

O ativismo, o garantismo e o cooperacionismo processual

Vitor Fonsêca*

Sumário: 1 Introdução. 2 Os modelos públicos e privados de processo civil. 3 Os binômios “dispositivo *versus* inquisitivo” e “civil law *versus* common law”. 4 Os modelos processuais do ativismo, do garantismo e do cooperacionismo. 4.1 O ativismo processual. 4.2 O garantismo processual. 4.3 O cooperacionismo processual. 5 Conclusões. Referências.

Resumo: O estudo tem por objetivo encontrar modelos processuais baseados nas ideias do “público” e do “privado” no Direito Processual Civil. Critica-se a dicotomia dispositivo-inquisitivo e propõe-se a classificação dos modelos ou tendências do ativismo, do garantismo e do cooperacionismo processual.

Palavras-chave: Direito Processual Civil – dispositivo – inquisitivo – civil law – common law – ativismo – garantismo – cooperacionismo.

1 Introdução

Nesse momento, tramita no Congresso Nacional o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Uma das críticas direcionadas ao Projeto é a de que ele fortalece os “poderes do

* Mestre e Pós-Graduado lato sensu em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Promotor de Justiça/AM.

juiz”. Para os estudiosos, isso seria um ponto negativo. Afinal, seria uma invasão do “público” (o juiz) na atuação do “privado” (as partes). Diz-se, inclusive, ser um texto “autoritário”.

Partindo dessa crítica, o presente estudo propõe-se a reanalisar os modelos processuais chamados “dispositivo” e “inquisitivo”, para servirem de base (ou não) a essa discussão. Pretende-se saber se os críticos e os defensores do Projeto partem de uma mesma premissa científica.

Para tanto, o estudo baseia-se numa distinção entre “público” e “privado” no processo civil. Inicia-se pela divisão porventura existente entre modelos público e privado no Direito Processual Civil, para então voltar às clássicas dicotomias dispositivo-inquisitivo e *civil law-common law*. Como são as distinções mais utilizadas pela doutrina, foram as escolhidas para servirem de base inicial a essa discussão entre o público e o privado no processo civil.

Mais adiante, o estudo apresenta três outros modelos processuais, ainda baseados no público e no privado no processo civil, de modo a entender como esses modelos hoje atuam. O objetivo é mostrar que talvez essa nova classificação seja mais atual e rente às transformações da legislação, da doutrina e da jurisprudência. O objetivo específico é utilizar essa estrutura de modelos como ponto de partida para discutir futuramente em qual tendência o Projeto do Novo CPC está inserido.

2 Os modelos públicos e privados de processo civil

Dizer se um modelo de processo civil é “público” ou “privado” depende de variações históricas e de valores

de acordo com o estágio de cada sociedade. A análise dos períodos históricos demonstra a ascensão, alternadamente, ora do privatismo processual (caso do liberalismo francês) ora do publicismo processual (como ocorreu com o advento do *Welfare State*). Cabe ao legislador disciplinar o processo civil de acordo com um modelo de publicismo ou de privatismo adaptado à sua própria realidade¹.

Nenhum ordenamento, porém, adota um sistema processual inspirado integralmente num ou noutro modelo. Não há modelos “puros”. Em um ordenamento jurídico processual, o “público” e o “privado” não estão separados por limites intransponíveis. Na verdade, a história do processo é a história dos diversos pontos de equilíbrio entre esses valores contrapostos (liberdade *versus* autoridade)².

Em geral, os destaques dos valores “públicos” e “privados” são refletidos no modo generalizado de como se estrutura o processo civil. Ao se denominar um modelo processual de “público” ou de “privado”, o que se pretende é focalizar a predominância (e não a exclusividade) do publicismo ou do privatismo.

3 Os binômios “dispositivo *versus* inquisitivo e “civil law *versus* common law”

Até algumas décadas atrás, falava-se em geral num modelo dispositivo, baseado no privatismo, e num modelo inquisitivo (ou autoritário), quando fundamentado no

¹ Gustav Radbruch, *Filosofia del derecho*, p. 163-168.

² Andrea Proto Pisani, *Pubblico e privato nel processo civile*, *Revista de Processo*, p. 281-304.

publicismo. Apesar de generalizada entre os autores há décadas, essa terminologia de modelo “inquisitivo” ou “autoritário” deve ser abandonada e não deve ser adotada.

