

## O GARANTISMO PROCESSUAL<sup>41</sup>

TRADUÇÃO DE GLAUCO GUMERATO RAMOS

Professor de *Teoria Geral de Direito Processual* em várias Universidades da América. Diretor do *Mestrado em Direito Processual* da Universidad Nacional de Rosario (UNR – Argentina). Presidente del *Instituto Argentino de Derecho Procesal Garantista*. Ex Presidente del *Instituto Panamericano de Derecho Procesal*. Currículo completo pode ser visualizado em [www.adolfoalvarado.com.ar](http://www.adolfoalvarado.com.ar).

**RESUMO:** O texto aborda diversos fundamentos dogmáticos do *garantismo processual* na perspectiva das Constituições modernas e dos sistemas processuais conhecidos, fundamentalmente na experiência ocidental da Iberoamérica e da Europa continental. Argumenta, ademais, que o denominado *ativismo judicial* é incompatível com a cláusula do devido processo legal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição – processo jurisdicional – devido processo legal – garantismo processual – modelo acusatório – processo civil – processo penal –

limites democráticos no exercício do poder.

**RESUMEM:** El texto hace el análisis de los fundamentos dogmáticos del *garantismo procesal* desde la perspectiva de las Constituciones modernas y de los sistemas procesales conocidos, bajo la experiencia occidental de Iberoamérica y Europa continental. Plantea que el nominado *activismo judicial* es incompatible con el debido proceso legal.

**PALABRAS-CLAVE:** Constitución – proceso jurisdicional – debido proceso legal – garantismo procesal – sistema acusatorio – proceso civil – proceso penal – límites democráticos en el ejercicio del poder.

### SUMARIO:

1. O que é o processo: sua causa e razão de ser. 2. Os princípios que regulam o processo. 3. Os sistemas judiciais. 3.1. O sistema acusatório ou dispositivo. 3.2. O sistema inquisitivo. 3.3. O sistema misto. 4. O que é o *devido processo*. 5. O que é o *garantismo processual*? 6. O que é o *ativismo judicial* a partir da ótica *garantista*.

---

<sup>41</sup> Tradução de Glauco Gumerato Ramos.

GLAUCO GUMERATO RAMOS<sup>42</sup> pediu-me para intervir nesta sua obra, que pretende mostrar aos juristas brasileiros a existência do árduo e recorrente debate doutrinário iniciado na última década do século passado, e que hoje segue vigente entre alguns processualistas argentinos e iberoamericanos em geral.

Com efeito, instruiu-me acerca daquilo que me cabia escrever neste livro: explicar o que é o movimento filosófico autodenominado *garantismo processual*, hoje com ramificações por toda a América hispanoparlante, Espanha, Itália e no próprio Brasil. De tal modo, o leitor poderá comparar seu conteúdo com o da filosofia mostrada pelo discurso do chamado *ativismo judicial*, a respeito do qual aqui, neste mesmo livro, escreveu um eminente autor de meu país.

Para tanto, não tenho outra alternativa a não ser abusar da paciência do leitor e, assim, recordar conceitos por todos conhecidos, mas, a respeito dos quais tais movimentos (ativismo e garantismo) discrepam

---

<sup>42</sup> Glauco é aluno egresso da 11ª Turma do curso de Mestrado em Direito Processual ministrado na Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Rosario (UNR), Argentina, o qual frequentou regularmente no período de dois anos, através de oito módulos de ensino intensivo (*full time*) com duração de uma semana cada. Graduado no final de 2009, a frequência de suas viagens ao meu país e o contato que ali teve com mestrandos de quase todos os lugares da América espanhola lhe permitiu

contundentemente por diferentes razões, *fonte e fim*.

O garantismo postula e pretende a vigência irrestrita e plena do sistema acusatório ou dispositivo de enjuizamento, tanto no processo penal como no civil, enquanto que o ativismo aceita e mantém o sistema inquisitivo ou inquisitório para todo tipo de processo (penal ou civil). E, como logo se verá, ambos são claramente antagônicos e incompatíveis, jurídica e moralmente.

Que esta explicação sirva como respeitosa escusa pela reiteração das ideias que começo a expor a seguir.

## 1. O QUE É O PROCESSO: SUA CAUSA E RAZÃO DE SER

Apesar de prestigiosa doutrina ter sustentado que todos sabem onde está o processo, apesar de não se poder dizer o que ele é, e tendo sido qualificado como um *drama* e, mais ainda, um *enigma* e um *mistério*, desde o mais remoto passado foram

descobrir o tema que hoje se apresenta neste seu livro e, preocupado com o teor das discussões que presenciou nos mais diversos congressos da nossa especialidade, vislumbrou a necessidade de mostrar em seu próprio país o conteúdo e o alcance dos temas em discussão, mediante os quais se põe em discussão o próprio sistema judicial. Máxime quando vários dos tópicos em debate nasceram na própria doutrina brasileira.

várias as explicações acerca de o *que é o processo*, particularmente quando se trata de estabelecer sua natureza jurídica.

