perdimento do sentido dos direitos. Assim, o desenvolvimento dos direitos fundamentais seria considerado uma ferramenta para indeterminar, tendo em mente o ordenamento numa visão apenas principiológico. O princípio não é a solução e as regras são essenciais ao direito⁴⁰⁵. Acrescente-se que os princípios são deontológicos e que apregoam ordens, permissões e proibições, mas se opõe sobre seus elementos diferenciadores⁴⁰⁶.

Segundo Neves, as teorias que são emanadas sobre princípios e regras, são teorias da generalidade, sendo os princípios imprecisos. Para o autor, a visão dos princípios é de uma espécie de “solução” jurídica aberta, ou seja, os princípios permitem uma ponderação, pode-se considerar um plano reflexivo, segundo o qual erigidos de normas, instauram um encadeamento argumentativo, conduzindo fundamentos nas argumentações⁴⁰⁷.

Já as regras são, antes de tudo, conduzidas através de argumentos, direciona ao espaço de argumentação peremptória. “Os argumentos por regras são muito mais formais e orientados na consistência jurídica. Já os argumentos de princípios são argumentos primariamente substantivos, e orientados principalmente na adequação social do Direito”.⁴⁰⁸

404 RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 146.

405 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 270 p.

406 “Muitas vezes, de modo consciente ou inconsciente, baralha diversas concepções acerca do termo princípio para fazer com que normas infraconstitucionais possam ser sopesadas diante de normas constitucionais. Burla, assim, a Constituição, transformando o devido processo legal em indevido processo infraconstitucional e inconstitucional. Um bom exemplo disso é o modo como a norma do artigo 6.º do Código de Processo Civil brasileiro, ao receber o status de princípio jurídico, alquimicamente foi elevada ao status de norma constitucional, passando a colidir com outras normas status constitucional - para, então, derrotá-las num juízo de ponderação. ” RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 146.

407 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 270 p.

408 NEVES, Marcelo. **Entrevista Marcelo Neves: Entre hidras e Hercules**. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

O autor garantista Eduardo Costa dedicou uma coletânea de artigos para conclamar que os princípios não são normas jurídicas⁴⁰⁹. Segundo o autor, o princípio é uma forma de tergiversação em que se serve discricionariamente o juiz, nesse sentido, muito perigoso sua utilização, uma vez que, admite qualquer significado.

Na realidade, o juiz aplica a regra artesanal que ele próprio criou para concretizar o princípio. De ordinário, essa regra está subentendida na fundamentação da decisão judicial. Trata-se de uma criptoregra jurídica. Portanto, na «aplicação per saltum» de um princípio, a intermediação entre a principiologia e a casuística não é feita por uma regra legal expressa [interpositio legislatoris], mas por uma regra judicial implícita [interpositio iudicis]. Todavia, não existe um método único, unívoco e certo de concretização ou densificação de princípios. Diante de um determinado caso prático, um princípio pode concretizar-se em múltiplas regras, todas elas igualmente optavam entre si. Isso significa que o juiz simplesmente escolhe uma delas dentro de um senso pessoal incontrolável. Isso significa, em síntese, que a criação judicial da criptoregra é marcada por discricionariedade. A «aplicação per saltum» de princípios é uma atividade essencialmente discricionária. Dessa forma, o juiz se torna um autêntico microlegislador, posto que indômito e desparametrizado. A consequência imediata dessa atividade judicial paralegislativa é a implosão dramática da segurança jurídica. Afinal de contas, no momento da resolução de casos similares por um mesmo princípio, cada juiz concretizará esse princípio ao seu modo.

Conquanto as ressalvas dedicadas ao estudo dos princípios, é possível depreender que o direito não se restringe ao ordenamento jurídico (conjunto de regras), mas é formado também pelo conjunto de princípios (principiologia), assim, a soma do ordenamento jurídico com a principiologia, tem-se o direito. Contudo a opção do magistrado em tão somente aplicar o método principiológico na motivação de suas atividades, demonstra mais uma vez a discricionariedade descomedida e refletir em prejuízos as garantias constitucionais, sobretudo, a garantia do devido processo legal.

A Dispositividade Mitigada e Oficiosidade Jurisdicional: Do Impulso Oficial à Instrução Probatória

Justificando a linha da mitigação do princípio dispositivo como um problema, além do que fora visto no tópico anterior, acerca do sentido principiológico atribuído a dispositividade do processo, ainda se soma o fato de sua mitigação. Seria compreender, ao nosso ver, a duplicação do poder do magistrado. Isto porque, o magistrado tem à sua disposição o espaço

409 Até o fechamento deste trabalho existiam quatorze artigos acerca do assunto. Vide: <<https://www.eduardojfcosta.com.br/artigos/>; <https://www.contraditor.com/author/eduardo-costa/>>.

argumentativo nos princípios e o fortalecimento da mitigação do princípio dispositivo por força da publicização do processo⁴¹⁰.

O juiz depende (ou pelo menos deveria depender) da iniciativa das partes, na instrução da causa, quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão. Contudo, é bem verdade que a mitigação do princípio dispositivo se destaca na admissão ao juiz da realização de diversas atividades instrutórias e de ofício.

Utilizando-nos do esboço do que poderia se obter da teoria da disponibilidade processual, tem-se que:

Não obstante, a amplitude da liberdade processual faz com que os princípios do processo civil sejam repensados e redimensionados, como é o caso do princípio dispositivo. Com efeito, o processo civil brasileiro é regido pelo princípio dispositivo, consagrado em diversos dispositivos legais, como nos arts. 2º e 141, ambos do CPC/15. Por eles, impõe-se ao Judiciário somente agir quando provocado pelas partes, e nos limites da provocação. A abrangência do princípio dispositivo é controvertida na doutrina, que relaciona o princípio dispositivo a critérios distintos, como: a) à iniciativa de instauração do processo (que, na verdade, corresponde ao princípio da demanda, ne procedat iudex ex officio); b) à disponibilidade da relação jurídica material; c) à fixação do objeto litigioso, e à tarefa de coletar provas (judex secundum allegata et probata judicare debet); d) ao titular da marcha processual (princípio da disponibilidade processual); e) à possibilidade de autocomposição do litígio; f) e à demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, dentre outros. Na realidade, todas essas facetas compõem o princípio dispositivo. Importante ressaltar que, embora o termo "dispositivo", por sua origem, refira-se às relações jurídicas disponíveis, ou seja, aos direitos de que as partes podem dispor com liberalidade, em oposição aos direitos indisponíveis, dos quais as partes não podem dispor, esse atrelamento não se confirma, já que o princípio dispositivo também pode comportar as relações que envolvam direitos indisponíveis.⁴¹¹

Repise-se que na doutrina, não há unicidade entre as propostas garantistas acerca do processo. Nesse sentido, acerca da dispositividade processual e sua mitigação, o autor José

410 “A pergunta, agora, irá se deslocar para a função normativa do "princípio dispositivo" nas suas duas acepções que gradualmente foram incorporadas pela doutrina processual, muito por força do pensamento de Mauro Cappelletti, que veio a dividi-lo em princípio dispositivo em sentido material e em sentido processual, para, desse modo, legitimar, na esfera procedimental civil, a concessão de poderes ao juiz naquilo se que chamou de "técnica processual". Isso, conforme será demonstrado, fez com que, no ambiente procedimental civil, muito pouco se teorizasse acerca dos limites da atuação jurisdicional em questões centrais para caracterizar um modelo processual inquisitório, sendo um dos mais emblemáticos exemplos a defesa, pela processualística civil, de poderes instrutórios para o juiz”. RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p.21.

411 A autora trata na obra acerca dos limites da liberdade processual, apresenta um esboço da dispositividade do processo, mas apresenta um pensamento publicístico: “De outra banda, o princípio dispositivo era comumente estigmatizado por representar o sistema adversarial de processo em que o juiz fica subordinado aos atos processuais das partes, em oposição ao princípio inquisitivo, que atribui ao órgão judicial maiores poderes, o que também é equivocado. Na realidade, a opção legislativa que adotou o princípio dispositivo visou apenas e juiz-, e não indicar uma sobreposição de poderes. Em outros termos, o aumento dos poderes do juiz não induz à diminuição da atuação das partes ou a uma espécie a distribuir as tarefas dos sujeitos processuais envolvidos na contenda cível-partes de manifestação de subordinação, e nem vice-versa. Mas essas distorções se iniciaram devido aos diversos significados e funções que foram atribuídos ao princípio dispositivo desde o seu nascimento” CABRAL, Tricia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual. São Paulo: Foco, 2019.p. 34.

Roberto dos Santos Bedaque que escreve sobre uma teoria garantista, coloca que o processo deve se preocupar em resultados, assim:

Deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado 'princípio dispositivo'. Deve (o juiz) desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo.⁴¹²

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁴¹³, leciona que, em relação ao princípio dispositivo, deve-se considerar sua relação intimista e patriarcal com o processo, de modo que, ainda que surjam institutos que tentem desvirtuar sua concepção, seu valor é um legado para o processo civil.

Portanto, o êxito da publicização do processo derrocando na mitigação do princípio dispositivo, exerce grande influência no enfraquecimento das ideias garantistas, e a agigantamento da percepção de parcialidade jurisdicional, o que também intensifica a ideia de ativismo judicial.

De tal modo, mesmo que seja chancelado o ativismo judicial, a Constituição que se encontra no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, possui várias garantias. Uma delas é a do devido processo legal, que é um ambiente regado pelo contraditório, ampla defesa e recursos, cuja simetria da observância de seus preceitos é que corroborará no exercício acertado da jurisdição. Observando os incisos LIV e LV do art. 5º⁴¹⁴ da Constituição Federal, fundamento do direito processual, conclui-se que Processo é garantia, isto porque, como os incisos da Constituição Federal indicam, garantia do devido processo legal, de defesa e de liberdade do cidadão⁴¹⁵. Sobre o assunto, foi discorrido no primeiro capítulo, contudo, vale lembrar as proposições garantistas acerca do processo:

Em última instância, a desnaturação do processo de garantia de liberdade em instrumento de poder parte fundamentalmente da corrupção do "devido processo

412 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2013, p. 71.

