A COOPERAÇÃO NO NOVO CPC – uma terceira via para discussão das questões judiciais

LUIS FELIPE BRANQUINHO VARGAS[1]

RESUMO

O presente texto se propõe a apresentar uma visão sobre duas correntes doutrinárias que se fundamentam na conduta jurisdicional, aplicando uma terceira via fundamentada pelo novo Código de Processo Civil (CPC), a cooperação. Traz a visão de alguns autores sobre cada uma destas correntes e procura abrir uma discussão sobre a cooperação integrada ao novo código que se apresenta.

Palavras-chave: Garantismo processual. Ativismo judicial. Cooperação.

ABSTRACT

This paper aims to present an insight into two doctrinal currents that are based on the judicial conduct, applying a third way substantiated by the new Civil Procedure Code (CPC), cooperation . Brings the view of some authors about each of these chains and seeks to open a discussion on integrated cooperation to the new code at hand.

Key words: Guaranteeism procedural , judicial activism , cooperation.

INTRODUÇÃO

Percebe-se a existência de três correntes doutrinárias as quais defendem linhas de conduta e atuação da jurisdição, notadamente se valendo da prerrogativa de influência do juiz sobre o processo em que está julgando. Basicamente, percebem-se duas correntes: garantismo processual e ativismo judicial. Aurelli, 2015, se volta para lançar a dúvida sobre a existência da divisão entre garantismo processual contraposto ao ativismo judicial e sobre a necessidade de proceder com esta divisão.

Ambas as escolas focam a discussão "(…) sobre como deve se portar o juiz, no modelo constitucional do processo e no princípio do devido processo legal". O presente texto busca caracterizar cada uma destas correntes e dedicar atenção a uma terceira via,

[1] – FADIVA – Faculdade de Direito de Varginha. Aluno da disciplina de Direito Processual Penal II, turma 2015, do Curso de Bacharel em Direito. E-mail: lftur@yahoo.com.br

fundamentada como cooperação.

Garantismo Processual Contraposto ao Ativismo Judicial

Garantismo Processual

Na busca de trazer à tona a definição de garantismo processual, volta-se para Glauco Gumerato Ramos citado por Aurelli (2015, p.1) como o

> [...] movimento dogmático voltado a estudar e propor que a utilização e o manejo do processo civil pelo juiz e pelo jurisdicionado, o seja na perspectiva das garantias prescritas no modelo semântico constitucional de processo jurisdicional, sem que por razões outras que não as expressamente previstas na Constituição possa a jurisdição (poder) subjulgar, tergiversar ou se apartar do rigoroso cumprimento do devido processo legal (=garantia).

Em sentido correlato Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (2013, apud AURELLI, 2015, p.2) salienta que o garantismo está apoiado na CF, propõe a mitigação dos poderes do juiz, ao mesmo tempo em que assegura às partes ampla participação na atividade jurisdicional, por meio do princípio do devido processo legal. A limitação ao poder do juiz, segundo esta corrente doutrinária, é necessária para a manutenção do Estado Democrático de Direito. E, fundamenta, ainda, que o papel do juiz não é inovar, criar normas, nem ditar regras próprias na condução do processo, mas sim atuar em atividade subsidiária e complementar às das partes.

Outro olhar sobre o mesmo tema é fundamentado por Adolfo Alvarado Velloso, citado por Aurelli (2015, p.3)

> [...] o garantismo processual não tolera tergiversação da norma fundamental; ao contrário, contenta-se modestamente que os juízes – mais uma vez: comprometidos apenas com a Lei – declarem a certeza das relações jurídicas conflitivas através da outorga do direito de defesa a todos os interessados, resguardando a igualdade processual com uma clara imparcialidade funcional, para, assim, fazer plenamente efetiva a tutela legal de todos os direitos.

[1] – FADIVA – Faculdade de Direito de Varginha. Aluno da disciplina de Direito Processual Penal II, turma 2015, do Curso de Bacharel em Direito. E-mail: lftur@yahoo.com.br

Didier Júnior, 2013, (apud AURELLI, 2015, p.3) reforça que no garantismo o modelo apresentado pela doutrina de adversarial é o que impera, indicando que toda a atividade probatória fica a cargo das partes, empregando à atividade judicial uma atuação meramente subsidiária. Apresenta-a com o objetivo de proteger o cidadão contra possíveis abusos do Estado, caracterizados pelo aumento de poderes. Neste mesmo sentido, Lenio Luiz Streck (apud AURELLI, 2015, p.3), influi que ao se tratar de uma técncia de limitação e disciplina dos poderes públicos

> [...] pode ser considerado o traço mais característico, estrutural e substancial da Democracia: garantias tanto liberais como sociais expressam os Direitos Fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais débeis em relação aos mais fortes, tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas.

