

AS RAÍZES MEDIEVAIS DO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO

Edilene Lôbo¹

A Constituição brasileira, na linha das nações mais evoluídas, reserva ao processo lugar privilegiado no conjunto de direitos e garantias fundamentais superando velhas teorias que o tratam como instrumento do Estado e seus agentes².

E, ainda, erige verdadeiro edifício principiológico para sustentá-lo, deixando patente a escolha pelo cidadão como protagonista na ativação da função judicial, encarregando o Estado-juiz de desempenhar a atividade de forma eficiente, célere, tecnicamente bem fundamentada e conduzida de modo a respeitar a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República.

Arrematando o referente lógico jurídico para implementação do processo-garantia, a Constituição assegura, também, o direito fundamental de ação, para salvaguarda dos bens da vida reivindicados por meio dos inúmeros procedimentos (ações) que a legislação infraconstitucional prescreve, proibindo a discriminação atentatória aos direitos fundamentais dos interessados, vedando juízos ou tribunais de exceção e a retroatividade da lei penal, censurando o uso de provas ilícitas e prevendo a gradação das penas proporcionais à conduta, assegurando o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência como sustentáculos da civilidade nacional.

Assim dito se poderia afirmar que o processo judicial brasileiro se realiza em ambiência democrática, capaz de lhe caracterizar inserto no garantismo tão bem desenhado por Luigi Ferrajoli³.

Ocorre que desde os primórdios do Brasil Colônia, até os tempos presentes, a trajetória do processo brasileiro sempre enfrentou turbulências, superando dramáticas e cruéis ditaduras civis e militares, passando por reformas superficiais e despreocupadas com o destinatário preferencial, o cidadão, se voltando sempre para o interesse das elites econômicas, sob o controle rígido da ideologia dominante. A Constituição, portanto, nesse caudal, é mero referencial inaplicado.

É verdade que esse quadro não se compôs de modo pacífico e sem resistências, eis que há escolas processuais que se preocupam com a recusa sistemática dos órgãos estatais e dos seus intérpretes mais retrógrados de filtrá-lo pela constitucionalidade democrática, imprimindo-lhe a feição de garantia orientada por teorias mais modernas que a de instrumento do juiz, como ressalta André Cordeiro Leal⁴.

Bons exemplos se encontram nas universidades brasileiras, em especial nas Minas Gerais⁵, onde se identificam os estudos do processo como ciência, composto por teorias e técnicas que se orientam pelo paradigma constitucional e se dirigem à efetivação de direitos fundamentais.

Porém, a prática é perversa, revelando o autoritarismo estatal, turbinado pelos recentes episódios de explícito ativismo. O que se observa do ativismo, sem véus, é a promoção do juiz justiceiro, travestido de herói pela mídia, alçado ao posto de celebridade, que “joga para a galera”.

Como reflexo desse quadro, aferrado aos privilégios do modelo de antanho, que reserva poder às autoridades, em detrimento da cidadania e da dignidade, a judicação civil e penal se faz de forma anacrônica e errática, gerando desequilíbrio e desconfiança⁶. Certamente que o *impeachment* da primeira mulher a presidir o país, Dilma Roussef, com a recusa do Supremo Tribunal Federal em julgar a ação por ela movida contra esse processo⁷ – o qual, consoante confissões colhidas em inúmeros depoimentos prestados na

tridimensional operação Lava Jato e seus acordos de delação, se revelou uma farsa para o golpe que guindou Michel Temer ao poder – expôs os intestinos da Justiça brasileira e os limites de sua atuação, acenando com a conta da leniência e da omissão, que deverá ser paga em algum momento da história.

Um dos problemas centrais dessa anacronia está na incompreensão do paradigma democrático de direito, que deslocou o centro de gravidade do processo e afastou a discricionariedade dos agentes estatais, conferindo destaque à pessoa interessada no provimento processual e à Constituição (lei) como autoridade. Nesse ponto, tudo quanto se adotava sob a égide do Estado Social se modificou: não há mais loas à pessoa do agente; não se admite que a autoridade emane da patente ou do cargo, senão da letra da lei gerada pelo poder popular; e a cidadania é o fundamento que motiva a atuação do Estado, cujo referencial são os direitos fundamentais.

Outro problema é a recusa de se compreender o processo como ciência que se orienta por teorias submetidas frequentemente à testificação, sem a fossilização que o converteu na ideologia aplicada pelo Judiciário – visto por alguns de seus membros como o último bastião de moralidade e sapiência, de onde provém toda a validade e legitimidade do sistema.

Arrematando o *conjunto da obra*, advém o voluntarismo e a casuística que redundam no ativismo judicial desvairado, sem contraponto crítico pela falta de espaços de fala coletiva e sem a calibragem que deveria ser exercida pelos outros Órgãos Constitucionais, em especial o Legislativo, que deveria ser a fonte do direito e não confirmador de jurisprudência, copiando para as novas leis decisões reiteradas dos tribunais.