413 “Mesmo o abandono das solenes formas arcaicas e a simplificação do processo, não afastam a influência da *litis contestatio*, pois continua sendo considerado como pura relação privada. A intervenção estatal, advirta-se reduz-se em substância à autorização do juízo, a *datio* ou *denegatio actionis*, com efeito apenas adesivo ou obstativo. Em contrapartida, a instauração, o desenvolvimento e a eficácia jurídica do processo encontram a sua verdadeira fonte na vontade e na atividade das partes”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123.

414 Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º: inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

415 RAMOS, Glauco Gumerato. **Garantismo Processual em debate**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/1-garantismo-processual-em-debate>>. Acesso em: 30 out. 2019.

legal”. Se “ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (texto), se esse dispositivo está inserto no rol de direitos individuais (contexto), então ao menos quatro conclusões são inevitáveis: i) o processo é devido (ou seja, é elo de comunicação obrigatório entre a jurisdição e os jurisdicionados); ii) o processo é legal (ou seja, é regulado exclusivamente em lei); iii) o processo limita a jurisdição (ou seja, institui ao jurisdicionado uma garantia de liberdade); iv) o processo não tem adjetivo (ou seja, é garantia de liberdade tanto no âmbito penal quanto no âmbito civil).⁴¹⁶

Desta forma, conclui-se que no processo há a liberdade processual, afora conceber a importância da liberdade constitucional, sucessivamente permaneceu atualizado no código processual, e corroborado pelo Código de Processo Civil de 2015. “Admite-se, portanto, a existência do princípio da liberdade processual, que se aplica a todos os sujeitos processuais, ainda que com abrangência e limitações distintas”.⁴¹⁷

E tratando-se das garantias no processo, os fundamentos das premissas oriundas do garantismo sempre contornam o que fora suscitado em países na Espanha, Argentina e Itália e tomou proporções até chegarem a repercutir no Brasil, além de outros países ao rechaçar as ideias autoritárias no processo produto da percepção instrumental no procedimento civil, além de evidenciar as garantias democráticas constitucionais no processo⁴¹⁸.

O constitucionalismo do processo ocorreu a partir da inclusão de regras processuais pela Constituição, consagrando o devido processo, bem como a análise dos dispositivos infraconstitucionais como materialização de preceitos constitucionais e arremata que o processo é “instituição de garantia contrajurisdicional”⁴¹⁹.

Dessa forma, não há o que se falar em um processo que viabiliza a legitimação da ampliação do poderio estatal, aparelhado com a percepção de tutela social, antagonizando o “privatismo”, apresentando autonomia “política” no processo. Com escopo se filia a roupagem processual de publicismo e se alberga na justificativa da prestação jurisdicional

416 Eduardo Costa ao introduzir a obra de PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 13.

417 “Registre-se que o próprio processo representa a garantia da liberdade, pois por meio dele os sujeitos processuais exercem seus atos e suas faculdades. A liberdade processual é, portanto, ao mesmo tempo um direito e uma garantia. Dito isso, resta verificar como esse princípio da liberdade processual é aplicado em nosso sistema processual, quantitativa e qualitativamente, o que, certamente, não coincide integralmente com os ordenamentos jurídicos que apostam na maior disponibilidade processual, devendo, pois, ser encontrada a forma adequada de aplicação dos atos de disposição, conforme as características próprias do nosso processo civil”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. São Paulo: Foco, 2019. p. 33.

418 No Estado democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela Jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo**. Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225.

419 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 146.

com maior celeridade, assentimento, contentamento e confiança da sociedade, conforme perseguido no modelo instrumental de processo⁴²⁰.

O juiz não interfere no objeto do processo. Aportando-o, de ofício, sem requerimento das partes, fatos, fundamentos, provas e pedidos. Porque ao fazê-lo pode beneficiar a parte que deveria o fazer e não o fez. Há uma quebra de imparcialidade. É possível que o juiz formule o pedido que não foi feito pela própria parte que deveria o formular. E ao fazê-lo de ofício desequilibra a disputa. É nesse sentido que se compreende a imparcialidade objetiva ou imparcialidade do objeto do processo⁴²¹.

O juiz como sujeito da atualidade, não é o co-constituente do objeto do processo, quem constituem o objeto do processo são as partes, dentro da atividade dialética que as cabem. Igualmente, o valor probante de cada prova não é atribuído pela subjetividade do juiz. Do ponto de vista objetivo, as provas têm valor em si mesmas. Não é o juiz que aquilata, confere valor de si as provas, o valor probatório não é uma projeção que o juiz faz sobre elas. Portanto quando falamos de imparcialidade e valorativo-probatória, estamos dizendo que as provas têm um valor em si. Independentemente de qualquer concepção subjetiva que o juiz faça sobre elas⁴²².

Para uma visão garantista a ideia de livre convencimento motivado, é indesejável, traz consigo um subjetivismo avantajado do sujeito da modernidade viciado em si próprio. É trabalho de uma dogmática constitucional no campo probatório, desenvolver critérios objetivos de avaliação da prova que sejam intersubjetivamente compartilhados muito antes das causas e esse esforço tem sido desenvolvidos pelos teóricos. Existem estudos que desenvolvem critérios objetivos de valoração da prova testemunhal ou critérios objetivos pré-conhecidos de valoração da prova pericial e assim por diante⁴²³.

Será abordado mais substancialmente após tratar-se de imparcialidade no processo, como forma de embasar as revelações teóricas aqui analisadas.

Imparcialidade e Imparcialidade no Processo e suas Implicações Teóricas

420 PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 147.

421 Sobre o assunto, ler acerca das garantias arqui-fundamentais contrajurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade em COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

422 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

423 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

A imparcialidade é associada à neutralidade do sujeito, é dizer, “o seu distanciamento ou alheação dos interesses em jogo, sem considerações sobre se tal sujeito efetivamente pratica um ato processual na condição de parte”⁴²⁴. Juiz não tem atitude de parte, pois não é. É o que se chama de imparcialidade. Juiz não invoca fundamentos no lugar das partes, não alega e não produz provas em lugar das partes e não fórmula pedido em benefício de qualquer das partes que não foram por elas mesmo formulados⁴²⁵. Imparcialidade é um conceito nuclear para o garantismo. Existem duas grandes garantias arquifundamentais, as quais todas as demais garantias se reduzem, que é a garantia da imparcialidade do juiz e a garantia da não criatividade do juiz⁴²⁶. Apesar do ordenamento jurídico possuir regras acerca da matéria da imparcialidade, esta, podem tampouco ser reconhecidas pelo juiz intérprete, uma vez que, evitado de interferências cognitivas.⁴²⁷

Grosso modo, ser imparcial é ser de algum modo neutro. Todos sabemos que ninguém é absolutamente neutro. Ninguém é tabula rasa, todos trazemos conosco conhecimentos prévios, os nossos arcabouços pré-compreensivos. Nossos preconceitos de classe, opções sexuais, traumas de infância, formação teóricas, receios, conteúdos inconscientes. Mas deve-se lutar para que não interfira na objetividade da atividade jurisdicional – imparcialidade como esforço objetivamente⁴²⁸.

Há um esforço condenado a um fracasso. A imparcialidade é o resultado de um esforço nem sempre bem-sucedido por autoconter-se. A imparcialidade está para o juiz, assim como a objetividade está para o cientista. O fato de o cientista saber que toda pesquisa científica se impregna em maior ou menor grau de subjetividade não faz com que o cientista abandone a luta pela objetividade. Do mesmo modo o juiz. Em fato da impossibilidade de um grau absoluto de imparcialidade não deve desestimular o juiz por uma luta agonística, mas não menos valiosa⁴²⁹.

Frise-se que o comportamento segmentário desempenhado pelo magistrado é produto da psicologia humana que atravessa limitações de percepção próprias das experiências do indivíduo. “As heurísticas (atalhos mentais) podem levar, em verdade, aos denominados vieses cognitivos, que nada mais são do que tendências ou inclinações de pensamento

⁴²⁴CABRAL, Antônio do Passo. **Imparcialidade e imparcialidade**. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. Revista de Processo, vol.149, julho, 2007, p.341 e ss

⁴²⁵ COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 97.

⁴²⁶ COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 97.

⁴²⁷NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. Desconfiando da (im)parcialidade dos Sujeitos Processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Belo Horizonte: Juspodivm, 2018, p. 75.

⁴²⁸ COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 98.

⁴²⁹ COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

decorrentes de pré-concepções, de ideias prévias” . Segundo o autor os vieses são aptos a contaminar a imparcialidade, pois “os vieses são, pois, falhas cognitivas geradas por um pensar tendencioso, que desrespeita uma expectativa de imparcialidade”⁴³⁰

A imparcialidade é o esforço que vale a pena. A dificuldade da objetivação é própria do sujeito da modernidade desde o racionalismo iluminista, tem-se uma inflação do subjetivismo. Há a primazia da gnosiologia sobre a ontologia, por tanto, a primazia do conhecimento do próprio objeto conhecido. O sujeito viciou-se em si próprio de modo que o sujeito acha que a realidade só existe enquanto ele a conhece. Há uma dificuldade de se entender por uma espécie de sentimento oceânico um tanto infantil que existe uma realidade externa objetiva que não depende de nós e isso contamina, certo modo, os juízes que são os homens, sujeitos da modernidade⁴³¹.

É difícil conter-se e entender que a luta é pela imparcialidade subjetiva. Em relação a imparcialidade dos sujeitos parciais do processo. É o juiz autoconter-se para não interferir no debate entre as partes. Manter-se equidistante e ainda que a parte a que ele prefira esteja perdendo, infelizmente ou não, contentar-se e não interferir no modo em que cada uma decidiu defender no processo o seu próprio interesse. A imparcialidade subjetiva, portanto, é o dever do juiz em esforçar-se por conter-se sem privilegiar qualquer das partes. Manter-se desinteressado na lide e no seu resultado do processo⁴³².