De minha parte, sustento faz tempo – e adianto agora brevemente – que o processo é só um *método pacífico de debate dialogal e argumentativo*.<sup>43</sup>

E para explicar isso creio que o ponto de partida deve estar na inicial determinação de sua *causa*: a existência de um *conflito intersubjetivo de interesse* no plano da realidade da vida, que deve ser solucionado o quanto antes, para manter a coesão do grupo social num lugar e tempo determinados.

Historicamente, tão grave problema de convivência era solucionado só com a *autodefesa*, mediante a aplicação da *razão da força* pelos próprios antagonistas entre si, até que se percebeu que dever-se-ia dar preferência ao *diálogo* e, portanto, à *força da razão*, graças a que se possibilitou a *autocomposição*, que se mantém até hoje. E com isso a

---

<sup>43</sup> E não como *método de investigação*, tal qual o concebe o sistema inquisitivo, como logo se verá.

<sup>44</sup> Atente-se para a ideia de que o processo é *método* e, como tal, *meio*, não *meta a atingir* (a *meta* do processo como *meio* de discussão é a *obtenção de uma sentença*). Por outro lado, quando o processo é visto como *método de investigação*, a *meta* é a busca da verdade, e isso às vezes ocorre a qualquer preço. Adianto, desde já, que,

sociedade ganhou muito em tranquilidade e paz.

Quando, por outras razões, a autocomposição não se fazia possível, a civilidade não deixava ao indivíduo outra alternativa – tal como ocorre até nossos dias – que não fosse a *heterocomposição pública*, que opera sob a forma de *processo judicial*.

A par disso, e complementando o que há pouco foi assinalado, de que o processo é um *método de discussão*, agora o apresento como *meio*<sup>44</sup> de debate dialogal e argumentativo realizado entre dois sujeitos naturalmente desiguais em posições antagônicas em relação a um mesmo bem da vida, e que se igualam juridicamente para os fins da atuação do diretor do debate (juiz), devendo este, com isso, ostentar sempre três qualidades essenciais: *imparcialidade*, *impartialidade* e *independência*, e tudo para assegurar a permanente *bilateralidade*.<sup>45</sup>

Assim concebido e a fim de completar a ideia inicialmente esboçada, creio que nestes termos

na ocorrência de tensão entre *meio* e *meta* (método e sentença), o pensamento garantista *privilegia sempre o método*, pois, do contrário, ter-se-á que dar razão a Maquiavel: os fins justificam os meios.

<sup>45</sup> A *bilateralidade* significa *audiência recíproca* (contraditório). De tal modo, e graças a ela, tudo o que *diz* ou *faz* uma das partes deve ser comunicado a outra para que *diga* e *faça* o que pretenda a respeito. E vice-versa.

pode-se confirmá-lo como a *razão de 'se do processo é a erradicação de toda força ilegítima dentro de dada sociedade, para manter um estado perpétuo de paz'* e de respeito às normas adequadas de convivência que todos devem acatar.<sup>46</sup>

Com efeito, não importa se uma corrente doutrinária considera que o ato de julgar nada mais é do que a *concretização da lei*, ainda que outras ampliem notavelmente este critério; em todo caso, é imprescindível deixar claro que a razão de ser do processo permanece inalterada: trata-se de manter a paz social, *evitando que os particulares façam justiça pelas próprias mãos*. E para isso a discussão é pacífica e regulada por lei. Finda a discussão, e desde os próprios interessados não logrem autocompor o conflito, sua heterocomposição será realizada pelo juiz em sua sentença que, assim vista, se erige no *objeto do processo*.

## 2. OS PRINCÍPIOS QUE REGULAM O PROCESSO

Da maior importância é estabelecer quais são os *princípios processuais*, aqui entendidos como regras-diretrizes expressas ou implicitamente estabelecidas pelo legislador, para que o método de

enjuizamento possa operar eficazmente de acordo com a orientação filosófico-política de quem exerce o poder em determinado tempo e lugar.

Por assim ser, um *princípio* é simplesmente um *ponto de partida*. Contudo, da mesma forma que ninguém pode caminhar *a parte alguma* (sempre que o faz seguirá algum sentido), esse ponto de partida deve ser visto em função do que se pretende achar ou atingir ao chegar (no direito privado isso se chama *causa eficiente e causa fim*).

Se o que se deseja é regular um meio pacífico de debate dialético entre dois antagonistas em pé de igualdade ante um terceiro que heterocomporá o litígio, formular os *princípios* necessários para atingir tal resultado implica estabelecer as linhas diretivas fundamentais que devem ser *imprescindivelmente* respeitadas para que se alcance um mínimo de coerência que supõe todo o sistema.

Quando se lê com atenção qualquer obra de direito processual, ver-se-á que sempre existe um capítulo destinado a pontual explicação do tema, ao que invariavelmente se denomina de “princípios processuais”. Além disso, advertir-se-á que seu conteúdo se refere a muitas coisas que não são

---

<sup>46</sup> Que fique claro desde já que, para o garantismo, o processo pouco tem que ver com a *busca da verdade*, como

habitualmente se diz de seu objeto ou de sua razão de ser. Voltaremos a nos referir a este tema.

similares entre si. A par disso, fala-se do *princípio da igualdade*, do *princípio da imediação*, do *princípio inquisitivo*, do *princípio da imparcialidade*, do *princípio da oralidade*, do *princípio acusatório* etc.

