

**ATIVISMO E GARANTISMO NO  
PROCESSO CIVIL: APRESENTAÇÃO  
DO DEBATE<sup>47</sup>**

Glauco GUMERATO RAMOS<sup>48</sup>

*“Aggiungo queste poche parole solo per sottolineare uno degli spunti di riflessione, che il Tuo importante saggio ha ridestato in me.”  
(GIUSEPPE TARZIA – trecho final de carta enviada a Juan Montero Aroca, o principal porta-voz europeu da atual mirada que se pode dar ao processo civil da atualidade. E porque refletir é preciso!)<sup>49</sup>*

**COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E  
ADVERTÊNCIA**

<sup>47</sup> Artigo publicado originalmente na Revista do Ministério Público de Minas Gerais, vol. 18/08, 2009.

<sup>48</sup> Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Ibero-americano (IIDP) e Pan-americano (IPDP) de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Presidente para o Brasil do IPDP. Diretor de Relações Internacionais da ABDPro. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta (FADIPA). Advogado.

<sup>49</sup> “Acrescento estas poucas palavras apenas para sublinhar o despontar de algumas reflexões que o Teu importante ensaio despertou em mim.” (traduzi livremente), carta reproduzida no prólogo subscrito por JUAN MONTERO AROCA ao livro de coletâneas por ele coordenado, *Processo civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 20.

Pouco – ou quase nada<sup>50</sup> – versado pela doutrina do processo civil brasileiro, o debate ativismo judicial *versus* garantismo processual é bastante intenso e conhecido por toda América espanhola, inclusive com relevante repercussão na Europa (Espanha, Itália e Portugal).<sup>51-52</sup>

Em linhas gerais, é um debate em torno:

i) dos aspectos ideológicos do processo civil, ii) dos seus sistemas de enjuizamento<sup>53</sup> – inquisiti-

<sup>50</sup> Na literatura brasileira há um texto importante que deve ser conhecido para que se conheça um pouco mais do debate. BARBOSA MOREIRA, “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”, em *Temas de direito processual (nona série)*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, pp. 55-67. Após ter concluído este texto, no final do mês de outubro de 2009, chegou-me as mãos a RePro 177, de novembro de 2009. Nela há um excelente texto do processualista espanhol JOSÉ LUIS VÁSQUES SOTELO, “Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil” (RePro 177/93). Neste texto o professor da Universidade de Barcelona dá importante e clara notícia acerca de alguns aspectos do debate aqui tratado, v. em especial pp. 94-112 e respectivas notas.

<sup>51</sup> Cf. *Proceso e ideología*, passim.

<sup>52</sup> Importante destacar que, no Brasil, ROSEMIRO PEREIRA LEAL há tempo chama a atenção para o fato de que o devido processo legal muitas vezes é aviltado diante das posturas instrumentalistas que preponderam na doutrina interna. Dogmaticamente, ao meu ver, as ponderações do professor da UFMG e da PUC/MG alinham-se ao postulado garantista demonstrado no presente trabalho. Cf. *Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, 8ª edição, passim.

<sup>53</sup> Enjuizamento, numa tradução livre da palavra espanhola enjuiciamiento, e não ajuizamento, que em português tem significado distinto do pretendido no texto. Ajuizamento para nós tem significado de proposição da ação; enjuizamento, por sua vez, aqui é utilizado em referência à dinâmica de desenvolvimento do processo até sua conclusão. Será inquisitivo o processo que se desenvolve sob a direção inflexível do

vo ou dispositivo<sup>54</sup> (*inquisitorial system* e *adversarial system*)<sup>55</sup> –, iii) do papel do juiz e da

---

juiz. Dispositivo, quando em seu desenvolvimento há destaque para a atuação e iniciativa dispositiva da parte, ou seja, a parte arca com o ônus de sua eventual falta de diligência.

<sup>54</sup> Os sistemas inquisitivo e dispositivo também são identificados pela doutrina como sistema publicístico e sistema privatístico, respectivamente. Nesse sentido, inclusive advertindo que nenhum sistema é “quimicamente puro no plano normativo”, JUAN MONROY GÁLVEZ, *Teoria General de Proceso*, Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 155-160. O professor da Universidad de Lima ainda elenca alguns princípios que fariam parte de cada um destes sistemas. Seriam princípios procedimentais do sistema publicístico: direção judicial do processo, impulso oficial, mediação, concentração, boa-fé e lealdade processual, celeridade processual, socialização do processo, integração do direito processual, vinculação e elasticidade, aquisição (=os atos praticados pelas partes se incorporam ao processo e, desde então, já não beneficiarão ou prejudicarão apenas o responsável pela produção do ato), preclusão. Seriam princípios procedimentais do sistema privatístico: iniciativa da parte, defesa privada, congruência e impugnação privada.

<sup>55</sup> Sobre o *inquisitorial system* e o *adversarial system*, cf. BARBOSA MOREIRA, “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo”, em *Temas de direito processual civil (nona série)*, pp. 39-54. Ver, ainda, FERNANDO GAJARDONI, *Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Editora Atlas, 2008, pp. 107-132. Importante destacar que o *adversarial system* foi deixado de lado no processo civil inglês após entrada em vigor das *Civil Procedural Rules* (=o CPC inglês) em abril de 1999, já que “Depois das CPR, há muito menos espaço para que as partes controlem o desenvolvimento do caso. Isso porque os tribunais passaram a ter expressivos poderes e deveres sobre a gestão dos casos”, cf. NEIL ANDREWS, *O moderno processo civil – formas judiciais e alternantivas de resolução de conflitos na Inglaterra (orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier)*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

atitude 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, dentre outros.