Imparcialidade objetiva – do juiz em relação ao objeto do processo. Juiz deve autoconter-se, indiferente e equidistante ao modo com que as partes vão constituindo dialeticamente o objeto do processo, do debate, o objeto de discussão. São as partes que aportam para o processo o tema *disputandi, decidendi*. As partes que aportam como objeto do processo os fatos, os fundamentos jurídicos, as provas e pedidos. O que não se admite é que o juiz em algum grau de discricionariedade, desenvolva improvisadamente critérios que lhe pareçam racionais, que porventura venham ser explanados na fundamentação e controláveis pelas partes. Há resquícios de um juiz viciado em si mesmo nesse modo de valoração das provas⁴³³.

Nessa esteira também se fala em imparcialidade procedimental. Ser imparcial é não ser parte, não tomar parte da realidade. É entender a realidade objetivamente, como uma

⁴³⁰ANDRADE, Flávio da Silva. **A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 5, nº. 1, p. 507-540, 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6934328>. Acesso em: 12 set. 2022

⁴³¹COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

⁴³²COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

⁴³³COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

realidade externa anterior e que independa do sujeito. Não raro os juízes têm dificuldade de aceitar o procedimento estabelecido em lei, como uma realidade externa em que o juiz deve se curvar. O juiz quando flexibiliza o procedimento se torna um superagente público excêntrico. Porque não se vê, por exemplo, o legislador flexibilizando o procedimento legislativo estabelecido na Constituição Federal, na lei e no regimento interno da respectiva casa ou a comissão licitante, no procedimento da lei 8.666/93, porque simplesmente não lhe agrada⁴³⁴.

Não é possível que se admita a capacidade do juiz, a pretexto de adequar a tutela, que já foi adequada pelo legislador, querer customizar o procedimento em razão das adversidades e particularidades do direito material aplicável e do fato em concreto. Como se esse juiz tivesse poderes gnósticos de se sintonizar como super-homem em tudo isso. De um modo republicado o juiz deve jungir-se a um procedimento estabelecido pelo legislador. A não ser que fundamentadamente declare cada um dos dispositivos ignorados como inconstitucional⁴³⁵.

Do mesmo modo, podemos falar em uma imparcialidade normativa. Na ideia de que o juiz é constituinte do direito positivo pelo qual ele se debruça. E cujas normas ele aplica. O direito objetivo, porque o objetivo, independe da subjetividade do intérprete aplicador. O sistema de direito positivo é uma realidade externa. Portanto o esforço por uma imparcialidade normativa é o esforço para aceitar que o texto de direito positivo tem conteúdo a dizer que independem de escolhas discricionárias pelo juiz, que eventualmente porque não se contêm, distorcem os textos e agem em cada caso como um microlegislador. Evidenciando, portanto, a importância de enfoque à imparcialidade com a finalidade de evitar que o juiz manipule o resultado de processo, o julgamento, o desfecho da causa. Porém existem teorias que relativizam esse esforço do juiz por autocontenção⁴³⁶.

Contra a imparcialidade subjetiva tem-se a teoria da parcialidade positiva do juiz, haveria situações em que seria bom a parcialidade do juiz. A parcialidade do bem ou para o bem. Contra a imparcialidade objetiva, tem-se a teoria do *iura novit cúria*, o inquisitivismo probatório (produção probatória). Contra a ideia de imparcialidade valorativo-probatória tem-se o livre convencimento motivado. Já a imparcialidade procedimental repele a teoria da flexibilidade procedimental. Contra imparcialidade normativa: tem-se o neoconstitucionalismo. Pan-principiologismo que permitiriam ao juiz afastar regras que lhe pareçam inconvenientes e aplicando *per saltum* princípios mediante a produção de uma regra

434 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 95.

435 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 95.

436 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

casuística com hipótese de incidência e consequência jurídica, definidas unilateralmente pelo juiz⁴³⁷.

Cada uma dessas teorias, de algum modo, quis descaracterizar a atividade do juiz. A dificuldade dessas teorias não são só elas tomadas individualmente, o problema é quando se somam. Quando o juiz se utiliza de todas essas teorias anti-garantistas ao mesmo tempo. O conjunto e articulado delas cria julgamento do processo e o modo de processamento da causa são feitos sob o alvedrio discricionário de um agente público superpoderoso⁴³⁸.

As Imbricações da Persecução Probatória no Processo em busca da Verdade

Tanto no procedimento penal quanto o civil brasileiro, não existem parâmetros de valoração de prova. Neste sentido, o juiz tem essa liberdade de atribuir a importância o quanto achar adequado, as provas coletadas na instrução e diante de sua valoração estabelecem o seu convencimento, necessitando, em seguida, evidenciar expressamente seus motivos de preferência⁴³⁹. “Em tese, não haveria que se falar em hierarquia de provas e tampouco em decisões baseadas única e exclusivamente na consciência do juiz (ou jurados)”.⁴⁴⁰

Nesse tópico é importante deixar claro que a forma persecutória de provas e a forma com que é valorada pelos juízes, se inclina ao modelo inquisitório, o que denota uma tendência de busca pela punição pelo Estado-juiz. Contudo, “o processo, na visão ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado”⁴⁴¹. É dizer, as partes devem realizar todas as diligências possíveis para demonstração de seu direito, sem a

437 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

438 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

439 Nesse sentido: “muitas legislações aceitaram a previsão da possibilidade de o juiz incorrer em erro, no momento de valoração dos meios de prova utilizados, razão pela qual se fixou, na lei, uma hierarquia de valores referentes a tais meios. Veja-se, neste sentido, o sistema processual inquisitório medieval, no qual a confissão, no topo da estrutura, era considerada prova plena, arainhadas provas (*regina probationum*), tudo como fruto de tarifa mento previamente estabelecido. Transferia-se o valor do julgador à lei, para evitar-se manipulações; isso funcionava, retoricamente, como mecanismo de garantia do arguido, que estaria protegido contra abusos decorrentes da subjetividade. Sem COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito. Curitiba: UFPR, ano 30, n. 30, p. 196, 1998. embargo, a história demonstrou, a réves, como foram os fatos retorcidos, por exemplo, pela adoção irrestrita da tortura”

440 HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewfile/1749/1446>>. Acesso em: 28 jan. 2020. p. 114.

441 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 123.

idealização de um juiz paternalista que indica parcialidade ao instruir provas por mera liberalidade, sem provocação nos autos pelas partes ou necessidade técnica⁴⁴².

Frise-se que a valoração das provas poderá ser realizada observando dois aspectos principais. O primeiro diz respeito a sua ordem definida no texto legal. E no caso do segundo, com a classificação das provas estabelecidas individualmente pelo magistrado, pela figura personalizada do magistrado que possui suas pré-compreensões e vieses cognitivos, que são intrínsecos ao ser humano.

Conquanto, se cuide de um assunto subjetivamente impérvio a uma supervisão por terceiros, haja vista que não se pode intervir no pensamento do outro, é importante entender que a citada classificação de valores tratada acima que influenciará sobremaneira ao livre convencimento do juiz⁴⁴³, motivo pelo qual ocasiona frenesi aos operadores do direito “no que se refere à garantia constitucional das motivações das decisões e a um possível (ou impossível) controle dessa atividade, de forma a efetivar o direito assegurado pelo texto constitucional”⁴⁴⁴.

O que depreende constantemente é a busca desenfreada pela realidade dos fatos, realizada pelo magistrado que acaba por macular a instrução processual, pois indica inclinações do julgador e persecutor, denotando imparcialidade. Em vista disso, que se indaga se o juiz não age com o abuso do poder punitivo estatal.

⁴⁴² “É que não só a indicação das fontes de prova como também os requerimentos da produção dos meios de prova adequados são tarefas que cabem principalmente às partes e apenas subsidiariamente ao juiz, porque são os litigantes que têm as melhores condições de fazê-lo. Por outro lado, embora seja solucionado por um procedimento dominado pelo direito público e pelo interesse estatal em bem prestar a jurisdição, não podemos esquecer que, no Processo Civil, o litígio, de regra, versa sobre direitos disponíveis, devendo prevalecer a autonomia das partes, sua iniciativa e suas faculdades. Não se pode interpretar qualquer ato omissivo das partes como uma negligência, nem as partes devem sempre contar com uma ‘bengala’ da atuação judicial, numa demonstração de um paternalismo injustificável na maioria dos casos. Os atos das partes devem ser interpretados, em princípio, como expressão da liberdade decorrente de sua posição como sujeito da demanda, demonstração da autonomia que seus poderes processuais lhe confere, não podendo o juiz atuar em substituição às partes nessa seara”. CABRAL, Antonio do Passo. **Imparcialidade e imparcialidade**. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. Revista de Processo, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007, p. 357-358.

⁴⁴³ Ocorre que o devido processo legal só constitui, de fato, mecanismo civilizado de resolução de causas se o resultado não puder ser determinado antecipadamente, isto é, só há processo penal real se no início do procedimento ambas as teses — de acusação e de resistência — puderem ser apresentadas em condições de convencer o juiz (Otto Kirchheimer). PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 153.

⁴⁴⁴ No art. 155 do CPP temos que “no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”. Neste ponto é possível verificar o princípio de liberdade probatória, que é sustentado por aqueles que consideram que no processo penal rege o princípio da verdade material, não é, contudo, absoluto, prevendo a lei que, quanto ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil. HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewfile/1749/1446>>. Acesso em: 28 jan. 2020. p. 116.

No modelo dispositivo de processo, cabe as partes, sendo direito positivado, o aproveitamento de todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (art. 369 do Código de Processo Civil de 2015). Lembrando que o código de processo civil de 1973⁴⁴⁵ dispunha que esse convencimento seria livre e imotivado, o que já denota uma mudança no campo criativo persuasivo do magistrado e uma visão garantista acerca da produção de prova.