Aliás, exemplo notório desse cacoete está no Projeto de Lei 513/2013, de autoria do senador Renan Calheiros, cuja tramitação foi concluída no Senado recentemente, que objetivaria reformar a Lei de Execuções Penais para humanizá-la, veja só, e acabou por ofertar a inserção do artigo 105 nessa mesma lei, com a seguinte redação:

Confirmada pelas instâncias ordinárias a sentença que aplicou pena privativa de liberdade, ou proferida esta por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa de função, a secretaria do juízo, sob pena de responsabilidade, expedirá, no dia seguinte, a guia de execução ao juízo da execução determinado pela sentença, recomendando-se, se já preso o condenado, a prisão em que se encontrar, ou, se em liberdade, expedindo-se mandado de prisão.

Esse dispositivo repete a posição do Supremo Tribunal Federal no mal-sinado *habeas corpus* 126.292, relatado pelo ministro Teori Zavascki, que em 17 de fevereiro de 2016 mudou a jurisprudência então dominante na Corte

e afirmou que é possível a execução da pena depois de decisão confirmada em segunda instância. Seguindo o relator, votaram favorável à antecipação dos efeitos da condenação, violando o estado de inocência e a garantia de que só se pode considerar culpa após trânsito da condenação, os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Em contrário se posicionaram os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio Melo, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski.^{8 9}

Essa realidade, como se vai concluir, não mantém correspondência com um novo sistema de justiça que trabalhe a inclusão do sujeito e a proteção dos direitos fundamentais, confirmando a independência do Judiciário para consolidação da democracia – jamais como guardador de lugar ou reserva de espaços de poder.¹⁰

Já antecipando conclusões, urge investir na modificação desse quadro com a oferta de propostas alternativas de acesso à jurisdição fora do Judiciário sem renúncia ao processo-garantia estruturado na principiologia constitucional. Por dentro dele, Judiciário, é fundamental o investimento na formação de todos os seus operadores, juízes, promotores, advogados, servidores, colaboradores e cidadãos interessados, para a compreensão do novo modelo constitucional de processo, fixado no Brasil há quase três décadas com a Constituição de 1988.

Deverão ser o cerne dessa formação os seguintes temas:

a) o debate sobre processualidade democrática no contexto mundial, regional e local para compreensão dos novos sistemas de justiça e a alteridade como pedra angular para a inclusão do cidadão, o “outro”, no centro do processo decisório;

b) o combate ao ativismo judicial porque reflexo da violação da constitucionalidade;

c) a defesa da linguagem, e não da autoridade do falante, como *medium* da hermenêutica jurídica;

d) o princípio democrático como paradigma procedimental para implantação dos direitos humanos, resgatando-os para o papel viabilizador da vida em coletividade.

Para chegar a essas conclusões ofertadas antecipadas, além das outras postas ao final, se aborda o modelo de processo constitucional brasileiro e a interpretação que lhe dá o Supremo Tribunal Federal, seguido pela evolução histórica, que ressalta suas raízes medievais, impeditivas da necessária evolução. Ainda, se vai criticar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, novidade do Código de Processo Civil festejada como a salvaguarda da ineficiência na entrega da prestação jurisdicional, mas que se releva apenas como mais um expediente para reafirmação do poder dos tribunais de cúpula, mera

repetição de decisões construídas sem diálogo qualificado pela participação dos interessados, agudizando a crise.

O modelo de processo constitucional brasileiro e o que o Supremo diz que ele é: ativismo judicial e redução das garantias

Roberto Amaral destaca que o Brasil vive a “grande crise”¹¹, cuja “fonte é a carência de legitimidade que se abate, a um só tempo, sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário”¹². E que “são graves e seguidos os ataques ao pacto constitucional de 1988, do qual nos distanciamos dia a dia e quanto mais nos distanciamos, mais nos apartamos da democracia representativa, do povo e da nação”¹³.

Avaliando tal quadro numa precisão espantosa, esse autor anota que há uma recusa em se libertar do passado, e por isso “adiamos, sistematicamente o sonho de uma sociedade comprometida com o combate às desigualdades econômicas, sociais e políticas, e nos deixamos esmagar pela realidade perversa”¹⁴.

E o porquê de tal situação é a “recidiva do modelo neoliberal” que “ameaça com a concentração de riqueza, o desmantelamento do Estado, a desorganização econômica e o comprometimento de nossa soberania”¹⁵.

Essa ideologia política atingiu o Judiciário em todos os seus escalões, “que não cumpre adequadamente o dever de julgar”¹⁶, como recorta Roberto Amaral, porque “a serviço dos interesses de classes dominantes”.

Assim, é inadiável e necessária nova reforma do Judiciário para que possa sobreviver “a opção democrático-popular de que resultou a Constituição de 1988” porque, a seu ver, “hoje o próprio STF agride a Constituição, seja julgando contra sua letra e seu espírito, seja imitando-se de forma autoritária, prepotente e inconstitucional, no papel de legislador constituinte”¹⁷.