Na atualidade, o debate ativismo *versus* garantismo divide a doutrina do processo civil da América *hispano-parlante* e gera disputas e/ou polêmicas doutrinárias – às vezes até com “chumbo trocado” – que acabam por apartar os processualistas em verdadeiras “trincheiras ideológicas”.

Aqueles que com certa regularidade frequentam Congressos internacionais de direito processual nos países que nos são vizinhos na Latinoamérica podem certificar *in loco* a intensidade do debate que, repito, não é tratado com o mesmo vigor – a mim me parece que tampouco é tratado – no universo do processo civil brasileiro. Não sei se apenas pelas naturais razões idiomáticas que separam os hispano-parlantes de nós, os luso-parlantes, ou mesmo se por alguma razão político-científico-processual<sup>56</sup>, ou, ainda, se pelo fato de que as posturas sustentadas e defendidas pelos chamados *garantistas*, efeti-

---

<sup>56</sup> Assim me refiro às posturas que são adotadas pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que inegavelmente goza de maior destaque entre seus congêneres na Iberoamérica, além de exercer satisfatória influência na doutrina nacional, até porque congrega vários processualistas brasileiros que – cada qual dentro de seu respectivo nível de projeção – têm dado sua colaboração à nossa ciência.

vamente, não encontram eco na doutrina interna do processo civil. Quanto a este último aspecto – ausência de eco das posturas garantistas – afirmo, sem medo de errar, que a grande maioria dos processualistas do nosso país está filiada ao que se apregoa pela voz dos chamados *ativistas*, conforme tentarei demonstrar no decorrer do texto. Nós no Brasil – e obviamente aqui eu me incluo – fomos forjados a pensar e a refletir o processo civil na perspectiva da *Escola processual de São Paulo*<sup>57</sup>, que muitas e boas contribuições nos legou, mas cujos fundamentos, até por força da *Reforma do CPC* e dos notáveis avanços doutrinários do processo civil brasileiro, atualmente vêm sendo revistos e, muitos deles, até mesmo postos em xeque.<sup>58</sup>

Essas “trincheiras ideológicas” a que me referi acima podem ser observadas quando se analisa, num ambiente macroscópico, aquilo que é postulado pelos dois principais Institutos de direito processual da Iberoamérica, o Instituto

Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP, [www.iidp.org](http://www.iidp.org)) e o Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP, [www.institutoderechoprocesal.org](http://www.institutoderechoprocesal.org)). O primeiro, de maior impacto no plano nacional, atualmente é presidido pelo processualista chileno e professor da Universidad de Chile, Raúl Tavolari Oliveira, conhecido defensor das posturas *ativistas*, cujo nome está ligado à reforma do processo penal em vários países da América Latina. O segundo, de menor impacto no Brasil, até porque são menos os brasileiros que o integram<sup>59</sup>, é presidido pelo professor da Universidad Nacional de Rosario (UNR)<sup>60</sup>, e um dos principais

---

*foram apresentadas como dogmaticamente intangíveis.*

<sup>59</sup> Os brasileiros que integram o IPDP são: Marcus Vinícius Abreu Sampio (SP), Flávio Buonaduce Borges (GO), Marcos Afonso Borges (GO), Petrônio Calmon (DF), Min. Castro Filho (DF), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (RS), Luiz Manoel Gomes Jr. (SP), José Miguel Garcia Medina (PR), Glauco Gumerato Ramos (SP), Roberto Rosas (DF), Eduardo Talamini (PR), Luiz Rodrigues Wambier (PR), Teresa Arruda Alvim Wambier (SP). Neste ano de 2009, quando do XXII Congresso Panamericano de Direito Processual, realizado entre os dias 26-28 de agosto na cidade de Goiânia – vale destacar: o primeiro Congresso realizado pelo IPDP no Brasil –, foram aprovados para integrar o Instituto os nomes de Alexandre Freitas Câmara (RJ), Antonio Gidi (BA, atualmente radicado em Huston, Texas, onde é professor de direito processual da respectiva Universidade) e Osmar Mendes Paixão Côrtes (DF).

<sup>60</sup> Importante destacar que a Universidad de La Plata – daí a conhecida Escola processual de La Plata, cujo principal representante foi o recém falecido Augusto Mario Morello –, a UNR e a Universidad Católica da Argentina, ambas sediadas na cidade de Rosario,

---

<sup>57</sup> Como dito por NICETO ALCALÁ -ZAMORRA Y CASTILLO, ao se referir ao pensamento processual brasileiro após a forte influência aqui exercida por Liebman, notadamente sobre seus – então – discípulos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Cf. ALFREDO BUZAID, *Grandes processualistas*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1982, p. 10, nota 6.

<sup>58</sup> Basta que se tenha em mente a reformulação do sistema de execução civil, com a opção pelo processo sincrético e o abandono do processo de execução autônomo para a satisfação do título executivo judicial, para que seja possível diagnosticar que estão sendo fortemente revisitadas antigas doutrinas que nos

processualistas da Argentina – e por isso mesmo também da América espanhola –, ADOLFO ALVARADO VELLOSO.<sup>61-62</sup>

Para uma primeira – e genérica – compreensão do que é defendido por ambas as correntes, é possível adiantar que o *ativismo judicial* defende uma postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao juiz um poder criativo que em última análise valoriza o compromisso constitucional da *jurisdição*, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação. Já o *garantismo processual* defende uma maior valorização da categoria fundamental *processo*, e conseqüentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a

---

*Província de Santa Fé, detêm os principais núcleos do pensamento processual civil argentino.*

<sup>61</sup> No volume I de suas *Instituições*, ao fazer um balanço da história e evolução do direito processual na América Latina, CÂNDIDO DINAMARCO destaca alguns nomes de importância no processo civil argentino, dentre eles está o de ADOLFO ALVARADO VELLOSO, o principal porta-voz do *garantismo processual* naquele país. Cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 264-265.