Durante o procedimento civil, tem-se a fase de saneamento do processo, momento em que o juiz profere a decisão de saneamento e organização do processo (art. 357 do Código de Processo Civil de 2015)⁴⁴⁶. São analisadas questões prévias (preliminares e prejudiciais), mas também são fixados os pontos controvertidos em que as partes ficarão encarregados da atividade probatória. Nesse momento, também é determinado o meio de prova (documental, testemunhal, pericial etc.) para além das provas já anexadas ao processo.

O ônus da prova, geralmente, será o ordinário, ou seja, caberá a parte autora os fatos constitutivos do seu direito e a parte ré, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito (art. 370 a 373 do Código de Processo Civil de 2015)⁴⁴⁷. Contudo, resta a percepção da avaliação da prova, sua identificação pela doutrina e o porquê de sua busca oferecer ameaça a parte em razão de suscetíveis inclinações pelo julgador.

Eduardo Costa, ao tratar de presunção de inocência, aduz que a distribuição tradicional dos ônus probatórios entre demandante e demandado – não é arbitrária nem discricionária. A Constituição Federal de 1988 presume o estado de inocência civil, *favor rei* (art. 5º, LVII), devendo a parte deslocar ou maquinar uma mudança de estado: de um estado-de-inocência para um estado-de-culpabilidade. Contudo, quanto a dinamização ou inversão do

445 Código de Processo Civil de 1973, Lei 5869/1973. Art. 131. O juiz apreciará **livremente** a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

446 Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

447 Código de Processo Civil, Lei 13.105/15. Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

ônus da prova, admoesta para o que considera uma pressuposição de culpabilidade do réu, desconsiderando os preceitos pregados na Constituição Federal do dispositivo mencionado.⁴⁴⁸

Para Jordi Ferrer, depreende-se que existe a concepção persuasiva da prova. Nesse momento, é preciso verificar o que significa que o direito que está sendo provado? A circunstância mostrará o convencimento do magistrado, sua íntima convicção e sua crença na prova manuseada. O autor indica que tratar de um elemento subjetivo relacionado a pessoa do juiz e afirma que direitos ocorrem a partir das provas⁴⁴⁹.

Em um segundo momento, deve-se indagar qual o objetivo da prova no procedimento, que seria obviamente convencer, persuadir. Contudo, essa questão se apresenta como um elemento objetivo para se identificar o propósito da prova manejada. O fundamento da convicção, a motivação dos direitos, em razão das provas. Finalmente o autor acrescenta que a ausência de recursos de matéria probatória, não se recorre em matéria de prova, como também não se pode revisar a valoração de provas, a sentença é infalível no juízo a quo⁴⁵⁰.

Essa percepção foi tratada para indicar que apesar da disciplina processual, existem questões que precisam ser aprofundadas no meio jurídico, como as colocações do catedrático da Universidade de Girona na Espanha e pesquisador em direito probatório. A verdade é perseguida e tem sua tangibilidade por meio de provas, para consubstanciar uma tese ou uma antítese. Mas o debate não cinge aspectos da verdade, neste trabalho, o perigo da produção de prova pelo juiz (atipicamente), quando deveria ficar à cargo das partes. Deve haver mais profundidade nas tratativas pertinentes à prova. Tanto Jordi, como autores garantistas, representados em Eduardo Costa, advertem a paralisia epistemológica acerca das provas⁴⁵¹.

448 “Na verdade, isso mostra que a chamada «inversão ou dinamização do ônus da prova» corresponde - trocando em miúdos - a uma pressuposição de culpabilidade civil do réu (o que fere de morte a «presunção de inocência civil» prevista no art. 5º, LVII, da CF-1988): toda a atividade probatória é desempenhável exclusivamente pelo réu, que tem o ônus de provar (a) a inoocorrência do fato constitutivo do direito do autor (que é objeto específico da mal-chamada «inversão ou dinamização do ônus probatório»), ou (b) a ocorrência do fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor (que é objeto específico da distribuição tradicional do ônus probatório). Em outras palavras, ao réu cabe promover uma «transição de estado às avessas»: de um estado-de-culpabilidade para um estado-de-inocência. Desde o início o réu tem de suplantar a premissa de que é um por-ora-devedor na ação de cobrança, um por-ora-esbulhador na ação de reintegração de posse, um por-ora-desonesto na ação de improbidade administrativa. Em consequência, se o réu não se desincumbe a contento do seu ônus probatório, a pressuposta ocorrência do fato constitutivo do direito do autor se transforma em ocorrência suposta (e, após o trânsito em julgado, em ocorrência posta, tornando-se indiscutível)”. COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 65-66.

449 Jordi Ferrer Beltrán. Entrevista concedida com o tema: **La prueba**. Condução de Ramiro García Falconf. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=h9ORd3d2-hI>. Acesso em: 16.05.2022.

450 Jordi Ferrer Beltrán. Entrevista concedida com o tema: **La prueba**. Condução de Ramiro García Falconf. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=h9ORd3d2-hI>. Acesso em: 16.05.2022.

451 Jordi Ferrer Beltrán. Entrevista concedida com o tema: **La prueba**. Condução de Ramiro García Falconf. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=h9ORd3d2-hI>. Acesso em: 16.05.2022 e COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 93.

E ao inaugurar-se a fala propriamente relacionada a matéria de persecução da verdade probatória, será dialogado com as premissas do saudoso Michelle Taruffo⁴⁵², sobretudo em sua percepção de processo enquanto epistemologia, quando da busca pela verdade empírica, correlata aos enunciados de fato que tem equivalência na ambiência racional de prova.

Para Taruffo, só há decisão justa através da verdade.⁴⁵³ O processo será justo se "sistematicamente orientado para a produção de decisões justas." Pondera que o processo justo é aquele cujo objetivo é deslindar o debate baseado na observância às garantias constitucionais do processo, bastando as decisões serem ajustadas por interpretação e cumprimento das disposições legais, sem inexatidões na investigação fática e "por uma variedade de outras razões". No tocante a correção da interpretação "a decisão não pode prescindir da correta interpretação e aplicação das normas."⁴⁵⁴

Segundo o autor, a reconstrução de fatos é impossível. Isso cabe a memória das partes e o juiz não pode deter esse pensamento. Ao juiz incumbe também a garantia de correção do procedimento no controle de admissibilidade, produção e valoração probatória, mas é preciso muita técnica e utilização do racional no trâmite procedimental de produção de provas. De modo que a busca pela obtenção de culpados não termine em falhas ao devido processo legal e prejuízos as partes⁴⁵⁵.

Para Eduardo Costa existe uma "ambivalência estrutural" afeto ao direito probatório, que, em razão das limitações humana, legitima " (1) o alcance da verdade, (2) o não alcance da verdade e (3) a aceitação da não-verdade". Assim, reconhece Costa que, acerca dos itens 2 e 3 que combatem a doutrina inclinada a Michelle Taruffo, fazendo crer que a não-verdade diz respeito a mentira e além de acreditar melhorar o aspecto investigativo do direito probatório. "Isso porque não conseguem simplesmente aceitar que a interrogação jurídico-probatória sói ficar muito aquém das exigências da tradição epistemológica"⁴⁵⁶.

Taruffo sustenta a possibilidade de utilização de provas não reguladas em lei, chamadas de inominadas. Problema da admissibilidade e a eficácia das provas atípicas. Admissibilidade: as provas atípicas são negadas quando o texto legal das provas é taxativo. Pelo contrário quem tende a admitir a possibilidade de uso das provas atípicas o faz sobre as

452 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3. ed. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009. p. 404.

453 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3. ed. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009. p. 404.

454 TARUFFO, Michele. Verdade negociada? Trad. Pedro Gomes de Queiroz. In **revista eletrônica de direito processual – REDP** -, ano 8, vol. Xiii, jan./jun. de 2014, p. 640-641.

455 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3. ed. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009. p. 412.

456 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 31.

bases dos argumentos: o primeiro se baseia na analogia e pretende considerar admissões as provas atípicas que sejam de algum modo análogas a alguma prova típica⁴⁵⁷.

O segundo, mais frequente, se baseia na consideração de que, paradoxalmente, o catálogo legal de vozes que admitem a incorporação das provas atípicas ao processo: respeito as fontes das provas, se trata das presunções simples, que podem extrair-se de qualquer elemento que esteja dotado de relevância probatória, respeito as modalidades da aquisição, se trata do deposito dos documentos, dado que as provas atípicas assumem habitualmente forma documental⁴⁵⁸.

O autor crítica que há uma confusão pelo que se compreende por prova jurídica e por regulação jurídica da prova. Segundo o autor a diferença entre a prova típica e atípica está unicamente na segurança de taxatividade da primeira, haja vista que não há previsão legal acerca de sua natureza jurídica, pelo menos no ordenamento italiano, lugar de fala de Taruffo.⁴⁵⁹

A função das normas que preveem a admissibilidade dos meios de prova é tipicamente de excluir provas. Não existe forma razoável para acreditar que só as provas típicas são admissíveis. Para o autor a lei tão somente diz que qual prova e em que circunstância deve ser excluída. Então a razão principal de uma prova ser admitida em juízo não seria a norma, mas senão para determinação dos fatos. Assim, prova é tudo aquilo que serve logicamente para provar o ato, não o que a lei denomina provar. Dessa forma pode assumir-se com um princípio geral de razão. Como princípio jurídico a regra presente nos ordenamentos do *common law* o que todo elemento de prova relevante deve ser admitido, exceto se existir razão para excluir⁴⁶⁰.