No entanto, se se *pensa o Direito* (e isso implica meditar sobre o que se diz e não aceitar sem maiores críticas as opiniões alheias em razão da importância autoral de quem as expressa) e se lê atentamente cada um de tais “princípios”, e se os se compara aos demais, torna-se notório que com esta palavra – “princípios” – mencionam-se as mais diversas coisas, algumas das quais nenhuma relação têm com as outras. Isso não é bom para a adequada compreensão de cada tema e, acima de tudo, para a do próprio fenômeno do processo, cujo termo está permeado de *equivocidade* por *multivocidade*.

Para solucionar o problema apontado, é necessário indagar a *essência* mesma de cada um desses chamados “princípios”, a fim de tornar possível sua adequada metodização. Sendo assim, compreende-se que com tal palavra se mencionam indistintamente três coisas que, na verdade, devem ser encaradas diferentemente.

Isso ocorre porque a maioria dos “princípios” enunciados pelos autores se apresenta com *essência binária*, como *pares antinômicos*: oralidade ou escritura, mediação ou

imediação, preclusão ou livre desenvolvimento etc. Tal fato permite ao legislador optar por um ou por outro significado no momento de criar a norma. Quando elege um deles para consagrá-lo na lei, por exemplo, a *imediação*, automaticamente deixa de lado o seu par antinômico, a *mediação*, pois resulta impossível aceitar que o juiz possa atuar com mediação e imediação ao mesmo tempo.

Ao lado desses, existem outros “princípios” que se apresentam invariavelmente em forma *unitária*, já que logicamente não admitem a existência de um par antinômico. Por exemplo: a *imparcialidade do julgador* (admite-se sua parcialidade?...), a *igualdade das partes litigantes* (admite-se sua desigualdade?...), e assim por diante.

Dadas essas óbvias diferenças, e tendo em conta que alguns “princípios” constituem a *essência mesma do processo*, ao passo que outros não, pois apenas se referem ao desenvolvimento do trâmite procedimental, é de se aceitar tranquilamente a opinião daqueles que propõem denominar *princípios* apenas os que sejam *unitários*, já que isso propicia o uso do sintagma *regras procedimentais* (próprias das atividades de processar e sentenciar) para nomear a todos os *binários*.

Finalmente, na doutrina majoritária existem outros “princípios”: o *acusatório*, ou

*dispositivo*, e o *inquisitório*, ou *inquisitivo*, que não são unitários e, portanto, não podem ser catalogados como *princípios*. Tampouco são *regras*, ainda que se mostrem com aparência *binária*, já que, em essência, são *sistemas de enjuizamento* e, como tais, compreendem uma gama diferenciada de verdadeiros *princípios* e de autênticas *regras*.

Dessa maneira, apresentarei como tópicos diferentes tanto o dos *princípios processuais*, quanto o referente às *regras técnicas* do debate e da atividade de sentenciar, e, ainda, outro sobre os *sistemas de enjuizamento*.

Como logo compreender-se-á, o *sistema acusatório* é a conjunção dos princípios que fazem a essência mesma do processo e aparece como tal no mundo jurídico, sem se importar com as regras que, de fato,<sup>47</sup> se utilizam para o desenvolvimento de

---

<sup>47</sup> É evidente que o sistema *acusatório* sempre gera um *verdadeiro processo*, pois o juiz é imparcial e, com isso, possibilita a igualdade dos parciais. E para tais fins, é indiferente se o trâmite é oral ou escrito, com ou sem imediação etc.

<sup>48</sup> Bem observadas as coisas, o sistema *inquisitório* é um conjunto de regras que não correspondem aos que eu qualifiquei como *princípios processuais*, pois o fato de o juiz ser o responsável pelo impulso oficial e, ademais, proceder de ofício (no penal) e provar por si mesmo as afirmações das partes civis quando elas não se ocuparam de fazê-lo, resulta numa óbvia perda da imparcialidade nos

seu trâmite. Do mesmo modo, o *sistema inquisitivo* é uma simples somatória de regras procedimentais que se exibem sempre em forma isolada e carente dos princípios antes enunciados<sup>48</sup>.

Assim concebidos, os *princípios processuais* – propriamente ditos, sem importar agora as denominações errôneas que lhes outorgam alguns autores, tal como consignei acima – são apenas cinco<sup>49</sup>, e sua enunciação deve começar pelo mais importante de todos: o da *imparcialidade do julgador*.

Para os fins deste trabalho, importa apenas que eu me ocupe dele, já que sua conceituação é o que liminarmente diferencia *ativistas* e *garantistas*. A ideia de *imparcialidade* indica que o *terceiro* que atua na qualidade de autoridade para processar e sentenciar o litígio deve ostentar claramente este

termos em que se conceitua neste trabalho. Para terminar, de nada importa se o procedimento é oral ou escrito quando o juiz *não* é imparcial. O que disso resulta será sempre um *procedimento* e não um *verdadeiro processo*.