<sup>62</sup> Relembro, como já adverti na nota de rodapé 1, que este texto foi produzido no último trimestre de 2009 e à época estes eram seus presidentes. Atualmente, setembro de 2012, o IIDP é presidido pelo uruguaio ANGÉL LANDONI SOSA e o IPDP pelo chileno HUGO BOTTO OAKLEY. A título de curiosidade, registre-se que o Prof. LANDONI SOSA é genro do lendário EDUARDO COUTURE.

imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o *ativismo*, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a atuação do juiz. Para o *garantismo*, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade. Os *garantistas* buscam aplicar as bases dogmáticas do *garantismo* de Luigi Ferrajoli – originariamente voltado às ciências penais (direito material e processo) – ao direito processual civil.<sup>63-64</sup>

---

<sup>63</sup> Nesse sentido, JORGE W. PEYRANO: “O autodenominado *garantismo processual civil* – porque, afinal, qual corrente do pensamento processual não vai defender as garantias constitucionais – se apóia em um equivocado transplante ao processo civil do ideário de Luigi Ferrajoli, concebido por e para o processo penal” (traduzi livremente), em *El cambio de paradigmas en materia procesal civil*, Buenos Aires: La Ley, 13/8/2009, nota “9”, com possibilidade de acesso na web em: [www.laley.com.ar/laley/cms/files/1810//diario%2013-8-09.pdf](http://www.laley.com.ar/laley/cms/files/1810//diario%2013-8-09.pdf). Nessa mesma nota “9”, PEYRANO lembra outro estudo que liga as ideias do *garantismo processual* ao *garantismo* de FERRAJOLI, do professor da Universidad de Lima JUAN MONROY GALVEZ, *Qué es el garantismo procesal civil?*, publicado na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano 2006, n°9, p. 07 e ss.

<sup>64</sup> Ver, ainda, ALVARADO VELLOSO: “A dicção *garantista* – ou seu sucedâneo: *garantidor* – provém do subtítulo que Luigi Ferrajoli pôs em sua magnífica obra *Direito e razão e que quer significar que acima da lei, com minúscula, sempre está a Lei, com maiúscula (=a Constituição)*. Em outras palavras: é guar-

Mas, como dito logo no subtítulo, aqui também cabe uma advertência, e de cunho pessoal.

Apesar de ser produto da – assim a chamemos – *Escola brasileira de direito processual*, e por isso mesmo ter em minha base de formação a dogmática *ativista* na qual se pauta a doutrina interna, hoje procuro pensar e operar o processo civil na perspectiva do *garantismo*. Penso que as reflexões em torno do direito processual civil, desde que circunscritas aos confins das diretrizes constitucionais, devem potencializar ao máximo novas posturas propositivas para a melhora da nossa ciência e de seus aspectos pragmáticos.

Nesse panorama não me parece proveitoso que as posturas *garantistas* voltadas ao processo civil não sejam conhecidas, tratadas e trabalhadas – naquilo que convier – pela competentíssima doutrina do direito processual civil brasileiro. Até porque a ciência também evolui com o auxílio da dialética fomentada por ideias antagônicas. Do debate, portanto.

E a minha intenção com este escrito é dar maior visibilidade a este debate.

---

dar adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica.” (traduzi). Cf., “El garantismo procesal”, na coletânea *Activismo y garantismo procesal*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 145.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DEBATE

Ao que tudo indica a *queda da Bastilha* a representar o debate internacional aqui tratado foi a coletânea na qual JUAN MONTERO AROCA reuniu vários textos sobre o tema, escritos por processualistas de vários países da Iberoamérica e também da Itália: *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. E por este momento ter sido a *queda da Bastilha*, é evidente que, antes disso, alguns outros antecedentes importantes podem ser aqui elencados.

### 1995: O artigo de FRANCO CIPRIANI<sup>65</sup>

Um provável marco a inspirar o debate ativismo *versus* garantismo no processo civil foi o – hoje clássico – texto de FRANCO CIPRIANI<sup>66</sup> intitulado *Nel centenario del Rego-*

---

<sup>65</sup> Quanto à importância do texto de CIPRIANI na evolução histórica em torno dos fundamentos do debate, ver tb. OMAR A. BENABENTOS, *Teoría general unitaria del derecho procesal*, Rosario: Editorial Juris, 2001, pp. 90-96.

<sup>66</sup> FRANCO CIPRIANI é conhecido na Itália como importante pesquisador da história do processo civil. A ele coube recuperar fragmentos de uma pequena apostila intitulada *Lezioni di diritto amministrativo*, de autoria de CHIOVENDA, referente às aulas que ministrou na Universidade de Roma nos anos de 1909 e 1910. Cf. CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, p. 258, nota 3.

*lamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*<sup>67</sup>. Neste estudo o professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari (Itália) fez um profundo levantamento histórico dos aspectos ideológicos em que se radizou o CPC austríaco projetado por FRANZ KLEIN.