Beclate Silva faz uma análise acerca dos pontos administrados pelo autor italiano, indica que Taruffo torna ineficaz o justo processo, que só calhará a verdade do fato se realmente se concretizar junto com o adequado emprego legal. Acrescenta que se cuida de uma análise tautológica a dependência da verdade a prova dos fatos, pois independente da prova, pode ser verdade e arremata que “interessante que o oráculo apto a “descobri-la” é o magistrado, que por conta da imparcialidade, em regra, não participou e nem presenciou o

457 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3. ed. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009. p. 404.

458 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3. ed. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009. p. 404.

459 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3. ed. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009. p. 404.

460 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3. ed. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009. p. 404.

acontecimento, embora seja ele que irá afirmar sua existência com pretensão de verdade, no ato decisório”⁴⁶¹.

Já Antonio Carvalho Filho, consigna acerca da ilicitude da prova e o quão temerária sua atipicidade no ordenamento jurídico, já que o direito de produzir provas deriva da esfera da garantia do contraditório. O autor infere que o artigo 5º, LVI, da CF limita o exercício do direito de produção probatória das partes, para estabelecer a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos⁴⁶², a caracterizar um limite probatório (liberdade positiva) da parte. Salienta que não é a prova em si, enquanto elemento comprobatório (o dado) que indica a ilicitude do fato, mas o meio utilizado em sua persecução. “Este direito fundamental desperta grande interesse prático, diante da atipicidade dos meios probatórios (art. 369, do CPC), que possibilita a confirmação de fatos inclusive por meios não previstos expressamente nas leis infraconstitucionais”.⁴⁶³

Para além do problema relacionado a persecução da prova realizado pelo magistrado, seu meio de apresentação típico ou atípico, também existe a valoração da prova realizada pelo

461 “Analisando as definições que Taruffo lançou, percebe-se que tratam de: alegações que têm pretensão de verdade, mas refutáveis; a contestação do réu que nega a verdade sobre a alegação do autor; e que não contestar implica ausência de contestação. Neste tópico, nega o caráter linguístico ao silêncio, que é afirmação complicadíssima do ponto de vista da filosofia da linguagem, já que o silêncio fala e possibilita o discurso, além de ser utilizado pelo direito para dirimir conflitos. As conclusões a que chega o texto em comento são um mergulho metafísico, porquanto põem a verdade como categoria transcendente, independente do enunciado. Ou seja, a verdade está na coisa, e o enunciado, se for falso, não serve; se for verdadeiro, é mera tautologia, logo, não serve também, pois a verdade não depende dele nem da sua confirmação (premissa 2 P2). Noutros termos, se o enunciado é verdadeiro, sua contestação ou sua não contestação não o torna falso; se o enunciado é falso, a contestação ou a não contestação não o torna falso, já que o é. O problema é que o falso é! Logo, pode ser verdadeiro, pelo menos o enunciado que diz: “é falso”! Neste contexto, a dilação probatória teria por função descobrir a verdade que já preexiste, nada acrescentando”. SILVA, Beclaute Oliveira. **Verdade como objeto do negócio jurídico processual**. In. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Coord. Negócios Processuais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V.1. 3 ed. Salvador: Juspdivm, 2017. p. 560-561.

462 “Provas ilícitas seriam aquelas em que há uma transgressão de norma de direito material, enquanto nas ilegítimas há violação de norma de direito processual. Na primeira o ato é extraprocessual e importa em violação de regras como do direito à intimidade, liberdade, previstos na Constituição ou em leis infraconstitucionais (materiais), por isto se denominando de prova obtida por meio ilícito; na segunda a ocorrência se dá dentro do processo (endoprocessual)”. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 96. No mesmo sentido, AMARAL, Paulo Osternak. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 191. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, volume II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 315-319.

463 “Não se pode tratar como sendo de “menor importância”, ou “desprezível”, o descumprimento procedimental para a produção da prova. Nesse caso, diante da inobservância das regras procedimentais específicas, deve o julgador, após a oportunidade do contraditório, analisar a existência ou não de nulidade no procedimento, observando, outrossim, a ocorrência concreta de prejuízo a uma das partes (art. 283, parágrafo único, do CPC e art. 563, do CPP). Verificada a nulidade no caso concreto, a admissão da prova será flagrantemente ilícita, a ocasionar a sua inconstitucionalidade, pela violação do direito fundamental ora examinado”. CARVALHO FILHO, Antônio. **Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal**. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. São Paulo: [s.n.], 2021. p. 351.

juiz que também exerce tal função de forma discricionária. Neste sentido, Jordi Beltran indica que:

Diante do sistema de livre avaliação da prova, que maximiza a função julgadora do juiz ao confiar ao processo a apuração do resultado probatório específico e do conjunto das provas fornecidas, o sistema de prova legal sustenta uma redução ao mínimo expressão dessa função de julgamento. Por outro lado, alguns autores que têm destacado a liberdade do juiz na apuração dos fatos provados, chegam à conclusão de que a chamada prova legal não é prova ou, pelo menos, não é no mesmo sentido em que é. declarada utiliza a expressão no âmbito do sistema de livre apreciação da prova. Se assim fosse, não seria aplicável a aplicação da análise realizada neste capítulo sobre o conceito de prova às chamadas provas jurídicas⁴⁶⁴.

Os pontos aqui debulhados, só denotam que mesmo a doutrina que se debruça acerca das provas, apresenta rastros, mesmo que inconscientemente, de indeterminação e investidura do magistrado como figura central na persecução probatória, tanto na versão de Taruffo com o suposto processo justo, quanto de Jordi, entendendo a prova como objeto de persuasão do magistrado.

Segundo Eduardo Costa, adstringir-se ao campo probatório e não se atrever a analisar as questões afetas a verdade, não se evoluirá na temática. Nesse sentido, não se estuda estes institutos separadamente, outrossim, notabiliza-se o relacionamento entre eles. Isto porque, para o autor, o “direito probatório é a estruturação normativa da interrogação pela historicidade fático-jurídica”⁴⁶⁵.

Fala-se também em uma “processualidade democrática” pela qual se adverte:

Não deve haver busca incessante pela verdade, como se uma realidade preexistente pudesse ser reconstruída, já que a concepção de verdade de cada uma das partes no processo, assim como a concepção do juiz são absolutamente diversas entre os referidos sujeitos processuais, não se podendo concluir, tecnicamente, qual seria a melhor delas, nem tampouco impor-se uma às outras. Principalmente porque se poderia incentivar uma atitude solipsista por parte do juiz, que seria o único detentor da verdade.⁴⁶⁶

464 Texto original: “Frente al sistema de la libre valoración de la prueba, que maximizá-la la función juzgadora del juez al encomendarle la determinación del resultado probatorio específico y conjunto de los medios de prueba aportados al proceso, el sistema de la prueba legal soporte una reducción a la mínima expresión de esa función juzgadora. Por elmo, algunos autores que han puesto el acento en la libertad del juez a la hora de establecer los hechos probados llegan a la conclusión que las denominadas pruebas legales no son pruebas o, al menos, no lo son en el mismo sentido en que se utilizá-la la expresión en el ámbito del sistema de libre apreciación de la prueba. Si esto fuera así, no cabría la aplicación del análisis realizadas en este capítulo en torno al concepto de prueba a las denominadas pruebas legales”. BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y Verdad en el Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.44.

465 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 28.

466 BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 72-73. Em complementação: “Também, verifica-se que o artigo 378 é expresso ao mencionar se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário ou a defesa que “ninguém para o descobrimento da verdade”, colocando tal busca como um dos principais escopos do julgador. Cássio Scarpinella Bueno explica que a busca da verdade seria o objetivo da produção probatória no processo, já que o juiz é considerado como destinatário da prova e somente poderia realizar a adequada tutela jurisdicional²³⁴ com o comprometimento do magistrado para encontro da verdade. Referido autor afirma que a verdade deve ser comprometimento do magistrado, pois deverá

A prova é o mecanismo pelo qual se busca alcançar a reconstrução dos fatos. O processo perpassa o elemento tempo, não é o “espelho” da verdade, mas pode ser considerada como um “ponto de partida e/ou um ponto de chegada”. Já a verdade seria o liame entre prova e fato⁴⁶⁷. Segundo Eduardo Costa, no “jogo probatório” existe uma estrutura de *standards* de prova o qual se tem uma projeção de sentido global, assim, a “compreensão hermenêutica dos elementos probatórios compõe uma representação coerente, que não corresponde necessariamente a verdade, mas uma aparência”⁴⁶⁸. A verdade é considerada como estado ideal de coisas, em que se quer que a aparência coincida com a aparência⁴⁶⁹.

Segundo o autor, é nessa senda que os poderes instrutórios do juiz podem ocasionar um impedimento a condução construtiva do passado, vindicando a prova de ofício o que pode culminar em distorção da verdade, ao que o autor chama de reserva da verdade⁴⁷⁰.

Igualmente, não é o juiz um sujeito restaurador, pois o passado não se reconstrói na decisão como o reencaixe mecânico das peças de quebra-cabeça. Na realidade, se há algo que o juiz pode instaurar, esse algo é, quando muito, a certeza, se há algo que se pode restaurar, quando muito é a paz que de toda certeza deflui. Nesse sentido, a “verdade” é menos uma transparência limpa do fato-em-si e mais uma imagem turva do fato-probatoriamente-mostrado (obs.: no processo não há um de-monstrar de fatos, mas um mostrar, um estender-diante, o que desmente a estrutura da “verdade” como conformidade entre conhecimento e objeto). Reconhecer isso é importante

corresponder "aquilo que realmente aconteceu no plano exterior no processo e, por ter acontecido, acabou por motivar a necessidade da atuação do Estado-Juiz para prestar tutela jurisdicional". MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 73.

467 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 29.