Essa postura de legislador constituinte não é nova, valendo lembrar a dicção do ministro Moreira Alves no Mandado de Segurança 20.257/DF¹⁸, julgado em outubro de 1980, ocasião em que afirmou estar o Judiciário, na guarda da Constituição, acima dos demais poderes.

O que impressiona, porém, é o momento jurídico político em que se afirmam tais axiomas. Lá, em 1980, a plena ditadura, o que tornava o discurso do ministro Moreira Alves bastante atual. Mas, a se contar quase três décadas de afirmação da mesma posição, de fato, urge a correção desses rumos para que não se tenha a Constituição como simulacro, como bem anota Luz Moreira¹⁹.

Num galope de volta ao passado, o Supremo Tribunal Federal vem deixando claro que identifica o processo como “único meio de efetivação do

ius puniendi estatal”²⁰, como registrado no acórdão do *habeas corpus* 126.292, longe da concepção garantista de proteção do cidadão contra os excessos estatais.

Acerca de sua função, diz o ministro Edson Fachin²¹, se valendo das palavras de Robert Jackson, juiz da Suprema Corte Americana, que é infalível porque se convola na última palavra. Arrematando, o ministro Luis Roberto Barroso defende o papel criador do direito, confiado ao Supremo Tribunal:

Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões.²²

Ora, com o poder de criar o direito e a última palavra na aplicação deste, em que altura desse discurso se perdeu a teoria da separação dos poderes e a noção do princípio democrático? E o que dizer sobre o controle dessa atividade? Afinal, quem controla o Supremo Tribunal Federal, na atual quadra de poderes fragilizados? Em que medida o ativismo a que se entregou o judiciário brasileiro é o cume da remodelação ideológica para evadir à crise de eficiência na implementação de direitos fundamentais para oportunizar o bem da vida aos sujeitos de direitos?

Ativismo e redução das garantias constitucionais

O ativismo judicial não guarda correspondência com a judicialização de conflitos, embora já se tenha dito de modo gracioso e sem tecnicidade que são primos²³. Veja-se de antemão, desmistificando, que enquanto a judicialização é garantia verificada no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, o ativismo é violação porque supera a fronteira entre direito e política para afirmar posições ideológicas dos julgadores, usurpando a soberania popular como única fonte irradiadora do poder criador das regras de conduta social.

Ora, nesse discurso desconcertante do Supremo Tribunal Federal, de que os direitos fundamentais atuam como barreiras contra pretensões autoritárias e estas advêm das cortes de justiça, as mesmas que sem justificativas aceitáveis além de mero jogo de palavras se alheiam ao paradigma fundador desses mesmos direitos, a autofagia é patente e a refundação do sistema judicial é tarefa das mais urgentes.

Nessa linha, o modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial e a escolha ideológica de interpretar a Constituição de modo proativo e sem limites revelam expansão e alcance inaceitáveis, violando a Constituição e Tratados Internacionais da ordem do Pacto de San José da Costa Rica - cujos artigos 8º e 25 encerram garantias judiciais para proteger a imparcialidade, a presunção de inocência e o dever de proteção das pessoas contra excessos que ataquem direitos fundamentais.

Esse Pacto não agasalha o quanto prolatado pelo Supremo Tribunal Federal no famoso *leading case* do *habeas corpus* 126.292, alhures comentado, nem alberga o ativismo judicial, podendo daí se extrair resposta à indagação de quem controla os excessos do Supremo Tribunal Federal, como última *ratio*.

Embora se queira justificar o ativismo para “que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”²⁴, se a atuação judicial se fizer de modo a suprimir ou limitar o gozo e o exercício dos direitos fundamentais, ou mesmo para “excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo”, como apregoa a alínea “c” do artigo 29 do Pacto de San José, não há como lhe conferir validade.

Outra justificativa a ser rebatida, de que o ativismo “se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil”²⁵, por certo que estas situações não serão resolvidas com o aprofundamento do fosso entre representantes e representados, com a hipertrofia do Judiciário.

Aliás, essa recusa em se aproximar da sociedade para quem diz trabalhar, a despeito da fixada intenção na exposição de motivos da emenda Constituição nº 45, de 2004, com efeito, têm longas e fundas raízes históricas.

A herança medieval e a recusa ao modelo constitucional de processo

Desde a colonização brasileira que a regência das relações sociais e os mecanismos de resolução de conflitos seguiam as Cartas Régias, as ordenações, principiadas a partir do Rei Afonso V, de 1446²⁶. O poder emanava do soberano que instituía, como lhe aprouvesse, as regras da vida cotidiana, orientado e assessorado, naquele tempo, pelos interesses políticos e religiosos do modelo católico implantado.

Esses documentos jurídicos entrelaçavam direito, política e religião, apresentando a doutrina da época, de origem romano-canônica²⁷, provavelmente dirigidos à hegemonia dos grupos restritos dominantes (os “amigos do rei”).

Sem se abalar com os grandes eventos políticos que envolveram Império em 1822 e a República em 1899, permaneciam as Cartas Régias como regras

para orientação e aplicação do direito processual, por último as Ordenações Filipinas, de 11 de janeiro de 1603, da lavra do Rei Felipe II. Era como se ainda permanecesse entre nós a Corte Portuguesa, com poder de mando absoluto.