A autora conclui que, "(...) se para preservar o direito, para garantir a efetividade da tutela, o juiz tomar a frente, respeitando o princípio do devido processo legal, o modelo constitucional do processo e as normas processuais, não há o que criticar. O jurisdicionado espera e anseia por isso." (2015, p.4)

1.2 Ativismo Judicial

Em se tratando de Ativismo Judicial, defende-se

> [...] uma postura mais participativa da atividade judicial, outorgando ao juiz um poder mais criativo. Assim, nas hipóteses em que não houvesse lei a regular o caso, poderia o juiz exercer atividade criadora da norma a regular o conflito que lhe foi submetido à apreciação, com vista a possibilitar o efetivo exercício da jurisdição. A finalidade dessa corrente é atribuir uma maior liberdade ao juiz. Aurelli (2015, p.4).

Há autores, como Glauco Gumerato Ramos (apud AURELLI, 2015, p.4), que criticam o ativismo judicial, afirmando que a postura do juiz ativista corresponde a uma atuação política típica do poder Executivo e Legislativo e não cabe o exercício político do juiz. O que é rechassado por Aurelli (2015) ao influir que o ativismo judicial não contraria a

[1] – FADIVA – Faculdade de Direito de Varginha. Aluno da disciplina de Direito Processual Penal II, turma 2015, do Curso de Bacharel em Direito. E-mail: lftur@yahoo.com.br

CF permitindo uma postura mais ativa do juiz quando se limita as suas diretrizes.

Gustavo Gonçalves Gomes, (apud DIDIER JÚNIOR, 2013,), apresenta oito vantagens do ativismo judicial: a) proporciona a consciência de um Estado Democrático de Direito; b) consagra uma nova importância ao constitucionalismo; c) realça os reais valores da Constituição; d) garante acesso ao Judiciário; e) preserva e oportuniza o exercício de direitos e garantias fundamentais; f) amplia as conquistas sociais via determinação judicial; g) maximiza os direitos em geral; h) efetiva o sistema de freios e contrapesos, entre outras. O mesmo autor ensina que o ativismo é elogiado nos regimes do *common Law* por "proporcionar a adaptação do direito às novas exigências sociais e as novas pautas axiológicas" (idem).

De acordo com Aurelli (2015), reside na doutrina entendimento de que o modelo processual inquisitivo está presente no ativismo judicial, dada a maior concentração de poderes ao juiz. O que o levaria, desta forma, a não observar os limites impostos à atividade do Judiciário. E conclui indicando que o melhor seria um juiz ativo e não ativista.

2 GARANTIA CONSTITUCIONAL – O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal, expresso no Art. 5º, LIV, da CF, para Aurelli (2015), é o cerne da divergência entre ativismo judicial e garantismo processual, se é que ela realmente existe. Consagrado como garantia constitucional abrange a proteção material e a processual, conforme se verifica com a posição de Nelson Nery Júnior (apud AURELLI, 2015, p.5) de que:

> [...] genericamente, o princípio do *due process of law,* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade", protegendo estes três pilares em seu sentido mais amplo e genérico. Para este autor, o princípio *due process of law* abrange a tutela processual sob dois aspectos: "o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por

[1] – FADIVA – Faculdade de Direito de Varginha. Aluno da disciplina de Direito Processual Penal II, turma 2015, do Curso de Bacharel em Direito. E-mail: lftur@yahoo.com.br

> meio do processo judicial ou administrativo. (AURELLI, p.5, 2015)

Discussão significativa e pertinente ao que tange à aplicabilidade da tutela jurisdicional é apresentada por Aurelli (2015, p.5-6) citando Paulo Henrique dos Santos Lucon, o qual relata sobre a necessidade de se sair do campo teórico para a aplicação prática da garantia de tutela jurisdiconal aos direitos substanciais. E esclarece ainda que "o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade." (AURELLI, 2015, p.6)

Uma vez que se fundamenta o princípio do devido processo como gênero, do qual todos os demais princípios são espécies, afirma-se que sua adoção pela norma constitucional garantiria o direito a um processo e sentença justos. Não obstante, o devido processo legal estabelece para o juiz uma série de deveres-poderes que o fazem também sujeito do contraditório, o chamado contraditório participativo, o que revela limites ao estado democrático de direito na prestação da tutela jurisdicional.