<sup>49</sup> São eles: 1) a *imparcialidade do julgador*; 2) a *igualdade dos parciais* (partes) que litigam; 3) a *transitoriedade* do processo como meio de debate; 4) a *eficácia* da seria procedimental prevista pelo legislador; e 5) a *moralidade* no debate. O desenvolvimento integral do tema faço em meu *El debido proceso de la garantía constitucional*, com várias edições em diversos países.

atributo; para tanto, não há de estar colocado na posição de parte (*imparcialidade*), já que ninguém pode ser autor, ou acusador, e juiz ao mesmo tempo; deve carecer de todo interesse subjetivo na solução do litígio (*imparcialidade*) e deve poder atuar sem subordinação hierárquica no que toca às partes (*independência*).

Entretanto, há algo mais: a palavra *imparcialidade* significa várias coisas diferentes da *falta de interesse* que comumente se menciona como vetor a definir a atuação cotidiana do juiz.

Implica, por exemplo, *ausência de preconceitos* de todo tipo (particularmente racial ou religioso); *independência de qualquer opinião* e, conseqüentemente, ter ouvidos surdos ante a sugestão ou persuasão da parte interessada que possa influir em seu ânimo; *não identificação com alguma ideologia* determinada; *completo alheamento* frente à possibilidade de dádiva ou suborno, e à *influência de amizade, ódio, piedade*, da imprensa etc. Também não envolver-se pessoal nem emocionalmente com o assunto litigioso e evitar toda participação na *investigação dos fatos* ou na *formação dos elementos de convicção*, bem como julgar segundo seu próprio conhecimento privado do assunto, e assim por diante. Tudo isso que se apresenta como óbvio – e de fato o é

– não se vê tão claro quando o leitor parte a estudar o tema nas obras gerais sobre direito processual. Verá nelas que, assim como ocorre com o conceito de *devido processo legal*, em geral se trabalha por *aproximação* e ninguém o define em termos positivos.

Na realidade, creio que todos – particularmente os magistrados – subentendem tacitamente o conceito de imparcialidade, mas ninguém afirma em que consiste com precisão e sem dúvidas. Por isso é que se diz, despreocupada e erroneamente, que os juízes do sistema inquisitivo podem ser e de fato são imparciais nos processos em que atuam, o que ocorrer por que os juízes em geral, e desde sempre, vislumbram a palavra *imparcialidade* a partir de uma ótica puramente *pessoal*, e nunca a partir da ótica *funcional*, que é a perspectiva correta de enxergá-la.

É certo que um juiz impoluto do sistema inquisitivo pode não ter interesse *pessoal* em que alguém saia vitorioso ou derrotado da demanda. É óbvio, contudo, que o interesse deve ser *funcional*, da mesma forma que deve tê-lo o Ministério Público quando acusador, em relação a quem, absurdamente, já foi afirmado que é *parte imparcial* do processo penal.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Sem chamar a atenção para quem assim o afirma, isso é uma *contradictio in terminis* (uma contradição do substantivo com adjetivo), um disparate

lógico impossível de explicar. É o mesmo que dizer o bom-mau, o belo-feio etc.

Dessa forma, o juiz não deve ter interesse *pessoal* nem *funcional* no desenvolvimento nem no resultado do processo.

Se bem se vislumbra todas as qualidades definidoras do vocábulo que acabo de mencionar, a tarefa de ser *imparcial* é assaz difícil já que exige absoluta e asséptica neutralidade, que deve ser praticada na atividade judicante com todas as qualidades que envolvem o vocábulo.

A natural consequência desta concepção da *imparcialidade* gera o segundo dos princípios, o qual a doutrina coloca sempre sobre o primeiro. Refiro-me ao princípio da *igualdade das partes*, que vigera plenamente conforme seja o juiz devidamente imparcial.

Assim é, já que essencialmente todo processo supõe a presença de dois sujeitos (caráter *dual* do conceito de parte) que mantém posições antagônicas a respeito de uma mesma questão (pretensão e resistência; protagonista e antagonista). E bem se sabe que se isso não ocorre está-se

diante de um simples procedimento, e não ante um processo.<sup>51</sup>

Se a razão do processo é erradicar a força ilegítima de uma dada sociedade e, com isso, igualar *juridicamente* as diferenças naturais que irremediavelmente separam os homens, é da essência lógica do processo que o debate<sup>52</sup> se efetue *em pé de perfeita igualdade*.<sup>53</sup>

Tal constatação é tão importante, que todas as Constituições do mundo consagram de modo expresso o *direito de igualdade ante a lei*, proibindo situações que implicam clara desigualdade, tais como: prerrogativa de sangue ou de nascimento, títulos nobiliárquicos, foros pessoais etc., e admitindo outras que permitem aplacar a desigualdade: livre acesso aos tribunais aos que carecem de meios econômicos suficientes, dentre tantas.

No campo do processo, igualdade significa *paridade de oportunidades* e de *audiência*; de tal modo, as normas que regulam a atividade de uma das partes antagônicas não podem constituir, em

---

<sup>51</sup> Desenvolvi com vagar todas essas ideias em meu *Sistema processual: garantia de la libertad*, 2 tomos, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

<sup>52</sup> Insisto recorrentemente que o debate processual é luta, e não um passeio alegre e despreocupado das partes, de mãos dadas, a caminho do parque. Portanto, os contendores – protagonista e antagonista – não estão interessados na busca da verdade – tal como afirmam ilustres tratadistas – senão em *ganhar*

quanto ao que foi pretendido ou quanto ao que foi resistido.