Não parece correto falar de um modelo processual “autoritário” (“autoritarismo” processual). Ao menos no processo civil, nunca houve um processo em que apenas o juiz agisse de ofício ou um processo no qual as partes não tivessem direito algum perante o tribunal. Do mesmo modo, nem todo regime político conhecido como “autoritário” produziu um modelo processual “autoritário”. A história ensina não haver uma vinculação necessária entre o cunho “autoritário” do regime político e o regime “inquisitivo” do processo civil³.

Por outro lado, é criticável também a expressão do modelo processual “inquisitivo” (ou “inquisitório”). O fato de o juiz ter poderes de direção e de controle do processo não implica um modelo inquisitivo. Se um sistema contar com a iniciativa probatória oficial, nem mesmo isso o transforma em um modelo inquisitivo, se essa iniciativa estiver limitada aos fatos alegados pelas partes. Um verdadeiro modelo inquisitivo contrapõe-se a um modelo dispositivo, ou seja, um modelo baseado na máxima da disposição da parte, a partir da qual o juiz não pode instaurar *ex officio* um processo. No estágio atual, não há modelos processuais que prescindam da inércia da jurisdição como regra⁴.

Também tornou-se comum dividirem-se os sistemas processuais, quanto aos poderes de direção do processo, entre o modelo de *common law* (*adversary system*) e o modelo de *civil law* (romano-canônico). No modelo de *civil law*, aos juízes seriam

³ Andrea Proto Pisani, *ob. cit.*, p. 281-304.

⁴ Mauro Cappelletti, O processo civil no direito comparado, p. 34 e 51.

confiados maiores poderes no impulso do processo, inclusive em matéria de provas. Do contrário, pelo modelo de *common law*, as partes têm em mãos maiores poderes na condução do procedimento.

Esse binômio entre *common law* e *civil law* também é hoje considerado relativo. A doutrina há mais de trinta anos vem preconizando que a participação do juiz na direção do processo, nos modelos de *common law*, tende a aumentar, a ponto de fazê-lo dirigir e controlar mais o processo (*managerial judge*), sem o papel indiferente de outros tempos. Os juízes não se contentam mais em apenas julgar; querem participar enfaticamente dos resultados do processo. Essa tendência pode ser visualizada tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, principalmente após as *Civil Procedure Rules* de 1999. Por outro lado, mesmo na Europa, os modelos de *civil law* têm experimentado algumas limitações às iniciativas probatórias do juiz, em especial na Espanha depois da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000⁵.

4 Os modelos processuais do ativismo, do garantismo e do cooperacionismo

Ao invés da dicotomia “inquisitivo/dispositivo” ou do binômio “*common law (adversary system) / civil law*”, deve ser acolhido um outro ponto de vista, mais atual e talvez com menos críticas, para distinguir o binômio “público” e “privado” no Direito Processual Civil.

Parte-se da premissa de que os modelos processuais

⁵ Judith Resnik, *Managerial judges*, Harvard Law Review, p. 376-380; José Carlos Barbosa Moreira, *Reformas processuais e poderes do juiz*, Revista do Ministério Público, p. 85-86.

atuais adotam, como regra, o sistema dispositivo, a partir do qual é proibido ao juiz dar início a um processo ou recorrer de sua própria sentença, por exemplo. Assim sendo, o critério adotado para diferenciar os modelos refere-se a uma maior ou menor interferência do Estado-juiz na condução do processo civil, sem qualquer vinculação à “disposição” do direito material. Discute-se, aliás, se seriam “tendências” ou “modelos” de sistemas processuais: 1) o ativismo processual; 2) o garantismo processual; e 3) o cooperacionismo processual.

4.1 O ativismo processual

No “ativismo processual”, há uma maximização da figura do juiz. Na condução do processo, o juiz deveria atuar independentemente de provocação das partes. Aos olhos “ativistas”, não há nada de errado em conferir maiores poderes processuais ao juiz para resolver problemas sem uma solução legislativa adequada. Mesmo sendo omissa a lei, o juiz tem o poder de resolver questões processuais, tudo com o propósito de se “fazer justiça”. Daí a possibilidade, inclusive, de “criar” soluções não previstas em lei⁶.

Entre tais soluções criativas do “ativismo”, muitas delas já são objeto de estudos aprofundados pelos processualistas, como a flexibilização da congruência, e até mesmo de reformas legislativas, como a tutela antecipada e as cargas probatórias dinâmicas. É certo, porém, que o “ativismo” não se esgota nos poderes instrutórios *ex officio* do juiz⁷.

⁶ Glauco Gumerato Ramos, *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*, Revista MPMG Jurídico, p. 08-15.