Valendo-se do princípio do devido processo legal infere-se que tanto o ativismo judicial quanto o garantismo processual podem ser utilizados pelo juiz para o desempenho da função jurisdicional, atuando de forma equilibrada entre estas duas correntes.

CONTRAPOSIÇÃO ENTRE GARANTISMO PROCESSUAL E ATIVISMO JUDICIAL

Citando Glauco Gumerato Ramos, Aurelli (2015, p.9) apresenta que

> [...] em linhas gerais o debate ativismo versus garantismo gira em torno: i) dos aspectos ideológicos do processo civil, ii) dos seus sistemsas de enjuizamento – inquisitivo ou dispositivo – iii) do papel do juiz e das partes na relação processual, iv) da dimensão constitucional da jurisdição, v) do conteúdo e do significado do devido processo legal, vi) da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório entre outros.

[1] – FADIVA – Faculdade de Direito de Varginha. Aluno da disciplina de Direito Processual Penal II, turma 2015, do Curso de Bacharel em Direito. E-mail: lftur@yahoo.com.br

Outra discussão pertinente, a fim de aproximar as duas correntes, a do garantismo processual e a do ativismo judicial, é que ambas estão preocupadas que a jurisdição cumpra sua função social. Para Calmom de Passos, citado por Aurelli (2015, p.7), a função social precisa ser entendida sob a ótica do resultado que gera à convivência social. Em consonância, o Estado deve garantir que a jurisdição cumpra sua função social valendo-se do princípio do devido processo legal e as garantias constitucionais – acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, fundamentação das decisõs judiciais. A preocupação levantada por Teori Albino Zavascki (1994, apud AURELLI, 2015) é quanto a aplicação das normas e o alcance efetivo da função social a que se propõe no sistema normativo. O supracitado autor releva a necessidade de se tomar uma posição exigida na contemporaneidade: "a do abandono das orientações segundo as quais a interpretação e a aplicação do Direito é simples operação mecânica, meramente silogística, calcada unicamente em fórmulas e formas positivamente estabelecidas." (Aurelli, 2015, p.8). Cabendo, ainda, ao juiz atuar de forma decisiva, utilizando-se de todos os recursos e meios expressos no sistema jurídico nacional, tomando uma atitude mais ativa, determinando a produção de provas, efetivando a inspeção ocular, produzindo a lei reguladora no caso concreto, entre outras.

Ainda diante da função social, a autora revela que cabe ao Estado resolver os conflitos que lhe são apresentados, mesmo diante da lacuna da lei ou dúvida acerca do que se pede. Ao que se tem, o Art. 5º, inciso XXXV, já preconiza o dever do juiz em prolatar sentença, mesmo com lacunas da lei. O mesmo pode ser encontrado no Art. 125 do CPC, que o garante, por meio das regras de hermenêutica, de seus valores e senso comum, resolver o conflito criando normas aparando-se em tais fundamentos. Assim, sob a égide dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paz social, o órgão julgador

[1] – FADIVA – Faculdade de Direito de Varginha. Aluno da disciplina de Direito Processual Penal II, turma 2015, do Curso de Bacharel em Direito. E-mail: lftur@yahoo.com.br

deve levar em consideração a realidade social sob a qual está inserido para julgar as demandas que lhe são apresentadas, valendo-se desta realidade para resolver, em certa medida, o conflito social engendrado nesta demanda.

A COOPERAÇÃO NO NOVO CPC

A autora oferece um contra-ponto a esta dualidade, o de se observar o modelo constitucional do processo em todas as condutas de seus sujeitos, incluindo a do juiz, sendo imperioso, a partir daí, verificar se o devido processo legal foi violado ou não. Assim, aplicando o imposto pela CF há condições de se aceitar que o juiz atue das duas formas, passiva e também ativa, de modo a cumprir a efetividade da tutela. O proposto pela autora se funde na proposta de encontrar um meio termo, mais benéfico ao jurisdicionado e a prestação da tutela jurisdicional, que se orgina do princípio da cooperação entre os sujeitos do processo.