<sup>53</sup> Se não se aceita a imprescindível necessidade que têm as partes de discutir em situação de exata igualdade jurídica, e com isso se mantém no processo a natural desigualdade humana, por que então optamos por adotar o processo como método de debate? Não é isso uma simples hipocrisia? Não é mais fácil e honesto continuar a antiga tradição do uso da força?



relação a outra, uma situação de vantagem ou de privilégio, tampouco pode o juiz deixar de dar tratamento absolutamente similar a ambos os contendores.

A consequência natural deste princípio é a regra da *bilateralidade* ou *contraditório*: cada parte tem o irrestrito direito de ser ouvida a respeito do afirmado e confirmado pela outra. Sem respeito a essa dinâmica, haverá um simples *arremedo de processo*. Jamais um verdadeiro processo, tal como o concebo neste trabalho, o que procuro fazer de acordo com a ordem constitucional.

A esta altura, creio já há condições de explicar como funciona cada um dos *sistemas judiciais* referidos precedentemente.

### 3. OS SISTEMAS JUDICIAIS

Vejamos agora as diferenças existentes entre ambos os sistemas já mencionados.

---

<sup>54</sup> A *igualdade jurídica* não se corresponde com a *igualdade física*, já que esta é natural ao homem, tanto quanto aquela é dada pela lei para aplacar essa desigualdade mediante a outorga de uma simples igualdade no trato, e nada mais. Advirta-se que, num pleito entre empregado e empregador, ambos seguem sendo quem sempre foram durante todo o curso do processo, por mais esforço que faça o juiz do sistema inquisitivo, que jamais poderá atingir

#### 3.1 O SISTEMA ACUSATÓRIO OU DISPOSITIVO

É um método *bilateral* no qual dois sujeitos naturalmente desiguais discutem pacificamente em situação de igualdade jurídica<sup>54</sup>, assegurada por um terceiro que atua na qualidade de autoridade, dirigindo e regulando o debate para, chegado o momento, sentenciar a pretensão discutida.<sup>55</sup>

É entendimento assente na doutrina majoritária que um processo se desenvolve no sistema dispositivo quando as partes são donas absolutas do impulso processual (portanto, são elas que decidem quando ativar ou paralisar a marcha do processo). São elas, ainda, que fixam os termos exatos do litígio a resolver, afirmando e reconhecendo, ou negando, os fatos apresentados a apreciação e julgamento, levando aos autos o material necessário para confirmar suas alegações, e que podem por fim ao pleito no momento e pelos meios que desejarem. Como se vê, isso sugere uma filosofia liberal que tem o *sujeito* como centro e destinatário do

uma igualdade efetivamente real entre eles. E é essa igualdade, e não outra, a que se referem todos os pactos que buscam a igualdade entre os homens.

<sup>55</sup> Insista-se que a ideia lógica do processo requer a presença contemporânea de *três pessoas*: quem pretende algo, aquele contra quem se pretende e o terceiro que dirigirá o debate e que eventualmente o sentenciará. Daí sua tipificação como método *bilateral*.

sistema. A natural consequência disso é que o juiz do sistema acusatório carece de poder impulsionador e tem de aceitar como certos os fatos admitidos pelas partes, bem como conformar-se com os meios de prova por elas produzidos. Com isso, deve resolver conforme o ordenamento legal, ajustando-se estritamente à matéria controvertida em função daquilo que foi afirmado e negado nas respectivas etapas.

Este antigo sistema de processamento é o único cabalmente adequado à ideia lógica de *processo* como fenômeno jurídico específico e, portanto, inconfundível, unindo os três sujeitos de uma relação dinâmica e contínua.

Contudo, não só ao litígio puramente civil se aplicou este sistema num passado remoto: há notícias que mostram o mesmo fenômeno em matéria penal nas antigas repúblicas da Grécia e de Roma, na época dos Comícios.

Na primitiva concepção do juízo penal, exigia-se que fosse iniciado por um *acusador* (já que prevalecia o interesse particular do ofendido e de seus parentes), que atuava contra o réu diante da pessoa que oficiava como julgador. Tanto é assim que o que hoje se poderia chamar de *processo penal comum* foi *acusatório*

antes mesmo do século XII em diversos países da Europa.

Para melhor compreensão do tema examinado, cabe lembrar que o sistema *dispositivo* (no âmbito do processo civil), ou *acusatório* (no âmbito do processo penal), apresenta-se historicamente – e até hoje – com os seguintes aspectos que o caracterizam:

- o processo só pode ser iniciado pelo particular interessado. *Nunca pelo juiz*;
- o impulso processual só é dado pelas partes. *Nunca pelo juiz*;
- o processo é público, salvo casos excepcionais;
- existem *paridade absoluta de direitos e igualdade de instâncias*<sup>56</sup> entre o autor (ou acusador) e o demandado (ou réu);
- o juiz é um terceiro que, como tal, é *imparcial, imparcial e independente* de cada um dos contendores. Portanto, o juiz é pessoa *distinta* do acusador;
- não cabe nem interessa ao juiz a busca “empenhada” e a todo custo da *verdade real*, mas sim, muito mais modesta, porém, realisticamente, deve buscar manter a paz social fixando fatos para adequá-los a uma norma jurídica, tutelando assim o cumprimento daquilo que é