⁷ Jorge W. Peyrano, *Sobre el activismo judicial*, *Activismo y garantismo procesal*, p. 11-16.

O fenômeno da “jurisdição” é o destaque desse modelo processual. Os “ativistas” dizem ser a função jurisdicional o fundamento jurídico-constitucional para permitir aos juízes maiores poderes no saneamento e na instrução da causa.

A esmagadora maioria dos processualistas brasileiros alinha-se ao “ativismo processual”, mesmo que inconscientemente. No Brasil, não é costume dividir os processualistas civis entre “garantistas” e “ativistas” (o que, ao contrário, começa a ocorrer no processo penal). No entanto, muitas das discussões durante a tramitação do Projeto do Novo Código de Processo Civil estão sendo permeadas de uma resistência maior ou menor ao ativismo processual. Basta verificar, por exemplo, a crítica de alguns setores aos “novos poderes” do juiz.

4.2 O garantismo processual

No “garantismo processual”, há uma maximização dos direitos das partes. Há preocupação com as garantias processuais, sempre previstas pela Constituição em favor de seus cidadãos. Os “garantistas” exigem do juiz o compromisso de não assumir atitudes paternalistas com as partes. Ao juiz não é autorizado assumir para si deveres não previstos no texto constitucional. Enxergam o processo civil como “método de liberdade” (contra o Estado) e valorizam temas como o devido processo legal, o direito de acesso à justiça, a imparcialidade do juiz, a igualdade entre as partes e a bilateralidade de audiência⁸.

Foram os estudos sobre as garantias penais do réu que deram origem ao modelo do “garantismo processual”. Para eles, a

⁸ Adolfo Alvarado Velloso, *El garantismo procesal, Activismo y garantismo procesal*, p. 145.

teoria do “garantismo” aplica-se a outros ramos jurídicos – entre eles o Direito Processual Civil. Daí a obediência ao princípio da estrita legalidade, ou seja, a vinculação do Poder Público ao Estado de Direito. O “garantismo” também caracteriza-se pela distinção entre vigência e validade, sendo a primeira a simples compatibilidade às regras de competência e de processo legislativo, enquanto a segunda, a vinculação material das normas inferiores às prescrições das normas superiores⁹.

A maior crítica dos “garantistas” reside no fato de que o “ativismo processual” do juiz implicaria desrespeito ao devido processo legal. O fortalecimento das regras do devido processo legal serviria como garantia máxima de segurança jurídica. O “garantismo processual”, por exemplo, seria contrário às tutelas de urgência deferidas sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*) e aos poderes instrutórios do juiz (*ex officio*).

4.3 O cooperacionismo processual

Estudos mais recentes acrescentam mais um tipo de modelo: o “cooperacionismo processual”. Maximiza-se a interação entre o juiz e as partes. Com fundamento na ideia da “cooperação processual”, esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório. O juiz e as partes passam a ser sujeitos de um “diálogo processual”. O processo nem é determinado pela vontade exclusiva das partes nem pela posição autoritária do juiz em relação às partes. Não há destaque para um único sujeito processual. Em razão da

⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 851-854.

coparticipação e da paridade dos sujeitos processuais, o modelo cooperativo é entendido como o mais indicado à construção de um processo civil democrático¹⁰.

É interessante notar a alternância do enfoque do “cooperacionismo”. De um lado, tenta-se insistir numa posição mais ativa do juiz, deixando de lado seu tradicional papel de mero espectador do duelo entre as partes (“fortalecimento” do papel do juiz). Por outro lado, prefere-se ressaltar e resguardar o direito das partes de participarem das decisões sobre o desenvolvimento do processo, sempre ao lado do juiz (“fortalecimento” do papel das partes).

Em Portugal, por exemplo, defende-se, de um lado, que a “cooperação” não deve ser vista como um novo mito ou panaceia, pois, na verdade, não passaria de uma confiança excessiva no juiz como “senhor” do formalismo processual (“autoritarismo” disfarçado). Sob a influência de uma suposta ideia da “cooperação” entre as partes e o juiz, seria criado, na verdade, um processo civil “líquido”, completamente modelado pelo juiz (e não pelo legislador)¹¹. Em lado oposto, defende-se que não há qualquer cunho autoritário no “cooperacionismo”. Pelo contrário: se assegurados às partes o dispositivo, o contraditório e o controle das decisões judiciais, então seria possível defender um “ativismo processual”, sem qualquer receio de autoritarismo. Para essa segunda corrente, tanto “ativistas” quanto “garantistas” pretenderiam o mesmo: a rápida e a justa solução do litígio. Para

¹⁰ Daniel Mitidiero, Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 101-103; Fredie Didier Jr., *Os três modelos de direito processual: dispositivo, inquisitivo e cooperativo*, *Revista de Processo*, p. 213-225.