468 COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 29.

469 Nesse sentido: “Por conseguinte, a verdade é um dos princípios axiais do direito probatório. Contudo, ela é “um” dos princípios, não “o” supraprincípio. A finitude tem a sua positividade e é preciso curvar-se a ela, aceitando-se os limites da possibilidade probatória de desvelamento e, então, o risco essencial de se estar na não-verdade. Ademais, o princípio da verdade não raro colide com outros tão caros quanto ela, impedindo que seja ela – a verdade - arrancada a qualquer custo. Se assim não fosse, não se poderia explicar, e.g.: a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor em caso de revelia; a presunção de veracidade dos fatos que, por meio de coisa ou documento não exibido pelo requerido, o requerente pretendia provar; a inadmissão da prova que, embora elucidativa, se obteve por meio ilícito; o trânsito em julgado de sentença irrevocável fundada em perícia ou testemunho falso; o decurso do prazo decadencial bienal para rescindir sentença fundada em perícia ou testemunho falso; a impossibilidade de analisar-se mérito de cobrança caso não se apresentem embargos monitórios; a presunção de confissão dos fatos alegados contra a parte que, intimada pessoalmente, não comparece ou, comparecendo, se recusa a depor; a sentença de improcedência por falta de provas; a proibição de uso, pelo juiz, de sua ciência privada dos fatos, ainda que não desponham no processo; a impossibilidade de testemunho de fato sob sigilo profissional; a insubmissão da testemunha a polígrafos ou detectores de mentiras”. COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 29.

470 “Aqui, crê-se em uma verdade recomposta por adições, em que se somariam elementos de prova correspondentes a cada um dos elementos do factum probandum. Se assim for, as iniciativas oficiais probatórias seriam uma maneira privilegiada de encontrar-se com o passado, visto que abririam fendas à entrada benfazeja de dados capazes de aumentar a adequação da aparência à verdade. É preciso sublinhar, porém: o juiz não é “o” sujeito instaurador da “verdade”, uma vez que ela não surge apenas de um ato decisório-judicial, mas também dos meios de prova hermenêuticamente compreendidos aos quais o ato se reporta. Daí a impossibilidade de uma pura objetivação do pretérito: nem tudo se reduz à subjetividade do juiz; nem tudo se transforma em “objeto””. COSTA, Eduardo José Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021. p. 29.

para que se compreenda adequadamente a condição humana do julgar em si mesmo, que é sempre uma na imanência, no limite, na finitude.

Basicamente, para tratar da legitimidade da prova e o papel do magistrado como se espera, é preciso que ele se preocupe com a parcialidade. O que é e o que não é da função do juiz quando se tem a imparcialidade. Ser imparcial pode ser observado pelos pilares: subjetiva inclinação anímica do interesse pelo resultado; imparcialidade funcional que se convencionou a chamar de imparcialidade, o juiz não pode exercer função própria de parte e a imparcialidade originalidade cognitiva do juiz - o juiz que tenha um conhecimento prévio não pode atuar no processo.

A produção de prova dos artigos 370 e 373 do CPC/15 – trata de quem incumbe o ônus da prova objetiva, conduta das partes (art. 370) e subjetivo o juiz para decisão (art. 373). Na Constituição Federal a prova é direito fundamental, isto porque, está diretamente afeta ao contraditório – direito defesa. Prova elemento é elemento de convicção dos fatos. Exercer o direito Constitucional do art. 5º, inciso LV que é o contraditório (fundamento de influência) ativa das partes e passiva do juiz derivadas as partes. Os desdobramentos do contraditório tem a função de introduzir provas. É um dever do juiz ser imparcial. A função probatória não é do juiz. A persecução probatória contamina o magistrado, em razão de pré-disposições cognitivas e lançam vieses de confirmação, já se lança uma hipótese a prova visa a confirmação da hipótese. A prova é um dado que será utilizada na fundamentação risco de quebra de imparcialidade⁴⁷¹.

471 SOUSA, Diego Crevelin de. **Imparcialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Casa do direito, 2021. p. 127.

CONCLUSÃO

A partir dos resultados da pesquisa, é possível entender que o fenômeno jurídico da publicização do processo fica limitado, por vezes, na discussão de seus partidários a definição da natureza jurídica de direito público ou privado do processo civil, o que não é a recorte do trabalho, mesmo porque, não contribui ao debate, que permeia a majoração dos poderes do juiz, de tal modo a suplantar a ótica legal e o seu múnus. A natureza do conflito reside na atividade jurisdicional, com base na pretensão das partes e sua respectiva atuação no processo, constituindo um dever das partes a contribuição para o resultado do processo. Assim, desse aparato legal e atividade das partes no procedimento concluir por um determinado resultado.

O juiz não pode substituir a vontade das partes. O sistema jurídico possui regras próprias que direcionam a conclusão do processo. O juiz não pode se avocar dos ônus e deveres das partes e dizer o que fazer, ignorando as regras do processo a pretexto do justo processo, revestindo-se de um superpoder para atuar de forma ampla e irrestrita, não se faz justiça, mas um inábil “justiçamento”. A medida do justo aqui é o que consta em lei. O juiz exerce a função constitucional e observa a divisão de poder, a opção legislativa, existindo

formas legais, específicas e gerais para colmatação de lacunas no ordenamento jurídico. Equidade somente nos casos previstos.

O legislador processual não resolve o problema, mas não é fundamento jurídico para implicar mais autoritarismo atribuído a atuação dos juízes, consequência de toda reforma, restrição a defesa dos particulares, mais burocracia, mais prazos para garantir esses paliativos, muitos juízes se afastam da lei produzindo jurisprudência o que mostra as diversas decisões sistêmicas para conseguir a meta justiceira e superar a ineficácia do processo. Ou seja, não é porque não se encontrou a solução as problemáticas que se deve investir, irresponsavelmente, em paliativos que retalham o processo.

Com base nisso, a doutrina tem impulsionado os juízes a resolverem imediatamente a sorte litígio, sem qualquer discussão, conhecido como decisionismo judicial, retrocedendo vários feitos e conquistas constitucionais. O autor quer crer para combater essa situação, deve ser feito um diagnóstico apontando o sistema acusatório-inquisitorial como a matriz, dada a postura dos juízes na busca pela verdade real. O processo só é o meio de debate pacífico e não método de investigação. Mudar o modo de passar o processo, de modo a visualizar a constituição, o valor da justiça tem caráter relativo e a busca por juízes da verdade real não é primordial ao direito, cuja finalidade é a paz.

A coexistência entre uma pretensão e uma resistência recebe a denominação de conflito intersubjetivo de interesses, sobre o mesmo bem. A partir daí busca-se pelas soluções possíveis, em um momento da história se trocou a força pela razão, gerando o diálogo que possibilitou a autocomposição e com ela várias formas para terminar um conflito. Só se tem o processo quando não há autocomposição. Duas partes antagônicas, desiguais dialogando e um terceiro, os iguais juridicamente no debate que se deve existir são: imparcialidade, imparcialidade e independência. A ideia de processo se vincula histórica e logicamente com a necessidade de organizar um método de debate dialogal e se recorda porque precisa disso.

A intenção de fazer justiça não pode violar o método de discussão. O juiz que privilegie a obtenção da meta em detrimento da legitimidade do método, dá razão a maquiavel em os fins justificam os meios. O método processual é a sequência invariável de atos que se desenvolvem progressivamente, dirigidos a obter solução para o litígio mediatamente ao ato de autoridade.

A solidificação do processo como instituição de garantia de liberdade a cargo dos jurisdicionados sobressai ao intelecto, a benignidade e da aspiração de um juiz. Essa consolidação deve-se acontecer especialmente através do desempenho democrático das partes no processo, utilizando-o como garantia, baseado mormente na observância do contraditório,

entendido não como contenda em audiência, de outro modo, seja uma garantia de democratização do resultado. A assunção da atuação que cabe as partes, bem como a do juiz, no processo, transforma a decisão judicial produto da própria atividade das partes. O problema aqui é a cultura doutrinal em que os garantistas enfrentam, a qual se coaduna com a postura ativista que traveste o magistrado.

A intelecção básica do processo para o garantismo parte do evidente que é o modelo acusatório, sujeitos processuais são basicamente as partes e o juiz, o que os diferem são as funções processuais exercidas por cada um, as partes pedem (uma pede e a outra defende) e o juiz julga. Uma obviedade, mas que para ser levada a efeito depende da assunção de seriedade, nesse ponto de partida tão simples.

Grande o problema deste trabalho trabalhado, latente que as partes precisam utilizar do processo para um provimento judicial na resolução do conflito, mas também utilizar o processo como garantia dos arbítrios do Estado-Juiz. O juiz não pode se avocar na função da parte. O que significa dizer que não se pode admitir no processo que a parte exerça a função de juiz, obviamente, a parte não fará a sentença, mas por outro lado também não pode o juiz exercer a função da parte, juiz interpor uma apelação, denúncia no lugar da parte. Simples, mas na estrutura do procedimento não se propaga com o enaltecimento que precisa ser.

No trabalho se conclui que a extrapolação da função do juiz, que a pretexto de pretensões metajurídicas e mitigando institutos fundamentais da norma processual, é uma grave ameaça ao direito, ordem pública, a garantia das partes. O juiz deve atuar como se espera, preocupado com a imparcialidade, com o que é e o que não é sua função quando se tem a imparcialidade, que entende o processo como uma garantia das partes e observa o devido processo legal. Sem usurpar a função de protagonista do processo que diz respeito as partes – processo iniciado pelas partes para as partes e conduzido também por elas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; PEREIRA, Mateus Costa. O instrumentalismo processual à luz de críticas dogmáticas, filosóficas e epistemológicas: do não respondido ao irrespondível. In: PEGINI, A. R. B. et al. **Processo e Liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Thoth, 2019.

ABDPRO. **Breves meditações sobre o devido processo legal**. Disponível em: < ABDPro <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal#15>>. Acesso em: 30 de jan. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 507

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. **Discrecionalidade judicial e teoria do direito**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática metódica da língua portuguesa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 333-334

AMARAL, Paulo Osternak. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade, São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2015.