Apoiado em escritos de MENESTRINA (*Francesco Klein*, 1926, I, p. 270) e CHIOVENDA (“L’oralità e La prova”, 1924, em *Saggi di diritto processuale civile – 1894-1937 –*, organizado por PROTO PISANI, II, Milão, 1993, p. 205), CIPRIANI afirma que o *Regulamento de Klein* teve um longo período de *vacatio legis* para bem preparar os juizes com “mão dura”, ao mesmo tempo que pretendeu “amansar” os advogados que, na Viena de 1897, pretendiam se rebelar contra a entrada em vigor do novo regulamento<sup>68</sup>. No desenvolvimento deste importante texto sobre a história do processo civil europeu, FRANCO CIPRIANI adverte sobre a influência do *Regulamento de Klein* na formação ideológico-política do CPC da Itália de 1940, surgido no auge do nazi-

<sup>67</sup> Este texto foi publicado originalmente na Itália em 1995, na *Revista di Diritto Processuale*, pp. 969 e ss. Há duas traduções para o espanhol, uma na Argentina e outra no Peru. Na Argentina: ADOLFO ALVARADO VELLOSO, “En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad u autoridad)”, *Revista de Derecho Procesal*, Córdoba, N° 2, pp. 31 e ss, 2001. A tradução do Peru é de EUGENIA ARIANO DEHO, tem o mesmo título e foi publicada *Revista Jurídica del Peru*, LI, N° 18, pp. 119 e ss, 2001.

<sup>68</sup> Cf., na tradução argentina de ALVARADO VELLOSO, *En el centenario del Reglamento...*, p. 31.

fascismo naquele país, bem como da influência deste CPC austríaco em outros diplomas processuais que se lhe seguiram.<sup>69</sup>

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”<sup>70</sup>, cujo respectivo *Regulamento* foi tachado por parcela expressiva e respeitável da doutrina de, no mínimo, inconstitucional.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Inclusive no CPC brasileiro de 1973. ALFREDO BUZAID: “(...) ainda no derradeiro quartel do século XIX, dois Códigos – o da Alemanha e o da Áustria – que tiveram grande ascendência sobre os monumentos jurídicos dos tempos atuais. Dado o rigor científico dos seus conceitos e precisão técnica de sua linguagem, impuseram-se como verdadeiros modelos, a que se seguiram as elaborações legislativas dos Códigos do século XX.”, em “Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro – Conferência proferida na Universidade de Keyo (Tóquio)”, *Estudos e pareceres de direito processual civil (com notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell)*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 33. Ver, ainda, da pena do mesmo BUZAID, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, Capítulo II – Do sistema do Código de Processo Civil vigente, n° 3.

<sup>70</sup> KÖNIG, *La ZPO austríaca dopo La novella del 1983, 1988*, p. 173, conforme lembra CIPRIANI, *op. cit.*, p. 32, sempre da tradução argentina.

<sup>71</sup> FRANCO CIPRIANI: “Assim, alguns o tacharam de inconstitucional; outros – como o Reitor da Universidade de Viena, Schrutka – lamentaram que ‘aos crescentes poderes e a nobre posição do juiz não correspondera a um aumento proporcional das garantias de independência’ --; outros – como Adolf Wach, valente defensor da concepção liberal do processo – lhe acusaram de estar contra a natureza dis-

Em seu *texto histórico*, FRANCO CIPRIANI ressalta que o CPC austríaco de Klein ultradimensionou o caráter *publicista* do processo civil, onde os juízes tiveram seus poderes “substancialmente aumentados e com a obrigação de ser (também) *capitães* em todas as causas”<sup>72</sup>. Ou seja, criou-se um juiz com grandes poderes de direção no processo.

### **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”**

Ex-aluno de SALVATORE SATTA na especialização da Universidade de Roma, JUAN MONTERO AROCA escreveu *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad*<sup>73</sup>. Este livro representa uma versão revista e ampliada em

---

*positiva do processo civil; outros, ainda – como o trentino Francesco Menestrina –, de ter sido concebido ‘num momento de ingênuo otimismo’; finalmente outros – como o então jovem Guisepe Chioventa –, e sem dissimular sua perplexidade, preferiram não se pronunciar” (traduzi livremente), op. cit., p. 33.*

<sup>72</sup> *Op. cit.*, p. 61.

<sup>73</sup> Livro clássico do processo civil espanhol e publicado pela Editora Tirant lo Blanch: Valencia, 2001. Este livro está sendo traduzido por mim ao português, sob o título *Princípios políticos do novo processo civil espanhol – Poderes do Juiz e oralidade*.

“quinze mil palavras”<sup>74</sup> da – polêmica – conferência de encerramento que o processualista espanhol proferiu nas *XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, organizada pelo IIDP e pela Corte Suprema da Costa Rica, em 20 de outubro de 2000 na cidade de San José.

Os dirigentes do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal encarregaram MONTERO AROCA de ditar uma conferência sob o título “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo* (para Iberoamérica) *y la oralidad*”, já que naquele mesmo ano de 2000 tinha sido publicada a Ley 1/2000, em 7 de janeiro, que reformulou o processo civil espanhol. Na dita conferência, em suma, AROCA consignou sua constatação de que a nova LEC espanhola NÃO assumia a ideia da *publicização* do processo civil, concepção tão em voga na doutrina do século XX, além do que – para o autor – a recente legislação processual de seu país NÃO guardava qualquer relação com as diretrizes que orientaram o *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, cujo projeto foi apresentando pelo IIDP em 1988, em Montevideu.

Essa conferência de encerramento teria sido o despertar de um novo enfoque ao direito processual civil, na qual foi proposto, a partir das diretrizes políticas que segundo MONTERO

AROCA orientaram a nova LEC espanhola, que o processo civil estava passando por um momento de mudança de paradigma, com a observação do esvaziamento de seu conteúdo *publicístico*. O processualista espanhol chegou mesmo a afirmar que a ele foi imputado o fato de “dividir a comunidade de estudiosos e políticos do processo”.<sup>75</sup>

### **Ainda em 2000: é realizado o “II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista” na cidade de Azul, Província de Buenos Aires**

Organizado em conjunto pela *Universidad Nacional de Rosario* (UNR) e pela *Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires*, o “Congreso Internacional de

Derecho Procesal Garantista” é um importante evento no calendário científico do direito processual argentino. Realizado desde sua primeira edição na *cervantina* cidade de Azul<sup>76</sup>, a 300 Km da capital Buenos Aires, este Congresso realizou sua 10ª edição no ano de 2008<sup>77</sup>, onde se deliberou que os encontros não mais serão anuais, mas sim bienais.