O modelo adotado, de origem ibérica, inspirado na versão romano-canônica, era escrito e secreto e, como explicam Nicola Pircardi e Dierle Nunes, “articulado rigidamente em fases separadas com rigorosa aplicação do princípio dispositivo, do impulso da parte, do princípio da eventualidade e do formalismo na aplicação da prova”²⁸.

Coroa essa mesma concepção, o Código Criminal de 1830, embora saudado como genuinamente brasileiro, assinado pelo Imperador D. Pedro I poucos meses antes de sua abdicação, não manteve correlação com o processo civil, que continuava submetido ao Livro III das Ordenações Filipinas, que só cedeu lugar a uma legislação pouco mais moderna em 1850, com o Regulamento 737, que criou o Código Comercial.

Com a Constituição da Primeira República, que trouxe alguma autonomia legislativa processual aos entes da Federação²⁹, se aventou a instituição de modelos próprios, regionais, entretanto, como diploma nacional, somente em 1939, quase um quarto de século depois do Código Civil de 1916, é que o Brasil conheceu seu primeiro Código de Processo Civil.

Inaugurando a sina, de se criar a legislação processual sob regimes ditatoriais, esse Código foi editado na ditadura do Estado Novo, objetivando, como disse seu mentor Francisco Campos, reforçar a autoridade do Estado. Esse signo deu conta de sua gênese, em nada diferente do que se via no Brasil de então: a hipertrofia dos órgãos do Estado e o apequenamento do cidadão e seus direitos basilares.³⁰

Mesmo com tal origem, o Código de Processo Civil de 1939 durou 34 anos, com fortes críticas da escola processual que se formava no Brasil sob a batuta do italiano Enrico Tulio Liebman, que por aqui ensinava.

Liebman, professor em várias escolas do eixo sudeste, lançou âncoras em São Paulo e lá deixou as raízes da famosa escola processual paulista³¹.

As críticas de Liebman e seus discípulos ao Código de 1939 davam conta da identidade do texto com o Estado Novo, autoritário, portanto, e, sem dúvida, ausente de contribuições que pudessem incluir visões diferentes do mundo da vida.

Malgrado a combatividade de Liebman e seus discípulos é fato que o código por eles idealizado não se fez diferente do anterior, eis que nascido em 1973, agora sob o mando da ditadura militar.

Embora chamado de novo método técnico de provocar a jurisdição, cuja exposição de motivos fora assinada por Alfredo Buzaid, discípulo de Liebman, não se verificaram ali muitas diferenças ao que se fazia até então,

com a “abundância de disposições inspiradas a textos estrangeiros”, no qual “expressamente mencionadas as legislações alemã, austríaca, italiana, francesa e portuguesa.”³²

Nicola Picardi e Dierle Nunes dizem que o Código de 1973 “foi aprovado pela melhor doutrina da época, assegurando sua excelência técnica e tentativa de neutralidade ideológica, mas, ao mesmo tempo, não chegou a ofuscar o caráter eminentemente ideológico de não poucos institutos.”³³

Tal caráter ideológico vai se refletir no atual Código de Processo Civil, a despeito das tentativas de lhe dar alguma atualidade e inserção na pós-modernidade, ainda distante de uma visão de pós-mundo longe da concentração do poder no Estado e seus agentes judiciais. Não se verá tarefa fácil, entretanto, aplicá-lo, como já anunciam as decisões do Superior Tribunal de Justiça que o apelidam de “Código Fux”³⁴, conferindo-lhe ares de propriedade do Judiciário, sem cerimônias.

Esse apelidado “Código Fux”, publicado em 16 de março de 2015, embora pretenda ser novo (ele também!), copiou muitos dos institutos do diploma anterior, não chegando a superar a doutrina majoritária inspirada em Büllow³⁵.

A teoria de Büllow, como bem anota André Cordeiro Leal³⁶, estabeleceu que o processo é relação jurídica entre autor, réu e juiz (em 1868), por aqui ancorada na mencionada escola processual paulista (desde 1940 com Liebman), denominada instrumentalista porque o traduz em instrumento da consciência do juiz para realização de escopos metajurídicos³⁷. Nada que ver com povo, legitimidade, direito ou democracia. Daí se afirmar que a concepção alienígena, antes português, medieval, seguida pela alemã, liberal, ainda vigora contra o paradigma constitucional democrático, havendo que se clamar pela inauguração, efetiva, do princípio democrático como sustentação da atividade jurisdicional para proteção dos direitos fundamentais.

O alheamento aos novos sistemas de justiça e à alteridade para inclusão dos sujeitos de direito

Frente à ideia de texto fundamental como normativa regulatória do Estado Constitucional, a par de Zippelius³⁸, verter os direitos humanos para o cotidiano por meio do decantando e decadente sistema de justiça oficial, ao fim e ao cabo, é o desafio.