---

<sup>56</sup> Excederia muito o objeto deste trabalho a explicação do que é uma *instância* e todas as implicações lógicas e jurídicas próprias do tema, coisa que

fiz nos meus *Sistema procesal: garantía de la libertad e Lecciones de Derecho Procesal Civil*, de onde, inclusive, extraí o texto que aqui desenvolvo.

pretendido pela lei;<sup>57</sup> não se tenta buscar a *confissão* do demandado ou imputado, pois sua declaração é um *meio de defesa* e não *de prova*, pelo

---

<sup>57</sup> É de todo elementar que o Direito não privilegia a Verdade como um valor jurídico de máxima importância, já que, observando detidamente o que diz a Lei, nota-se que os valores transcendentais são a *paz social*, com o consequente respeito às regras de convivência, bem como a certeza das relações individuais, atingida com o simples acatamento das normas vigentes num dado tempo e lugar. Se a Verdade fosse um autêntico valor, e o mais importante para o Direito, tal como sustenta o *ativismo judicial*, as instituições legais deveriam com ela logicamente se alinhar para manter um sistema coerente e compreensível. Uma simples análise da lei processual mostra, sem maiores dificuldades, que não é assim que se passa, já que não há compatibilidade lógica alguma entre a denominada *busca da verdade real* e, por exemplo: a *absolvição fundada na dúvida*; a extinção do processo sem resolução de mérito por abandono (= *caducidad de la instancia*); a prescrição liberatória; o ônus da prova; o indeferimento da produção de uma prova por eventual negligência de quem a requereu; o princípio da congruência do pedido com o dispositivo da sentença; a coisa julgada material etc. Além disso, conforme se sustentará neste texto, os juízes não podem fazer o que bem entendem por mero voluntarismo em qualquer e em todo caso, pois sempre estão sujeitos à Constituição e à Lei, já que devem reconhecer, por exemplo, as caducidades, as prescrições alegadas, as preclusões, a coisa julgada, a litispendência etc. Daí pergunto se o leitor acredita que a Verdade importa tanto no processo a ponto de ser erigida num valor fundamental na hora de os juízes resolverem os litígios?

que se proíbe sua provocação para tal fim (declaração indagatória e absolvição de posições\*);

\* N.T.: “Declaração indagatória” e “absolvição de posições”, tradução literal de *declaración indagatoria* e *absolución de posiciones*, são institutos do direito probatório de formação hispânica. Em suma, são meios de provas voltados a obter a confissão judicial. A primeira figura – *declaración indagatoria* – se constitui na prerrogativa outorgada ao juiz penal de convocar para ser ouvido o sujeito sobre o qual pesam fortes suspeitas de envolvimento com certo delito, o que se dá na fase de instrução e como reflexo de uma postura inquisitiva. No processo argentino, a respectiva base legal está no art. 294 do *Código Procesal Penal de la Nación*: “Art. 294. - Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente, o a más tardar en el término de veinticuatro (24) horas desde su detención. Este término podrá prorrogarse por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiere el imputado para designar defensor.”. Já a *absolución de posiciones* seria o equivalente à confissão obtida através do meio de prova, a que o processo civil brasileiro chama de *depoimento pessoal* (CPC, arts. 342-347). Quanto a esta figura – *absolución de posiciones* –, o próprio *Diccionario de la lengua española* da Real Academia Española, referência em todos os países do respectivo idioma, oferece a acepção jurídica do vocábulo *absolución*, em especial, *de posiciones*: “En la prueba de confesión o interrogatorio de las partes, acto de responder el litigante bajo juramento o promesa a las preguntas de la otra parte.”, cf.

correlatamente, exige-se que, quando a parte deseja declarar algo espontaneamente, deverá fazê-lo sem mentir. Portanto, despreza-se a inverdade; proíbe-se a tortura; o acusado sempre sabe o fato pelo qual é acusado; também sabe quem o acusa; bem como as respectivas testemunhas etc. A meu juízo, tudo isso mostra a plenitude da liberdade civil a que faz jus o demandado (ou réu).

### 3.2 O SISTEMA INQUISITÓRIO<sup>58</sup>

Originariamente, foi um método *unilateral*<sup>59</sup> – e segue sendo – no qual o próprio pretendente, agora convertido em *acusador* de alguém (a quem sigo chamando de *resistente*