Em novembro de 2000, portanto alguns dias após a conferência de MONTERO AROCA ditada no Congresso do IIDP na Costa Rica, foi realizada a 2ª edição do Congresso de Direito Garantista de Azul. Nessa ocasião, devido à repercussão do que dissera AROCA no congresso da Costa Rica, o texto base daquela conferência foi copiado e distribuído a todos os então congressistas.

---

<sup>74</sup> Cf. *Los principios políticos...*, em *Introducción*, nota 1, p. 11.

<sup>75</sup> *Proceso e ideología...*, *Prólogo*, p. 17. Nessa mesma página 17, vale destacar o que escreveu MONTERO AROCA: “No mesmo momento da conferência, e logo a partir daquele dia, adverti que algo raro estava a acontecer ao meu redor. Já ao finalizar a intervenção me pareceu que parte dos membros do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal não estava muito de acordo com o que haviam escutado, e se pode ver entre eles mostras de desconformidade não habitual em conferências de encerramento de congressos, enquanto outra parte aplaudia com convicção pouco habitual nesses atos e exteriorizava sua conformidade de maneira mais expressiva do que de costume. Desde então ocorrem acontecimentos que podem ser qualificados de insólitos e que seguem me surpreendendo; a algum deles me referirei a seguir, mas adianto que já

---

*me acusaram de dividir a comunidade de estudiosos e políticos do processo.*”

<sup>76</sup> A cidade de Azul é a única cidade da América Latina que tem o “certificado cervantino”, conferido por autoridades culturais da Espanha para as cidades de outros países com expressivo acervo das várias edições da obra de Miguel de Cervantes. É caso de um colecionador particular de Azul.

<sup>77</sup> Nesse X Congreso de Derecho Procesal Garantista de Azul, em 2008, estive presente e ministrei palestra sobre o tema *Panorama de las tutelas de urgencia en el proceso civil brasileño* onde, após fazer uma exposição sistemática da tutela de urgência no Brasil, sustentei – como não poderia deixar de ser – a total constitucionalidade delas, o que, por alguns fundamentos dogmáticos que arrolarei neste texto, não é aceito sem críticas pelos garantistas.



Além da presença de JUAN MONTERO AROCA como conferencista no evento, essa 2ª edição também contou com a participação e conferência de FRANCO CIPRIANI. Devido ao eco de suas ideias a favor do *garantismo* no processo civil italiano, foi aquele seu texto sobre o centenário do *Reglamento de Klein* traduzido ao espanhol por ADOLFO ALVARADO VELLOSO<sup>78</sup> e, no congresso, distribuído a todos os presentes.

E foi nessa ocasião que CIPRIANI, após tomar conhecimento da conferência de MONTERO AROCA, viu que suas ideias libertárias e *garantistas* em torno do processo civil coincidiam com aquilo que o processualista espanhol havia falado alguns dias atrás nas *XVII Jornadas* do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Alguns meses depois, já em 2001, foi publicado na Espanha o livro *Los principios políticos*. FRANCO CIPRIANI toma conhecimento da obra e se encarrega de traduzi-la ao italiano.

## **2002: A tradução de FRANCO CIPRIANI – “I principi politici del nuovo processo civile spagnolo” – do livro de MONTERO**

---

<sup>78</sup> O professor ALVARADO VELLOSO é um dos organizadores do Congresso de Azul.

## **AROCA, o primeiro de um processualista espanhol traduzido ao italiano<sup>79</sup>**

O mesmo CIPRIANI que escreveu sobre as diretrizes autoritárias e *publicistas* do *Reglamento de Klein*, após tomar conhecimento do texto base da conferência de MONTERO AROCA em São José da Costa Rica, e de seu então recém-lançado livro *Los principios políticos...* (2001), encarregou-se de traduzi-lo – não pessoalmente – ao italiano.<sup>80</sup>

A este livro FRANCO CIPRIANI fez agregar um prefácio<sup>81</sup> – um tanto quanto ácido, diga-se de passagem – no qual lembra que vem sendo tachado na doutrina do processo civil de seu país, ao lado, dentre outros, de GIROLAMO MONTELEONE, de *revisionista*<sup>82</sup>, devido à sua defesa em prol de um novo processo civil italiano adequado à Constituição em vigor desde 1948, já que o CPC de 1940, influenciado pelo

---

<sup>79</sup> Nesse sentido o texto de IGNÁCIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español”, em *Proceso e ideología*, p. 29-30.

<sup>80</sup> Trata-se de *I principi politici del nuovo proceso civile spagnolo*, tradução italiana de Bratelli-Magrino, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

<sup>81</sup> “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, tradução ao castelhano de EUGENIA ARLANO DEHO, em *Proceso e ideología*, p. 51-64.

<sup>82</sup> A adjetivação de *revisionista* foi dada por SERGIO CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, em *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 410, em nota de rodapé, apud CIPRIANI, *op. cit.*, p. 55, nota 12.

*Reglamento de Klein*, além de produto da era fascista de Mussolini, teria um viés *antiliberal* e *autoritário*.<sup>83</sup>

CIPRIANI chama a atenção que, na Itália, em contraposição aos *revisionistas* estão os *negacionistas*, como PROTO PISANI, para quem o CPC de 1940 “se excedeu um pouco ao reforçar os poderes do juiz a despeito das garantias das partes”, e SERGIO CHIARLONI. Negam estes, segundo FRANCO CIPRIANI, que o CPC italiano de 1940 seja autoritário e que precise ser adequado à Constituição de 1948.