ANDRADE, Flávio da Silva. **A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 5, nº. 1, p. 507-540, 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6934328>. Acesso em: 12 set. 2022

ANTUNES, Márcia Teixeira; SILVA, Mônica Anselmi Duarte. **Aspectos críticos da dogmática processual brasileira: do paradigma determinista à complexidade**. Disponível em: <publicadireito.com.br/artigos/?cod=1de16907c72cefcb>. Acesso em: 05 mai. 2022.

AROCA, Juan M. (org.). **Proceso e ideología**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

AROCA, Juan Montero. **El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. Proceso civil e ideologia**. 2.ed. coord. Montero Aroca. Valência: Tirant lo Blanc, 2011.

AROCA, Juan Montero. **El proceso llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria**. In: Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch. 2006.

AROCA, Juan Montero. **Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Valência: Tirant lo blanch, 2001.

AROCA, Juan Montero. **Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Valência: Tirant lo blanch, 2001, p. 106-108; MENDONÇA, Luís Correia de. "O vírus autoritário". Julgar. Lisboa: Associação sindical dos juízes portugueses, 2007, n. 1, p. 86.

AROCA, Juan Montero. **Sobre el mito autoritário de la buena fe procesal. Proceso civil e ideología**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. 2. ed. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 292-352”.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Volume II: parte geral: institutos fundamentais: Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 90, p. 69-170, 1 jul. 2004.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa. Coluna Garantismo Processual**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/46-se-o-processo-e-uma-garantia-de-liberdade-ele-e-um-direito-de-defesa#:~:text=Emp%C3%B3rio%20do%20Direito-,%2346%20-%20SE%20O%20PROCESSO%20C3%89%20UMA%20GARANTIA%20DE%20LIBERDADE%2C,%20C3%89%20UM%20DIREITO%20DE%20DEFESA&text=%CE%B3%CE%BD%E1%BF%B6%CE%B8%CE%B9%20CF%83%CE%B5%CE%B1%CF%85%CF%84%CF%8C%CE%BD>>. Acesso em: 24 mai. 2022.

BARBOSA, Walmir (org.). **Estado e poder político**. Goiânia: UCG, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas, Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4., jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 01 mai.2020.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). **Garantismo processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 35-37.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. **In: Ativismo judicial e Garantismo Processual**. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 117/118.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.129-132.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y Verdad en el Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005

Black's Law Dictionary Apud Moraes, Alexandre. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013

BÜLOW, Oskar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuesto procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964.

CABRAL, Tricia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. São Paulo: Foco, 2019.

CALAMANDREI, Piero. **Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio**. Estudios sobre el proceso civil. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945.

CALDEIRA, Adriano César Braz (org.). **Processo e ideologia**. São Paulo: LTr, 2015..

CALVINHO, Gustavo. **El proceso con derechos humanos: método de debate y garantía frente al poder**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011. p. 182

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Publicización, oralidad, socialización. In: _____. **El proceso civil en el Derecho Comparado**. Buenos Aires: EJE, 1973. p. 44-45.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil** Traducción de niceto Alca lá-Zamora y Castillo.. 2^a ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, n. 91, 2015.

CARVALHO FILHO, Antônio. **Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal**. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. São Paulo: [s.n.], 2021.

CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; RAATZ, Igor. Mesa Redonda #26 - **O que é o Garantismo Processual?** Canal falando de processo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=e7fobcjAJtw&t=2820s>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

CARVALHO FILHO, Antônio; SOUSA, Diego Crevelin; PEREIRA, Mateus Costa. **Réquiem às medidas judiciais atípicas nas execuções pecuniárias**. Londrina: Thoth, 2020. p 71.

CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Volume II. 2ª ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. Acompanhada de Notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**, tomo II. Madrid: Reus, 1925.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28ª. ed. São. Paulo: Malheiro, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28ª. ed. São. Paulo: Malheiro, 2012. p. 146

CIPRIANI, Franco. El processo civil entre viejas ideologías y nuevos esloganes. In: **In: Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch. 2006.

CIPRIANI, Franco. **En el centenario del reglamento de Klein** - El proceso civil entre libertad y autoridad. Bari, Itália, 1995.

CIPRIANI, Franco. **Il processo civile nello Stato democratico**. Saggi. Collana biblioteca di diritto processuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). **Rivista di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1995.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002.p.58.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A garantística processual e a tutela do direito material.** Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/96-a-garantistica-processual-e-a-tutela-do-direito-material>. Acesso em: 25. Set de 2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A natureza jurídica do processo.** Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/9-a-natureza-juridica-do-processo>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

COSTA, Eduardo José Da Fonseca. **ABDPRO #8 - Ciência Processual, Ciência Procedimental E Ciência Jurisdicional.** Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Controle judicial ou nomeação política? In: PEREIRA JR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF.** Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020. p. 104; RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate. Revista Brasileira de Direito Processual,** Belo Horizonte, n. 70, p. 83-102, 2010. p. 83-102.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Curso: **Introdução do garantismo processual.** Hotmart. Aula 1. 2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Garantismo, liberalismo e neoprivatismo.** Empório do direito. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/garantismo-liberalismo-e-neoprivatismo>>. Acesso em 12 jun. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério:** Levando a imparcialidade a sério. Salvador: JusPodivm, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O processo como instituição de garantia.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 30 out. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia.** Londrina: Thoth, 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo: garantia antijurisdicional ou contrajurisdicional?** Disponível em: <<https://www.eduardojfcosta.com.br/artigos/PROCESSO-GARANTIA-ANTI JURISDICIAL-OU-CONTRA JURISDICIAL-/>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 171-186; DELFINO, Lúcio. **Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional?** **R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro |** Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo**. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 171-186; DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo judicial? **R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro** | Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017

COSTA, Eduardo José Fonseca; PEREIRA, Mateus; CARVALHO FILHO, Antônio; RAATZ, Igor. **Mesa redonda 26: O que é Garantismo Processual? Falando de processo**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=e7fobcjAJtw&t=616s>>. Acesso em: 17 jul.2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: **Revista da faculdade de Direito**. Curitiba: UFPR, ano 30, n. 30, p. 196, 1998. embargo, ahistóriademonstrou, aorevés, como foramos fatos retorcidos, por exemplo, pela adoção irrestrita da tortura”

CREVELIN, Diego; SILVA, Marcelo Pichioli da. **ABDPRO 65 – Entre alma e corpo o que diz o garantismo processual sobre as competências legislativas dos arts 22 I e 24 XI da CRBF**. <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-65-entre-alma-e-corpo-o-que-diz-o-garantismo-processual-sobre-as-competencias-legislativas-dos-arts-22-i-e-24-xi-crfb>.

DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo judicial? **R. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**.| Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017.

DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo judicial? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, | Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016. p. 151.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, | Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Vista, ampliada e atualizada. Volume 1. Salvador: JusPodium, 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Organização: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 208.

DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.** Disponível em:

https://www.academia.edu/1771108/Os_tr%C3%AAs_modelos_de_direito_processual.

Acesso em: 04 mai. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo.** 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 41.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.28.

FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro:** elementos constitucionais para uma reflexão crítica. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.** 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Danilo Araújo. **A razão da retórica:** hermenêutica, pragmatismo e a lógica argumentativa no discurso econômico. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Economia - UFRS. 2003. 120p.

FERNANDES, Danilo Araújo. **A razão da retórica:** hermenêutica, pragmatismo e a lógica argumentativa no discurso econômico. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Economia - UFRS. 2003. 120p

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon: Teoria del Garantismo Penal.** Madrid: Trotta, 1998. p. 855.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. **La ley del más débil.** 7. ed. Trad. Bruno Girade Parise. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia jurídica y garantismo.** Madrid: Trotta, 2008, p. 11.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: Una discusion sobre Derecho y Democracia.** Madrid: Trotta, 2007.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2018.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2018

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Entrevista concedida com o tema: **La prueba**. Condução de Ramiro García Falconí. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=h9ORd3d2-hI>>. Acesso em: 16 mai. 2022.

FILHO, Antonio Carvalho. **Pequeno manual prático para o debate instrumentalistas (e afins) vs garantistas processuais**. Empório do Direito. Disponível: <www.emporiiododireito.com.br>. Acesso em: 29 out. 2019.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 30 jan. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 22. ed. São Paulo: Graal, 2006, p. IX-XVII

FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O Novo Código de Processo Civil a luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 22 - 38, Janeiro/Abril 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimento**. Tomo Processo Civil, Edição 1, Junho de 2018 Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/199/edicao-1/procedimento#:~:text=O%20procedimento%20%20C3%A9%20a%20faceta,uma%20senten%C3%A7a%20de%20m%C3%A9rito%20ou>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 190-206.

GOMES, Magno Federici; CABRAL, Ana Luiza Novais. **O ativismo judicial norte-americano e brasileiro**: Características, Paralelo, Sustentabilidade e Influência das Decisões Ativistas Estadunidenses no Direito Pátrio. Revista Direito em debate. Ano XXVIII – nº 51 – jan./jun. 2019 – ISSN 2176-6622.

GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Leonardo. **A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2600453/mod_resource/content/1/Procedimentos%20especiais%2C%20Fredie%20Jr.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo**. Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225.

GRECO, Rogério. **O STF e seus inquéritos ilegais**. In: PEREIRA JR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). *Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020. p. 259.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 81.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. **Rev. Bras. Polít. Públicas** (Online), Brasília, v. 6, nº 1, 2016 p. 124-149.

GUMERATO, Glauco. **Entrevista sobre o tema Garantismo Processual**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3WkHnYMYVSs>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1994.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewfile/1749/1446>>. Acesso em: 28 jan. 2020. p. 114.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewfile/1749/1446>>. Acesso em: 28 jan. 2020. p. 116.

IPOLLITO, Dario. **El Garantismo Penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007).

IPOLLITO, Dario. **Itinerário do Garantismo**. Videre, Dourados, MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011. p.54.

JUNIOR, Humberto Theodoro. O Processo Civil Brasileiro Contemporâneo iluminado pelos Princípios Constitucionais: Rumos adotados pelo Projeto de Novo Código em tramitação no Congresso Nacional, em busca do estabelecimento do “Processo Justo”. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *O Processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013, p. 197.