Esta é a tônica do novo código de processo civil, segundo Aurelli (2015, p.10), cujo princípio da cooperação pode ser visto nos artigos 5º a 11, tendo por “base a junção dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório e da ampla defesa.” A autora revela ainda que o novo código de processo civil se volta para a colaboração de todos os sujeitos do processo para o alcance da justiça e da busca pela verdade, contribuindo por influenciar a convicção do juiz. O juiz, por sua vez, ganha mais liberdade, com uma postura mais ativa dentro do processo, oportunizando um diálogo mais aberto entre todos os sujeitos, sem destaques para um ou outro, cuja setnença será o resultado das discussões travadas ao longo do processo. De outra forma, a decisão é unilateral, apenas do juiz, dado que se trata de manifestação do poder.

O princípio da cooperação, também denominado colaboração, proposto como alternativa ao ativismo e garantismo, se vê refletido no novo CPC, em seu artigo 10,

[1] – FADIVA – Faculdade de Direito de Varginha. Aluno da disciplina de Direito Processual Penal II, turma 2015, do Curso de Bacharel em Direito. E-mail: lftur@yahoo.com.br

oportunizando às partes o direito de se manifestar antes da decisão do juiz. Este princípio se concretiza ao permitir que as partes tenham oportunidade de se manifestar sobre as alegações da parte contrária, fortalecendo o princípio do contraditório. Tal condição oferece mais embasamento ao juiz para decidir, perantes os argumentos das partes, de forma mais eficaz.

Desta forma, ressalta-se a valoração do contraditório como recurso que permite a participação ativa das partes, incluindo a do juiz, possibilitando maior comprometimento de todos para solução do caso levado à jurisdição. O que reflete a contextualização do juiz no processo cooperativo, mais ativo e envolvido nas problemáticas que lhe são apresentadas.

De modo clarear o conceito de contraditório participativo, Aurelli (2015, p.11) cita Cássio Scarpinella Bueno (2012), o qual explicita sê-lo

> [...] o direito de influir, de influenciar, na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo. Não se deve entende-lo somente do ponto de vista negativo, passivo, defensivo. (…) Justamente em função desta nova compreensão dos elementos ciência ou informação é que o princípio do contraditório relaciona-se intimamente com a idéia de participação, com a possibilidade de participação na decisão do Estado, viabilizando-se assim, mesmo que no processo, a realização de um dos valores mais caros para um Estado Democrático de Direito.

Entendido como tal e bem aplicado pelos sujeitos do processo, o princípio da cooperação impede que o juiz se sobrepuje perante os interesses e ônus das partes, evitando os abusos de autoridade, abusos de poder, e propicia, inclusive, a observância do princípio dispositivo. (AURELLI, 2015, p.12)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dupla corrente antagônica procura engessar o contexto de atuação do juiz frente ao devido processo legal. Mas, a cooperação traz uma contraponto nesta discussão, de

[1] – FADIVA – Faculdade de Direito de Varginha. Aluno da disciplina de Direito Processual Penal II, turma 2015, do Curso de Bacharel em Direito. E-mail: lftur@yahoo.com.br

modo a estabelecer uma via de satisfação que privilegia atender aos preceitos constitucionais, pelo qual o novo CPC se embasa e direciona a atuação dos envolvidos no processo.

O novo CPC se apresenta com o fundamento da cooperação arraigado em seus novos artigos e privilegiando um avanço no que diz respeito a atuação das partes e do juiz quando se apresentam à tutela jurisdicional. Esta condição pode proporcionar um avanço nos julgados e solução dos conflitos, inclusive na satisfação mais próxima do ideal, que evite a busca por recursos que sobrecarregam o sistema judiciário.

REFERÊNCIA

AURELLI, A.I. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual/ativismo judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n.90, p. 73-85, abr./jun. 2015.

GOMES, G. G. Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. *In*: DIDIER JUNIOR, F. *et al*. (coord.) **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 287-302.

[1] – FADIVA – Faculdade de Direito de Varginha. Aluno da disciplina de Direito Processual Penal II, turma 2015, do Curso de Bacharel em Direito. E-mail: lftur@yahoo.com.br