No prefácio à tradução italiana do livro de MONTERO AROCA, o professor da Universidade de Bari afirma que a substancial identidade entre o autoritarismo *fascista* e *comunista* explica o porquê de estudiosos notoriamente de esquerda, como PROTO PISANI e CHIARLONI, procurarem legitimar o CPC italiano de 1940.<sup>84</sup>

A apresentação da tradução italiana do livro ocorreu no ensejo de um Seminário Internacional celebrado entre os dias 16 e 18 de maio de 2002, em Roma, onde, dentre outros, esteve presente GIOVANNI VERDE, à época Vice-presidente do *Consiglio Superiore della Magistratura*. Poucos meses após este conclave, VERDE faz publicar um artigo na *Revista di*

*Diritto Processuale*<sup>85</sup> integralmente dedicado – embora assumidamente não emparelhado – ao livro de MONTERO AROCA e ao – nas palavras do próprio VERDE – “polêmico” prefácio de CIPRIANI.

**2006: A coletânea organizada por MONTERO AROCA, “Proceso e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”**

Após a publicação do artigo de VERDE na Itália e sua tradução ao espanhol pelo então Presidente do IIDP, ROBERTO BERIZONCE, e respectiva publicação na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (vide nota 33), uma série de textos versando sobre essa temática ideológica do processo civil se seguiu na América Latina e na Europa.

Assim é possível arrolar os autores, os títulos, a nacionalidade e as respectivas épocas de publicação desses textos<sup>86</sup>, e todos na se-

---

<sup>85</sup> “*Le ideologie del processo in un recente saggio*”, *Rivista diDiritto Processuali*, 2002, pp. 676-687. Este texto foi vertido ao castelhano e publicado na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2003, 3, pp. 31-44, “*Las ideologias del proceso em um reciente ensayo*”. A tradução foi feita pelo então Presidente do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, o processualista argentino ROBERTO BERIZONCE. Cf., *Proceso e ideología*, Prólogo, p. 18.

<sup>86</sup> *Limito-me a informar apenas estes dados (autor, título, nacionalidade e ano da publicação), já que as respectivas fontes e mesmo os textos na integralidade*

---

<sup>83</sup> *Op. cit.*, p. 53.

<sup>84</sup> *Op. cit.* pp. 59-60.

quência do já mencionado artigo de GIOVANNI VERDE: FRANCO CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, 2003, Itália; GIROLAMO MONTELEONE, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni de um “revisionista”*, 2003, Itália; JOAN PICÓ Y JUNOY, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, 2003, Espanha; JUAN MONTERO AROCA, *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, 2004, Espanha; GIOVANNI VERDE, *Postilla*, 2004, Itália; GIROLAMO MONTELEONE, *El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil* (traduzido ao espanhol por José Luis Gabriel Rivera), 2005, Itália; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O neoprivatismo no processo civil*, 2005, Brasil<sup>87</sup>; ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, 2005, Argentina; LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*, 2006, Portugal.<sup>88</sup>

---

encontram-se reunidos em *Proceso e ideologia, passim*.

<sup>87</sup> Ao leitor brasileiro interessará saber que este texto está publicado, dentre outros lugares, nos clássicos e imprescindíveis *Temas de direito processual (nona série)*, pp. 87-101.

<sup>88</sup> Este texto do processualista português foi escrito, a pedido de MONTERO AROCA, para inclusão na

No interregno desta cadeia houve um incidente ocorrido na jurisprudência argentina, especificamente quanto a um acórdão proferido pela Suprema Corte da Província de Buenos Aires, datado em 29/out/2003.

Nesse acórdão discutiu-se sobre a possibilidade de ser “*relativizada a coisa julgada*”, já que um aspecto da sentença de primeiro grau não foi objeto de recurso, no caso específico a utilização de um determinado índice de correção. Quando da execução do julgado, o devedor alegou que o índice que prevaleceu na sentença era o errado e que isso traria uma grande “injustiça” na situação concreta. Houve recurso, provido em segundo grau. Em sede de recurso extraordinário foi pedido que fosse mantida a decisão de primeiro grau e que o tribunal, como não houve recurso específico no momento oportuno, não poderia alterar o que estava definido pela coisa julgada. Na instância extraordinária – Suprema Corte da Província – os respectivos Ministros dividiram-se quanto à solução do caso. Metade dos 8 (oito) magistrados rejeitou o recurso extraordinário por entender que o tribunal *a quo* teria a possibilidade de “*relativizar a coisa julgada*”; a outra metade entendeu por acolher o recurso para que fosse mantida a decisão

---

coletânea *Proceso e ideologia*, e representa uma resenha do livro do mesmo autor, *Direito Processual Civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002.

de primeiro grau, não impugnada à época quanto ao capítulo que tratava do índice de correção. Para dirimir a controvérsia, e dentro das respectivas regras de Organização Judiciária, foi necessário o voto do Presidente do Tribunal de Casación Penal, FEDERICO DOMÍNGUEZ.