Mesmo porque, o sistema de justiça mais conhecido é o judicial, arquetípico porque mais estudado e aplicado do que outros mais recentes e sob experimentação, como ensina Elio Fazzalari³⁹.

É fato que o sistema judicial é o mais longo e complexo, mas não o melhor porque, como registra Giane Ambrósio Álvares, “com aquele mesmo objetivo de manter os privilégios das classes dominantes (...) também tem a

missão de servir de instrumento para amedrontar, desmobilizar e neutralizar as lutas realizadas em prol do cumprimento das promessas constitucionais”.⁴⁰

Daí,

Nos últimos anos, mudanças de entendimento jurisprudencial a respeito de direitos fundamentais relacionados à atividade punitiva estatal e a aprovação de novas leis penais e processuais pelo Congresso Nacional abriram um ciclo mais grave de autoritarismo penal no país, direcionado aos pobres, aos movimentos populares e, também, a determinados partidos políticos.⁴¹

Nessa linha, há que se buscar alternativas ao Judiciário (jamais ao processo como *medium* linguístico garantidor da ampla defesa, do contraditório e da participação simétrica dos interessados), merecendo atenção a mediação⁴², a conciliação⁴³ e a arbitragem⁴⁴, ademais dos movimentos sociais que trabalham justiça restaurativa e construção da paz pela educação, para que se permita algum acesso à jurisdição democrática.

A rigor, não se constrói justiça sem aquele a quem esta se destina, daí porque, alteridade, enquanto visibilidade e inclusão do outro, põe no radar os sujeitos de direitos, que não estão ocultos e não podem ser ignorados por concepções paternalistas e dominadoras daqueles “tutelados” e “jurisdicionados”⁴⁵.

Decisões massivas e a pretensão de se implementar o sistema de justiça de precedentes ou a defesa dos legisladores judiciais de casos concretos

O monopólio da jurisdição para amearhar poder, no falso discurso oficial de que só o Judiciário pode decidir controvérsias, lançou essa função no caos, como comprovam as estatísticas mais recentes. Essa situação tem levado à busca frenética de expedientes para solucionar a morosidade e a incompetência do Estado-juiz.

A par do atual Código de Processo Civil, nos artigos 976 a 987, a novidade mais recente, acenada como a salvaguarda, copiada do modelo alemão (mantendo a submissão colonial aos estrangeirismos), é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, buscando resolver os chamados “casos de massa”. O termo, como critica Medina, carece de precisão terminológica porque se trataria de *questão* e não de *demandas*⁴⁶.

Elaine Harzheim Macedo explica seu objetivo:

A medida se volta essencialmente para superar os volumes de processo em ações de massa que aportam nos tribunais superiores, chegando ao ponto de inviabilizar a jurisdição especial ou extraordinária. Nenhum ganho – salvo, é claro, a orientação

firmada para a solução daquela lide – imediato e direto para as instâncias locais. Por outro lado, se o acórdão considerado paradigma cria certa vinculação aos órgãos fracionários dos tribunais a quo, que devem adotá-lo como critério de julgamento, o mesmo não se pode afirmar em relação à jurisdição de primeiro grau, na qual as ações repetitivas são interpostas e processadas, representando, nessa instância, quando muito, mera orientação jurisprudencial [...]. Os recursos repetitivos, como solução às ações repetitivas, acabam apenas saneando algumas áreas; no caso, mais especificamente, a atividade jurisdicional dos tribunais superiores. Ficam, à deriva, as instâncias locais. Meia medida, meia solução.⁴⁷

Aluisio de Castro Mendes e Roberto Aragão Rodrigues destacam que o IRDR “possui o condão de concretizar os princípios da celeridade e da economia processual, além de contribuir para a racionalização da prestação jurisdicional, ao se aliviar a carga de trabalho do Poder Judiciário”⁴⁸. Com isso, reduzir a atividade judicial é o objetivo, como se fosse possível decliná-la e ainda assim fazer justiça!

O problema verificado com a racionalização, entretanto, para ficar só nesse ponto de crítica, advém do quanto estabelece o artigo 927 e incisos do Código de Processo Civil porque, a partir daí, todo o sistema, desde juízes e tribunais inferiores, é obrigado a observar as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, assim como os enunciados de suas súmulas vinculantes. Logo, a cristalização se dará de cima para baixo, sem espaço para o dinamismo processual e longe do contraditório e da ampla argumentação como corolários da ampla defesa. Mais uma vez os direitos fundamentais ao devido processo legal responderão pela incompetência daqueles que deveriam defendê-los.

Com essa proposta, a rigor, os tribunais de cúpula se transformam em legisladores de casos concretos, fossilizando a atividade jurisdicional e estimulando ainda mais o ativismo, reproduzindo decisões sem diálogo e abrindo margem para a cristalização da violação de direitos fundamentais, com o ostracismo dos sujeitos do processo.

Conclusão

Sem a pretensão de soluções a curto prazo, mas lançando ideias para construção de repostas possíveis, além daquelas já ofertadas na introdução, conclui-se que é necessário resgatar o processo civil e penal como garantia a serviço da proteção dos direitos políticos fundamentais, não como instrumento do Estado.