¹¹ Luís Correia de Mendonça, *Processo civil líquido e garantias: o regime experimental português*, *Revista de Processo*, p. 215-250.

alcançar esse objetivo comum: a) o dever de cooperação entre as partes não implicaria a desistência de seus interesses privados; e b) nem o dever de cooperação do juiz o tornaria “parcial” por colocá-lo ao nível das partes¹².

No “cooperacionismo processual”, não deve haver protagonistas. Deve-se valorizar todas as profissões jurídicas (juízes, advogados, membros do Ministério Público, entre outras). Deve haver equilíbrio e corresponsabilização. Fala-se, inclusive, numa “teoria dos papéis” (*Rollentheorie*), ou seja, numa divisão de papéis e de funções a serem desenvolvidas dentro do processo. Essa “comunidade de trabalho” decorre, enfim, de um modelo constitucional, pautado na garantia do contraditório e da razoável duração do processo¹³.

O modelo do “cooperacionismo processual” parece sugerir ainda que o juiz possui mais um “dever” do que um “poder” de jurisdição. Isso se deve à sua teoria-base: a “relação jurídica processual”. O processo seria uma relação entre o juiz e as partes. Nesse ambiente relacional, haveria direitos, deveres e ônus tanto para as partes quanto para o juiz, sem sobreposições. Um ambiente processual “cooperativo” permitiria um trabalho conjunto entre o juiz e as partes, cada um obedecendo aos seus deveres e observando seus direitos.

Os autores parecem indicar ainda que o “cooperacionismo processual” reconhece o controle do direito material pelas partes e não pretende afastar ou substituir as regras dispositivas do

¹² Mariana França Gouveia, *Os poderes do juiz na ação declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*, *Julgar: Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, p. 47-65.

¹³ Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*, *Revista de Processo*, p. 107-141.

processo civil (como o próprio direito de pedir em juízo, o direito de recorrer etc.). Nem é um modelo autoritário nem um modelo liberal. O que se pretende é não deixar a condução do processo à disposição exclusiva das partes. Para isso, deve o juiz assumir uma posição não autoritária, e sim cooperativa¹⁴.

5 Conclusões

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que:

1) não é recomendável a terminologia das classificações entre modelos processuais inquisitivo/dispositivo e *civil law/common law*, ao menos para tratar, com segurança científica, do fenômeno público/privado no Direito Processual Civil;

2) em virtude dos estudos mais recentes, seria possível, em conformidade com uma visão pública/privada do desenvolvimento do processo, distinguir os modelos (ou tendências) do ativismo processual, do garantismo processual e do cooperacionismo processual

3) No Brasil, é preciso ainda testar essa classificação, principalmente com o advento de um Novo Código de Processo Civil, dito mais “cooperativo”;

4) Outrossim, a doutrina deve estar atenta a esses diferentes modelos (ou tendências), de modo que um embate teórico entre posições antagônicas partam sempre da mesma premissa (ativista, garantista ou cooperacionista), sob pena de tornar infrutífera a discussão científica.

¹⁴ Reinhard Greger, *Cooperação como princípio processual*, *Revista de Processo*, p. 123-134.

Referências

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. **Revista do Ministério Público**, v. 18, Rio de Janeiro, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, p. 83-95, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: dispositivo, inquisitivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 198, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 213-225, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, v. 206, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 123-134, 2012.

GOUVEIA, Mariana França. **Os poderes do juiz na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. Julgar: Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses**, v. 01, Coimbra, Coimbra, p. 47-65, 2007.

MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias: o regime experimental português. **Revista de Processo**, v. 170, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 215-250, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:**

pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEYRANO, Jorge W. Sobre el activismo judicial. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

PROTO PISANI, Andrea. Pubblico e privato nel processo civile. **Revista de Processo**, v. 193, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 281-304, 2012.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia del derecho**. 2.ed. Madri: Revista de Derecho Privado, 1944.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **Revista MPMG Jurídico**, vol. 18, Belo Horizonte, CEAF, p. 08-15, 2009.

RESNIK, Judith. Managerial judges. **Harvard Law Review**, v. 96, Cambridge, The Harvard Law Review Association, p. 376-448, 1982.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, v. 168, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 107-141, 2009.

O ativismo, o garantismo e o cooperacionismo processual