Em seu voto de minerva – de cunho inegavelmente *garantista*, na ótica do debate ideológico neste texto tratado –, FEDERICO DOMÍNGUEZ deu provimento ao recurso extraordinário por entender que a “*relativização da coisa julgada*” era uma gravíssima afronta ao devido processo legal previsto na Constituição, e que ao juiz é vedado “revisar uma questão fenechida pela inatividade, em tempo oportuno, de uma das partes”, e segue afirmando que “Ao mudar, o órgão jurisdicional, as regras do jogo, necessariamente rompe com a igualdade que deve existir entre as partes.”<sup>89</sup>

Após a publicação deste acórdão – lembre-se, datado em 29/out/2003 – foi publicada uma nota comentando-o, no periódico *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, de 18/fev/2004. Esse comentário foi assinado por AUGUSTO MARIO MORELLO, falecido em abril deste ano de 2009<sup>90</sup>, e sem dúvida alguma um dos principais processualistas da história da Argenti-

na. Representante da chamada *Escola processual de La Plata*, AUGUSTO MORELLO também foi um dos principais defensores do *ativismo judicial* em seu país e no plano internacional. Em seu comentário<sup>91</sup>, MORELLO teceu severas críticas ao posicionamento externado naquele voto dirimente por FEDERICO DOMÍNGUEZ e aos fundamentos que alicerçaram a respectiva solução, baseada, inclusive, em citações e referências expressas à obra e ao pensamento de JUAN MONTERO AROCA.

Em 05/mai/2004, na mesma *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, MONTERO AROCA “pede a palavra”<sup>92</sup> e publica uma espécie de prédica em favor da postura jurisprudencial adotada por DOMÍNGUEZ em seu voto de desempate, ao mesmo tempo em que chama a atenção para o fato de que o comentário de MORELLO ao acórdão exteriorizava a imposição de um único modo de pensar.<sup>93</sup>

---

tuma que lhe prestou ROBERTO O. BERIZONCE, “Augusto Mario Morello”, *RePro* 174/376.

<sup>91</sup> *Salienta-se que AUGUSTO MORELLO não permitiu que este seu comentário fosse publicado na coletânea organizada pelo processualista espanhol. Cf. MONTERO AROCA, *Proceso e ideología, Prefácio*, p. 23-23.*

<sup>92</sup> “*La ideología de los Jueces y el caso concreto. Por alusiones pido la palabra*”, cf. em *Proceso e ideología*, pp 263-276.

<sup>93</sup> MONTERO AROCA: “*A nota do Dr. Morello deve ser lida sob duas perspectivas: uma concreta, referente ao voto do Dr. Dominguez, e outra geral, atinente aos estudiosos e a suas conferências ou publicações. A cada um sem seu âmbito, o Dr. Morello os censura basicamente da mesma forma, mas que me seja per-*

---

<sup>89</sup> Cf. *Proceso e ideología*, p. 262.

<sup>90</sup> *Sobre importância de Morello para o processo civil de seu país e da Iberoamérica, v. a homenagem pós-*

Após este texto de MONTERO AROCA “pedindo a palavra”, AUGUSTO MARIO MORELLO dirige uma carta ao professor valenciano, datada em 04/jun/2004, com nítido propósito de – ao menos assim me pareceu de sua leitura – rumar o “barco do debate” para águas calmas, iniciando sua breve missiva esclarecendo os motivos que o levaram a lançar a nota ao julgamento da Suprema Corte da Província de Buenos Aires:

*“Prezado Montero Aroca: Minha nota ao acórdão da SCPBA teve um claro e único propósito: tentar que não se instale entre nós um método e estilo de exposição crítica excessivamente ideológica e carregado de adjetivações desqualificadoras em relação aqueles que pensam diferente.”<sup>94</sup>*

Dias após, em 23/jun/2004, MONTERO AROCA responde a MORELLO no mesmo tom conciliatório, mas com tomada de posição – ao menos assim também me pareceu da leitura da respectiva carta –, e aproveita para fazer um apelo ao professor argentino para que o debate autoridade/liberdade no processo (= *ativismo X garantismo*) fosse sugerido por ambos, ao Presi-

dente do IIDP, como tema central das Jornadas Iberoamericanas que se realizariam em 2006.

*“Por isso me atrevo a fazer uma proposta. Organizar um debate público nas próximas Jornadas Iberoamericanas, as de 2006, sobre ‘Autoridade e liberdade no processo (civil e penal)’, onde teríamos 4 conferencistas: dois (um civil e outro penal) por cada uma das posições. Se te parece bom, poderíamos tentar convencer ao Presidente do Instituto, e que assim fique combinado nas Jornadas de Caracas, em outubro próximo, depois nós finalizaríamos os detalhes. Poderíamos ir adiantando ao assunto em minha próxima visita a Argentina, no mês de setembro. Com a amizade de sempre.”<sup>95</sup>*

A partir do acórdão, da nota de MORELLO em *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, da prédica de MONTERO AROCA no mesmo periódico, e das cartas trocadas entre ambos, o processualista espanhol teve a iniciativa de compilar os principais textos até então publicados na América Latina e Europa sobre a temática *ativismo/garantismo*, autoridade/liberdade, no processo civil. Enfim, sob um novo e possível enfoque que pode ser dado a nossa ciência, sempre na perspectiva de sua melhora.

---

*mitido ficar no lado que me afeta, que é o âmbito da comunidade de estudiosos.” (traduzi livremente), op. cit., p. 271.*

<sup>94</sup> Cf. *op. cit.*, pp. 277-278.

---

<sup>95</sup> Cf., *op. cit.*, p. 279-280. Em nota de rodapé, MONTERO AROCA relembra que o debate proposto

Temos aqui a evolução histórica do debate.