Com a mesma compreensão, deve ser combatido o discurso de liberdade e discricionariedade, pilastras do ativismo, para fechar o abcesso que contamina a base do sistema democrático, não podendo ser mesmerizados como se tem visto.

A salvaguarda dos sistemas de direitos é o aprofundamento da participação popular na tomada de decisões públicas, resgatando o controle sobre a atividade estatal, que deve ser desempenhada sob a luz da inclusão. Nesse mesmo diapasão se colocam as técnicas alternativas na resolução de conflitos, sem preterição do processo como garantia de argumentação e das decisões compartilhadas como protótipo da busca pela paz duradoura.

Ativismo judicial, que não se confunde com judicialização, deve ser proscrito para que a garantia constitucional de ativação da função judicial não se convole no processo inquisitorial indisfarçado que permanece no sistema nacional desde a idade média.

RESUMO

O presente artigo critica o modelo de processo judicial brasileiro, de costas para o paradigma constitucional democrático, ainda preso às raízes medievais do colonialismo, entregue ao sistema inquisitorial que lança mão de expedientes censurados pelo garantismo, como a construção de decisões antes da formação dialogal das partes para a reconstrução segura do fato jurídico e a antecipação dos efeitos das condenações criminais. O trabalho ressalta, como produto da sua hipótese, o entrelaçamento entre o discurso oficial político e o sistema de justiça, este implementado a partir de decisões massivas das Cortes Superiores, evidenciando que a nova processualidade, que aproximasse o povo do poder, prometida formalmente desde a Reforma do Judiciário com a edição da Emenda Constitucional 45, seguida pela alteração do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções Penais, é quimera que a *praxis* acrítica corrobora. A metodologia utilizada para se chegar às conclusões apresentadas é a revisão da jurisprudência e da literatura especializada.

PALAVRAS-CHAVE

Processo judicial brasileiro; Raízes medievais; Sistema inquisitorial; Decisões massivas.

Medieval Roots Of Brazilian Judicial Process

ABSTRACT

This paper evaluates the Brazilian judicial process model, one that faces away from the democratic-constitutional paradigm, still linked to the medieval roots of colonialism, handed over to the inquisitorial system that uses means censored by the “*garantismo*” such as the building of decisions before the dia-

logic formation of the interested parties to firmly reconstruct the juridical fact and the anticipation of the effects of criminal convictions. This work emphasizes, as a result of its hypothesis, the interlace between the official political discourse and the justice system, the later implemented from massive rulings of the Superior Courts, showing that the new “processualidade” (that could bring the people closer to power and was formally promised since the Judiciary Reform with the edition of the 45th Constitutional Amendment followed by alterations in the Civil Proceedings Codex and the National Prison Law) is a chimera that the *praxis* confirms. The methodology used to reach the present conclusions is the revision of the jurisprudence e the specialized literature.

KEY-WORDS

Brazilian Judicial Process; Medieval Roots; Inquisitorial System; Massive Rulings.

NOTAS

1. Doutora em Direito Processual Civil (PUC-MINAS), Mestre em Direito Administrativo (UFMG), Especialista em Processo Penal (Castilla La-Mancha). Professora da Graduação e do Mestrado na Proteção de Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Advogada e autora de vários livros e artigos acadêmicos. Email: edilene_lobo@yahoo.com.br.

2. O instrumentalismo lança o Estado-juiz para o centro de gravidade do processo exaltando a autoridade estatal e relegando os demais interessados a papel subalterno, longe da concepção cidadã de que se trata de garantia do povo para efetivação de direitos fundamentais, cabendo ao Estado-juiz o dever de eficiência e celeridade na sua implantação (LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008).

3. Sempre bom resgatar o mestre, ainda que em repetição sistemática, para ver se se faz aplicado: “[...] como garantia, entenda-se, também, e diria prevalentemente, o conjunto dos limites e dos vínculos impostos aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais. [...] No que se referem ao crime, esses limites outra coisa não são do que as garantias penais substanciais: do princípio da legalidade estrita ou da taxatividade dos fatos puníveis àqueles da sua ofensividade, materialidade e culpabilidade. No que se referem ao processo, eles correspondem às garantias processuais e do ordenamento: o contraditório, a paridade entre acusação e defesa, a separação entre juiz e acusação, a presunção de inocência, o ônus acusatório da prova, a oralidade e a publicidade do juízo, a independência interna e externa da magistratura e o princípio do juiz natural.” FERRAJOLI, Luigi. Nota de Abertura - O garantismo e a esquerda. In: *Garantismo Penal no Brasil: Estudos em Homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 15-16.

4. LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

5. Como membros ilustres dessa escola processual podem ser citados Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho dias, Flaviane de Barros Magalhães, Dierle José Coelho Nunes, Vicente de Paula Maciel, André Cordeiro Leal, André Del Negi, Fabricio Veiga da Costa, Dhenis Cruz Madeira, dentre tantos.
6. Pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos e divulgada pelo Jornal O Estado de S. Paulo, em agosto de 2017, destaca: “A onda de rejeição a políticos e autoridades públicas já não se limita ao governo e ao Congresso e chegou com força ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Pesquisa Ipsos mostra que, entre julho e agosto, houve aumento significativo da desaprovação a ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Até o juiz Sérgio Moro enfrenta desgaste: apesar de seu desempenho ainda ser majoritariamente aprovado pela população, sua taxa de rejeição está no nível mais alto em dois anos.” (BRAMATTI, Daniel; AMENDOLA, Giberto. *Onda de rejeição alcança até ministros do Supremo*. São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 de agosto de 2017, disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,onda-de-rejeicao-alcanca-ate-ministros-do-supremo,70001951676>>. Acesso em 08 set. 2017).
7. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.378. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, publicado no Diário do Judiciário eletrônico de 14/09/2016.
8. Texto final do projeto disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7260185&disposition=inline>.
9. Outro exemplo recente da função copista está nas sucessivas reformas políticas, pelas quais o Parlamento vem repetindo a jurisprudência eleitoral em sede de propaganda, fidelidade partidária, vedação de contribuições empresariais para campanhas, tratamento do foro privilegiado etc.
10. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
11. AMARAL, Roberto. O poder judiciário no epicentro da crise político. São Paulo: *Carta Capital*, 2016. *Online*. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-poder-judiciario-no-epicentro-da-crise-politica>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
12. AMARAL, Roberto. O poder judiciário no epicentro da crise político. São Paulo: *Carta Capital*, 2016. *Online*. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-poder-judiciario-no-epicentro-da-crise-politica>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
13. AMARAL, Roberto. O poder judiciário no epicentro da crise político. São Paulo: *Carta Capital*, 2016. *Online*. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-poder-judiciario-no-epicentro-da-crise-politica>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
14. AMARAL, Roberto. O poder judiciário no epicentro da crise político. São Paulo: *Carta Capital*, 2016. *Online*. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-poder-judiciario-no-epicentro-da-crise-politica>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
15. AMARAL, Roberto. O poder judiciário no e pago.icentro da crise político. São Paulo: *Carta Capital*, 2016. *Online*. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/>>

- politica/o-poder-judiciario-no-epicentro-da-cri-se-politica>. Acesso em: 10 ago. 2017.
16. AMARAL, Roberto. O poder judiciário no epicentro da crise político. São Paulo: *Carta Capital*, 2016. *Online*. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-poder-judiciario-no-epicentro-da-cri-se-politica>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
17. AMARAL, Roberto. O poder judiciário no epicentro da crise político. São Paulo: *Carta Capital*, 2016. *Online*. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-poder-judiciario-no-epicentro-da-cri-se-politica>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
18. STF: Mandado de Segurança 20.257, originário do DF, Tribunal Pleno, relatado pelo Ministro Moreira Alves, publicado no Diário das Justiça de 27/02/1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
19. MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.
20. STF: *habeas corpus* nº 126.292, originário de São Paulo, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJe de 17/05/2016, com esta ementa: “A execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.” Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.
21. STF: *habeas corpus* nº 126.292, originário de São Paulo, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJe de 17/05/2016, com esta ementa: “A execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.” Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.
22. STF: *habeas corpus* 126.292, originário de São Paulo, relatado pelo ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJe de 17/05/2016, com esta ementa: “A execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.” Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.
23. Luis Roberto Barroso, quando ainda não era ministro do STF, em artigo publicado na Revista Eletrônica CONJUR, antes de ser ministro do Supremo, asseverava: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não

um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (BARROSO, Luis Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. São Paulo: CONJUR. Publicado em 22/12/2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3>. Acesso em 11 ago. 2017)

24. BARROSO, Luis Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. São Paulo: CONJUR. Publicado em 22/12/2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3>. Acesso em: 11 ago. 2017.

25. BARROSO, Luis Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. São Paulo: CONJUR. Publicado em 22/12/2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3>. Acesso em: 11 ago. 2017.

26. Segundo Celso Marcelo de Oliveira: “O Brasil nasceu sob o império das Ordenações Alfonsinas, editadas em 1446 [...]. As Ordenações Alfonsinas não foram um verdadeira codificação do direito, e sim uma compilação coordenada que se divida em 5 livros, sendo o Livro III, com seus 128 artigos, destinados ao processo civil. [...] As Ordenações Alfonsinas tiveram como fonte a legislação feudal ou costumeira, o direito romano justinianeu inserido no ‘corpus juris’, o direito canônico e as Decretais de Gregório IX, vigorando em nosso país até 1521, quando ocorre, então, a publicação das Ordenações Manuelinas. De 1521 a 1603 vigoraram as Ordenações Manuelinas. Atendiam mais ao interesse da realeza do que ao das outras instituições, fortalecendo o poder absoluto do Rei. A partir de 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, que seguiram o método e a sistematização das matérias manuelinas, em cinco livros. (OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Moderno direito processual civil do Brasil e de Portugal*. Revista de Doutrina da 4ª Região n. 10. Porto Alegre: 10 de janeiro de 2006)

27. PICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro – Origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa do Senado*, Brasília, Ano 48, n. 190. p. 93-120, abr./jun. 2011.

28. PICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro – Origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa do Senado*, Brasília, Ano 48, n. 190. abr./jun. 2011, p. 94.

29. PICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro – Origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa do Senado*, Brasília, Ano 48, n. 190. abr./jun. 2011, p. 96.

30. PICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. *O Código de Processo Civil Brasileiro – Origem, formação e projeto de reforma*. Revista de Informação Legislativa do Senado, Brasília,

Ano 48, n. 190. abr./jun. 2011, p. 97.

31. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O magistério de Enrico Tulio Liebman no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 81, São Paulo, p. 98-102, mar. 1987.

32. PICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. *O Código de Processo Civil Brasileiro – Origem, formação e projeto de reforma*. Revista de Informação Legislativa do Senado, Brasília, Ano 48, n. 190. abr./jun. 2011, p. 100.

33. PICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. *O Código de Processo Civil Brasileiro – Origem, formação e projeto de reforma*. Revista de Informação Legislativa do Senado, Brasília, Ano 48, n. 190. abr./jun. 2011, p. 101.

34. Leia-se tal expressão em inúmeras decisões do STJ, v.g.: Recurso Especial Repetitivo n. 1632777, originário de São Paulo, relatado pelo ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado no DJe de 26/05/2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=70016709&num_registro=201602743763&data=20170526&tipo=5&formato=PDF>;

35. Charley Teixeira Chaves vai dizer que “O jurista citado não teve originalidade na criação da teoria da relação jurídica processual, uma vez que a idéia já era desenvolvida por Búlgaro, jurista italiano (século XII), discípulo de Irnério, que defendia bem o sistema acusatório da época e estabelecia que ‘para haver processo é preciso que três pessoas: juiz, autor e réu’ [...]. Nas Ordenações Filipinas (Livro 3º, título 20, proêmio) também constava essa ideia: ‘Três pessoas são por direito necessárias em qualquer Juízo, juiz que julgue, autor que demande, e réu que se defenda.’” (ALVES, Charley Teixeira. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 87/88).

36. LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 37-68.

37. “A teoria da relação jurídica, teoria dominante desde o seu apogeu até os dias de hoje, vem sendo aprimorada por inúmeros juristas. Temos a visão da Instrumentalidade do processo que, dentro da nova perspectiva do processo moderno é vista como realizadora de justiça, que busca a desmistificação das regras do processo e de suas formas para um modelo otimizado, acrescentando além do escopo jurídico, outros escopos, sendo eles os valores sociais e políticos sustentados pelo método teleológico de interpretação das normas processuais. [...] O papel da Instrumentalidade consiste em atenuar as exigências formais, bem como aumentar a celeridade na produção dos resultados, tudo para alcançar o ideal de efetividade jurisdicional.” (ALVES, Charley Teixeira. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 91).

38. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução Karim Praefke e Aires Coutinho. Coordenação e prefácio de J. J. Gomes Canotilho. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

39. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Eliane Nacif. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 758.

40. ÁLVARES, Giane Ambrósio. *O sistema de justiça criminal promove a barbárie contra os pobres e lutadores sociais*. São Paulo: Carta Capital, publicado em 21 de janeiro de 2017. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/21/o-sistema-de-justica-criminal-promove-barbarie-contra-os-pobres-e-lutadores-sociais/>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
41. ÁLVARES, Giane Ambrósio. *O sistema de justiça criminal promove a barbárie contra os pobres e lutadores sociais*. São Paulo: Carta Capital, publicado em 21 de janeiro de 2017. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/21/o-sistema-de-justica-criminal-promove-barbarie-contra-os-pobres-e-lutadores-sociais/>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
42. Prevista na Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que considera a mediação, consoante parágrafo único do seu artigo 1º, como “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar soluções consensuais para a controvérsia”.
43. Tipificada em várias leis processuais, desde civis, penais, trabalhistas e outras, mais recentemente estampada no artigo 334, § 8º, do atual Código de Processo Civil, lamentavelmente sob cogência judicial, desnaturando sua finalidade.
44. Regulada pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, para propiciar que pessoas capazes, tratando de direitos patrimoniais disponíveis, possam se valer da atuação de técnicos denominados árbitros, com formação capaz de ofertar dirimção de conflitos com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.
45. Tais expressões não disfarçam a feição paternalista, de menoridade do ser, porque sempre necessitado de que lhe guie, sem respeito à autonomia privada.
46. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.438.
47. MACEDO, Eliane Harzheim. Novos conflitos e o processo adequado: o conflito repetitivo e as soluções processuais (capítulo 1). In: TRINDADE, André Karam. BORTOLI, José Carlos Kraemer. *Direitos fundamentais e democracia constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 156-157.
48. MENDES, Aluísio de Castro; RODRIGUES, Roberto Aragão. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 211, set. 2012, p. 193.