---

*Diccionario...*, 22<sup>a</sup> edição, Madrid : Editorial ESPASA, 2001, p. 14. Também é possível acesso virtual deste dicionário, e respectivo vocábulo, na página web da Real Academia Española: [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>58</sup> O método foi idealizado pela Organização inquisitorial como via de investigação para se chegar ao perfeito conhecimento da *verdade real*. Com isso, procurou-se obter a *confissão* e o arrependimento do confitente, pois, o objetivo, era buscar a reconciliação do pecador com a Igreja. Atingia-se a confissão por meio de *tortura*, pois isso ajudava a alma a arrancar de si o pecado, e a condenação por heresia era acompanhada da ordem de absoluta expropriação dos bens do condenado. Este método de enjuizamento – certamente, de caráter penal – estava muito afastado, em sua estrutura, daquele que a pacificação dos povos

para manter a sinonímia dos vocábulos utilizados), lhe imputa a consumação de um delito. E essa imputação – e aqui está a perversa novidade do sistema – era feita pelo mesmo agente encarregado de julgá-la. Com efeito, se o acusador era quem *afirmava* (começando assim o desenvolvimento do respectivo trâmite), resultava elementar que seria também encarregado de *prová-la*. Só que, outra vez, o fazia por si e diante de si, para poder julgar a imputação depois de se convencer da verdade da própria imputação<sup>60</sup>... Por razões óbvias, este método de enjuizamento não podia desenvolver-se publicamente.

Nesse panorama, as características próprias do método eram: o processo era sempre escrito e

supôs ter conquistado e que já se apresentava como uma *figura triangular*, que se seguiu praticando para as situações que não se constituíam em delito. Como esse método era praticado por uma organização conhecida como *Inquisição*, passou à história com o nome de *sistema inquisitório* (em oposição ao *acusatório*) ou *inquisitivo* (em oposição a *dispositivo*). E assim se conhece até os dias de hoje.

<sup>59</sup> Adverte-se que a ideia lógica de *procedimento* existente no sistema inquisitivo requer a presença contemporânea de *dois* sujeitos: aquele em face de quem se pretende, e aquele que pretende e que, ao mesmo tempo, dirige o debate e eventualmente o sentença. Daí sua tipificação como método *unilateral*.

<sup>60</sup> Este é o típico “processo” penal vigente em quase toda a América latina, até hoje.

em absoluto segredo; o juiz confundia-se na *mesma pessoa* do acusador e, portanto, era quem iniciava o procedimento, fosse porque assim lhe parecesse necessário (era atividade própria de seu ofício) ou porque admitia uma denúncia nominada ou anônima (aqui, como reflexo de seu ofício de *acionar*); como quem julgava era quem acusava, a fim de não pairar dúvida de consciência (pois também deveria confessar para não viver em pecado<sup>61</sup>), buscava-se a prova para confirmar suas afirmações, o que deveria ser feito de modo que o resultado coincidissem estritamente com aquilo que a acusação sustentava ter ocorrido no plano da realidade social; daí surge a busca pela *verdade real*; acreditava-se que isso só aconteceria através da *confissão*<sup>62</sup>, por isso ela se converteu em um *meio de prova* e, conseqüentemente, na rainha de todas as provas (a *probatio probatissima*); e para atingi-la (a confissão), instrumentalizou-se e regulamentou-se minuciosamente a tortura. Como se observa, esse método é radicalmente diferente ao que imperou na história da sociedade civilizada.<sup>63</sup>Na atualidade, este é o método que se pratica em quase toda a América para o julgamento penal, e também aplicado em toda parte

---

<sup>61</sup> Recorde-se que os juízes originários do sistema inquisitório eram sacerdotes.

<sup>62</sup> Até então, um *sacramento* que possibilitava ao pecador confessar seus pecados a um sacerdote para obter sua absolvição mediante duas condições: a

quanto ao processo civil com os lógicos abrandamentos do tempo em que vivemos (por exemplo, já não se pode dizer que haja tortura indiscriminada por todas as partes).

### 3.3 O SISTEMA MISTO

Comparando os sistemas descritos nos parágrafos anteriores, é possível deduzir com facilidade que os conhecidos como *dispositivos* ou *inquisitivos* são franca e absolutamente antagônicos e que, por razões óbvias, não se pode falar seriamente numa *convivência* entre eles, ainda que resulte aceitável sua alternância no tempo, conforme distintas filosofias políticas imperantes numa determinada época.

Porém, graças a persistente vigência na lei da filosofia inquisitiva do autoritarismo que lhe está à base – e isso por mais de quinhentos anos –, hoje vários são os *códigos mistos*, coisa que se pode ver com facilidade no processo civil: todos os códigos da América são, segundo a maioria dos autores, predominantemente dispositivos, mas com leves traços inquisitivos...

Apesar disso – e basta a simples leitura dos parágrafos anteriores –,

existência de verdadeiro arrependimento e o firme propósito de não voltar a pecar.

<sup>63</sup> Que desde as origens da civilização empregou o método *triangular*, próprio do sistema acusatório.

não são exatas essas afirmações da doutrina, pois *disposição e inquisição* são estruturas que geram sistemas de processamento *incompatíveis* em sua essência. Por isso é que *não se apresenta factível conceber racionalmente o sistema misto*.<sup>64</sup>

Para exemplificar o que acabo de dizer, pense-se num corpo de leis que contenha normas claramente dispositivas em matéria de provas. Suponha-se que, ao mesmo tempo, tal normatização consagre uma só norma que, sob o inocente título de *medidas para mejor proveer ou resolver*\*, outorgue ao juiz amplas faculdades para determinar, de ofício, qualquer diligência conducente à investigação da *verdade real* acerca dos fatos litigiosos, independentemente de aceitação – ou mesmo iniciativa nesse sentido – das partes. Neste caso, não tenho dúvida de que abundariam os mais elogiosos comentários, tal como o adequado equilíbrio da norma, pois ao estatuir as regras tradicionais em

---

<sup>64</sup> É o que ocorre com *regras técnicas* que orientam como processar, as quais podem ser modificadas no curso do tempo. E faço a advertência pois o que venho explicando até agora não é uma simples regra para instrumentar o método de debate; mais do que isso, é a representação no processo de filosofias políticas antagônicas que não podem coexistir, sob risco de uma simples e deplorável *incoerência sistêmica*.