## FECHAMENTO: POR UM PROCESSO CIVIL *GARANTISTA*

O *ativismo judicial* radicou-se na base da retórica discursiva da dogmática processual e da jurisprudência por ela influenciada. Decantada em verso e prosa no processualismo iberoamericano em geral, temos que a pragmática do *ativismo* fomenta posturas judiciais antidemocráticas e antirrepublicanas, seja na arte do *proceder*, seja na arte do *decidir*. Aqui não vai qualquer crítica ao processualista e/ou ao juiz de inclinação *ativista*. Esclareça-se o ponto! Mas vai aqui uma crítica contundente a toda e qualquer investida daqueles que supõem ser o ambiente do processo jurisdicional um território feudal cujas regras possam ser arbitrariamente criadas pelo respectivo senhor, o juiz e/ou o tribunal. Penso que já é hora de os operadores do processo, sejam os juizes, sejam os advogados e principalmente os respectivos professores, conscientizarem-se de que conceitos como “justo” ou “justiça” não integram o Direito ou o processo jurisdicional que lhe torna concreto na vida das pessoas.

---

*na carta não foi levado a cabo pelo IIDP, como jamais se realizou.*

Se o Direito operasse com o “justo”, não teria havido espaço ao regime legal escravocrata que imperou no Brasil. Se o Direito operasse com o “justo”, não teria havido espaço ao nazismo. Se o Direito operasse com o “justo”, não teria havido espaço ao AI-5. Se o Direito operasse com o “justo”, a alíquota do imposto de renda da pessoa física não seria no patamar assustador de 27,5% sobre o patrimônio gerado. Se o Direito operasse com o “justo”, bastaria ele – o Direito – e só ele para contornar, resolver e redimir todos os males sociais. Mas não é assim que acontece. Justiça não é outra coisa senão um sentimento, e isso a razão nos revela.

Muito embora sedutor, o discurso processual pautado em argumentos *metajurídicos* (“=”justiça”, “verdade real”, “paz social”, “processo justo” etc.) acaba por legitimar o arbítrio e o subjetivismo da pessoa física detentora do poder judicial, que acaba por justificar sua tomada de decisão com base no próprio sentimento subjetivo em relação ao “justo”. Toda vez que isso acontece, invariavelmente há o rompimento das *garantias* constitucionais negativas que impedem que o Poder seja manejado com arbítrio e, portanto, fora dos quadrantes democráticos e republicanos estabelecidos pela ordem constitucional.

“Justiça”, ou o que é “justo”, identifica-se com o subjetivismo que é próprio de cada

pessoa. Suas idiossincrasias, portanto. O que pode ser justo para você, necessariamente não o será para mim. E assim a vida segue. Por isso é que por um imperativo de ordem lógica o Direito e/ou o processo judicial que lhe dá vida não operam com o valor “justiça”, a não ser em nossas especulações metajurídicas.

Soa até intuitivo que o Direito tem dois atributos que lhe são fundamentais: i) vincular subjetivamente as relações que regula e ii) gerar segurança jurídica a partir de sua existência. E isso passa ao largo do sentimento de cada um de nós a respeito do que vem a ser “justiça”.

Por isso, qualquer um que desfralde a bandeira do *ativismo judicial* para que se alcance um “processo civil justo”, ainda que inconscientemente estará legitimando um juiz que resolva os problemas de maneira “justa”, o que logicamente coincidirá com o “justo” da cabeça daquele juiz. Ou seja, consagra-se o arbítrio judicial e amesquinham-se regras democráticas e republicanas que transbordam da nossa Constituição, como a separação dos poderes, a liberdade, a segurança jurídica, o devido processo legal, a ampla defesa, a imparcialidade judicial etc.

Lamentavelmente a vida prática nos mostra que operamos um processo civil permeado por um *ativismo judicial* próprio de um Estado paternalista, dirigista e avassalador, onde

se permite que o detentor do poder jurisdicional – o juiz – possa “escolher” o resultado mais “justo” que arbitrariamente lhe for ditado pelo seu sentimento pessoal de “justiça”. E com isso nos esquecemos, mais uma vez, de que a nossa opção por uma vida republicana impõe aos nossos juízes que decidam com base nas regras constitucionais e legais às quais estão vinculados.

Numa democracia-republicana como a brasileira, o equivocado *ativismo judicial* implica “escolha” por parte da autoridade judicial *ativista*. E “escolha”, enquanto atributo republicano, é algo que faz parte da essência política que orienta as condutas do Executivo e do Legislativo, jamais do Judiciário. Juiz que “escolhe” o que é “justo” na hora de julgar não se comporta como juiz, mas como um “político”, e o juiz “político”, por definição, não é juiz. E todas essas distorções são reflexos desencadeados pelo *ativismo judicial* que nos governa.

É por isso que a sociedade em geral, e a comunidade jurídica em especial, deveria empunhar a bandeira por um processo civil *garantista*, na esteira daquilo que é ensinado por uma corrente minoritária, é verdade, mas efetivamente crescente no ambiente iberoamericano, e à qual me orgulho de pertencer!

O processo civil de viés *garantista* se contrapõe ao *ativismo judicial* exatamente para

que as garantias a todos consagradas em nossas Constituições sejam de fato observadas pelos detentores do poder jurisdicional. Estes devem proferir suas decisões com base nas regras preexistentes, em especial as de nível constitucional, e não com base no próprio arbítrio e subjetivismo que acaba rompendo com os valores democráticos e republicanos que optamos por viver e que, perigosamente, fomenta esse *ativismo judicial* que observamos no dia a dia do Judiciário.

Mas se para as regras existem as exceções, aqui dou meu testemunho de que também não são poucos – por sorte de todos nós – os juízes cômicos de suas limitações constitucionais e por isso sabem que seu papel perante a sociedade é no sentido de julgar e não “criar” soluções com base no próprio arbítrio.

Ou focamos nossos esforços em prol de um processo civil *garantista*, ou então prosseguiremos subservientes às arbitrariedades que – sob o sacrossanto manto da toga – são cometidas em nome do *ativismo judicial*, sob o argumento retórico de se alcançar um processo civil “justo”.

Do contrário assistiremos o triunfo do arbítrio, ainda que velado.