JUNOY, Joan Picó i. **El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia**. In: *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, das cartas y quince ensayos*. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch. 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 73.

KRELL, Andreas J. *Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos - O exercício da cidadania jurídica como resposta a falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas*. In: Feitosa, Enoque et alii (Org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Edit. Univ. UFPE, 2012, v. 2, p. 135-179. p. 20.

KRELL, Andreas J. *Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos - O exercício da cidadania jurídica como resposta a falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas*. In: Feitosa, Enoque et alii (Org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Edit. Univ. UFPE, 2012, v. 2, p. 135-179. p. 20

KRELL, Andréas. *Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. A Constituição Concretizada Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2000, p. 29

LARUCCIA, Mauro Maria. **Semiótica: signo, objeto e interpretante**. Disponível em: <http://www.fics.edu.br/index.php/augusto_guzzo/article/view/121/139>. Acesso em: 04 mai.2021

LEAL, Rosemiro Pereira. *A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista*. In: **Teoria do processo: Panorama mundial**. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão (coords.). Salvador: JusPodivm, 2007. p. 905-916.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, Gisele. **Garantismo Versus Ativismo ou o velho embate do cidadão contra o Estado**. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/garantismo-versus-ativismo-ou-o-velho-embate-do-cidadao-contra-o-estado>>. Acesso em: 29 out. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Lôbo, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil. Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitucion**. Barcelona. ed. Ariel, 1983. p. 253.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LUKÁCS, Gyorgy. **Ontologia do ser social**. Trad. Nélio Schneider. Campinas: Boitempo, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, volume II, São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2015, pp. 315-319.

MARRAFON, Marco Aurélio. **A contribuição de Fachin para o Direito Civil Constitucional brasileiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-28/constituicao-poder-contribuicao-fachin-direito-civil-constitucional>. Acesso em: 28 set. 2022.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010. p. 346.

MARX, K. ENGELS, F. **Manifesto del Partido Comunista** (1848). cap. III. RomaBari: Laterza, 2005 in IPOLLITO, Dario. Itinerário do Garantismo. Videre, Dourados, MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011.

MELENDO, Santiago Sentis. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 627.

MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Processo Justo, *in* **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil Nº 45** – Nov-Dez/2011, p. 23 e 24.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.300.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade, vol. 9, n.29, jul/dez 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Neoprivatismo no processo civil**. In:_____. Temas de direito processual. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**. In: _____. Temas de direito processual. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORIN, Edgar. **O método 4**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Sobre as definições**. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); BRITTO, Lucas Galvão de (org.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016. P. 261.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NADER, Paulo. O Projeto do Novo Código Civil, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 3 in NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Forense, 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 270 p.

NEVES, Marcelo. **Entrevista Marcelo Neves: Entre hidras e Hercules**. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules>>. Acesso em: 14.05.2022.

NIEVA-FENOL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciência jurisdiccional. Revista de processo. V. 220. Jun./2013. São Paulo: **revista dos tribunais**, 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Limites linguísticos legislativos da discricionariedade judicial. **Revista de Informação legislativa**, ano 46, n. 181.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática de tutela jurisdiccional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. disponível em www.abdpc.org.br. Acesso em: 13.09.2020.

ORMELESI, Vinicius Fernandes. **Ciência e metodologia jurídica: dos princípios científicos à teoria da norma jurídica**. revista espaço acadêmico. n.136. set, 2012. p.71-78..

OVIEDO, Carlos Fernando Torres. **A dupla função das ideologias a partir das contribuições de Lukács e Lefebvre**. Revista Brasileira de Estudos Organizacionais. v. 3. n. 2, p. 171-193, dez.2016.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de Processo, vol. 102/2001, Abr-Jun/2001, p. 55-67.

PEDRON, Flávio Quinaud; CAMPOS, Felipe de Almeida. Instrumentalismo vs. processo constitucional: os caminhos teóricos da processualidade nos trinta anos da Constituição da República de 1988. **R. do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ** | Belo Horizonte, ano 16, n. 23, p. 53-75, jan./jun. 2018.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. Revista Senado. Brasília a. 43 n. 169 jan./mar. 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil. Forense, 2017. p. 36.

PEREIRA, Mateus Costa Pereira. **Introdução ao estudo do processo: Fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 364p.

PEREIRA, Mateus Costa. Processo e ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237)

PETERS, F. E. **Termos Filosóficos Gregos: Um Léxico Histórico**. Tradução Beatriz Rodrigues Barbosa. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1983.

PINHEIRO, Guilherme César. **As reformas processuais e o devido processo legal: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no processo democrático**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 8, n. 1, p. 77-116, jan./jun. 2011.

POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). v. 8 n. 3 (2016): Setembro/Dezembro. 272-285p.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 153.

PRAZAK, Maurício Avila. et al. **Neoconstitucionalismo no Brasil e a relação com a judicialização da política e o ativismo judicial** **Direito em Movimento**. Rio de Janeiro, v. 18 - n. 3, p. 199-223, 2020 - Ed. Especial.

RAATZ, Igor. **A resistência instrumentalista e o surgimento da doutrina brasileira do garantismo processual: uma breve análise em dois atos**. Coluna Garantismo processual.

Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/28-a-resistencia-instrumentalista-e-o-surgimento-da-doutrina-brasileira-do-garantismo-processual-uma-breve-analise-em-dois-atos>. Acesso em: 20.05.2022.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo? A formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual**. Casa do Direito, 2021.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

RAMOS, Glauco Gumerato. #77 - **Patrono póstumo da escola brasileira de garantismo processual: José Joaquim Calmon De Passos**. Coluna Garantismo processual. Disponível em: < <https://emporiiodireito.com.br/leitura/77-patrono-postumo-da-escola-brasileira-de-garantismo-processual-jose-joaquim-calmon-de-passos>>. Acesso em: 26 mai.2022.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate**. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Garantismo Processual em debate**. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/1-garantismo-processual-em-debate>>. Acesso em: 30 out. 2019.

RAMOS, Glauco Gumerato. O deslegitimante ativismo judicial do juiz constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)**, ano 22, n. 88, out./dez. 2014, pp. 251-254.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Patrono póstumo da escola brasileira de garantismo processual: José Joaquim Calmon De Passos**. Direito, processo e garantia: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). Londrina: Thoth, 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 339

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 15. ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 64.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neconstitucionalismo e dos princípios**. Meritum – Belo Horizonte – v. 5 – n. 2 – p. 13-52 – jul./dez. 2010.

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **A Discricionariedade Judicial em Herbert L. Hart e em Hans Kelsen. Humanidades em diálogo**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 111-120, 2007. DOI: 10.11606/issn.1982-7547.hd.2007.106100. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/106100>. Acesso em: 28 set. 2022

ROSENVOLD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 50.

ROSSI, G. C. O, **Grande Dicionario della Lingua Italianade Salvatore Battaglia**. ALFA: Revista de Linguística, São Paulo, v. 5, 2001. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/alfa/article/view/3235>>. Acesso em: 13 set. 2022.

RUGGIERO, Guido De. Storia del Liberalismo in Europa (1925). Roma-Bari: Laterza, 1984. p. 63. in IPOLLITO, Dario. **Itinerário do Garantismo**. Videre, Dourados, MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011. p. 56.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55

SARMENTO, Daniel. **A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>>. Acesso em: 12.05.2022.

SCHREIBER, Ricardo. Direito Civil e Constituição. In SCHREIBER, Ricardo; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 9.

SILVA, Beclate Oliveira. **A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 291 f. TESE (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.p. 45.

SILVA, Beclate Oliveira. **Verdade como objeto do negócio jurídico processual**. In. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Coord. Negócios Processuais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V.1. 3 ed. Salvador: Juspdivm, 2017. p. 560-561.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 9.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: O paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SOARES, Marcos José Porto. **Distinção entre processo e procedimento**. Repro. vol. 246. Ago 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RPro_n.246.08.PDF>. Acesso em: 15 mai. 2022.

SOUSA, Diego Crevelin de. **Imparcialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Casa do direito, 2021. p. 127.

SOUSA, DIEGO CREVELIN DE. **O caráter mítico da cooperação processual**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. 2a ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65. Também, GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 40.

SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutório do juiz**: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2011. p. 52.

STRECK, Lênio Luiz. In 1988-1998, uma década de Constituição; As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, p. 323.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; LOPES, Ziel. O “bom litigante”: riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, n. 90, 2015. p. 340-354.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213.

SUORDEM, Fernando. O Princípio da Separação dos Poderes e os Novos movimentos sociais A Administração Pública no Estado Moderno: Entre as exigências de liberdade e Organização, Coimbra: Almedina, 1995.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3. ed. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009. p. 404.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 123.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Linguagem no direito**. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/68/edicao-1/linguagem-no-direito>>. Acesso em 20 jan. 2022.

TRINDADE, André Karam. **Raízes do Garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 14. Jul. 20.

VAISMAN, Ester. **A ideologia e sua determinação ontológica**. Verinotio revista online – n. 12, Ano VI, out./2010, p. 44-45. Disponível em: <<http://www.verinotio.org/conteudo/0.49365995032122.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 22.

VECCHI, Ipojuacan Demétrius. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011.p.117

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **El debido proceso de la garantía constitucional**. Rosario: Ed. Zeus, 2003. p. 301 e 302.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. In: CALDEIRA, Adriano César Braz (org.). **Processo e ideologia**. São Paulo: Ltr, 2015. p. 10.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 111.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição como reserva de justiça**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/Y8JcyfSfzxsjsQSSwqyKHsN/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 28 agost. 2022.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**, vol 1,. São Paulo, Axis Mundi/IBET, 2003, p.82.

WARAT, Luis Alberto. In TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Linguagem no direito**. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/68/edicao-1/linguagem-no-direito>>. Acesso em 20 jan. 2022.