\* N.T.: No processo civil de formação hispânica, entende-se por *medida para mejor proveer* a possibilidade de o juiz determinar a produção de algum meio de prova de ofício após a conclusão da fase

matéria de prova, recorre-se à idrias mais avançadas, que concordam em outorgar ao juiz uma maior quantidade de poderes voltados ao melhor e mais autêntico conhecimento dos fatos... etc.

Tal comentário, no entanto, é incoerente. Basta uma simples reflexão para justificar o que digo: a norma que confere ao juiz a faculdade de certificar-se por si mesmo a respeito de um fato litigioso (i.e., determinar a produção da prova de ofício), não teria a aptidão de esvaziar a regulação dispositiva referente a *ônus, prazos, negligência, caducidade* etc, em matéria de oferecimento e produção da prova?<sup>65</sup> Por que, então, chegou-se historicamente ao sistema misto?

Parece-me que são várias as razões determinantes da atual coexistência de sistemas antagônicos: a secular tradição do Santo Ofício e a abundante literatura jurídica que

instrutória do procedimento. Ou, para fazermos um paralelo com a linguagem que utilizamos no processo civil brasileiro, seria a utilização dos poderes instrutórios do juiz após o encerramento da fase probatória.

<sup>65</sup> Se num copo de água pura e cristalina se introduz uma única gota de tinta azul, todo o conteúdo ficará desta cor e nunca mais o que era até então. Da mesma forma ocorre com o processo: é possível afirmar que se o legislador normatizou a base de um sistema como puramente acusatório, bastará uma só norma que tolere a *prova de ofício* pelo juiz para que todo o corpo legal seja tingido pelo mais puro inquisitivismo...

fundamentou e justificou a atuação da *Inquisição espanhola* durante mais de *quinhentos anos*, assim como a fascinação que o sistema provoca em regimes totalitários, os quais, ao normatizar o processo, deixam de lado o homem comum para erigir o próprio Estado como centro e eixo do sistema (recorde-se que nossa disciplina atualmente é denominada em muitas partes como *direito jurisdicional*). Além disso, toda a doutrina processual publicada no continente, desde os anos 50 do século passado em diante, contribuiu enormemente para isso, já que sua leitura e estudo acabou por formar aqueles que ensinam nossa disciplina nos mais diversos países latino-americanos – aqui, naturalmente, eu também me incluo.

Finalmente, em geral, a Argentina de hoje conta com normatizações processuais fortemente inquisitivas, tanto no processo penal quanto no civil.\*

Mantenho a esperança de reverter tal estado de coisas, por simples e óbvias razões: o

constituinte de 1853\* normatizou em função da dolorosa história vivida no país até então, tratando de evitar, a partir da própria Constituição, a reiteração dos erros e aberrações do passado.

De acordo com textos constitucionais vigentes na época, é reiterado que a ideia do constituinte quanto à atividade de processar não pode ser mais clara, mas pura, nem pode se conceber de maneira mais liberal: estabeleceram a *igualdade diante a lei*, remarcaram a *inviolabilidade da defesa em juízo*, firmaram o princípio do *juiz natural* e do *estado de inocência*, proibiram a condenação sem *prévio processo* fundado em *lei anterior* ao fato que o motivou etc.

Dentro do espírito da Constituição, tudo isso mostra que sua meta era – e é – um processo estruturado e regulado com as peculiaridades até aqui explicadas: fenômeno jurídico que vincula três sujeitos, dois em situação de *igualdade* e outro em situação de *imparcialidade* (o que ocorre

---

\* N.T.: Vale lembrar que na Federação argentina, diferente do que ocorre no Brasil, o direito processual é provincial (=estadual), e não federal. Cf. arts. 5º e 126 da *Constitución de La Nación Argentina*, de 1º de março de 1995.

\* N.T.: O processualista da UNR se refere ao “constituinte de 1853” em razão de que a primeira Constituição argentina data deste ano e aí está a base da ordem constitucional daquele país. A partir de 1853 as reformas

constitucionais sempre tiveram por base aquele texto. Cf. art. 1º da Lei 24.430 que concretizou a reforma constitucional sancionada em 15 de dezembro de 1994 e promulgada em 1º de março de 1995, e que deu o atual perfil da ordem constitucional argentina: “*Artículo 1º - Ordenase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada em 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994) que es el que se transcribe a continuación:*”.

*exclusivamente* no sistema dispositivo ou acusatório).

De nenhuma maneira é possível afirmar, ao menos congruente e fundamentadamente, que todas as garantias constitucionais há pouco enunciadas façam parte do sistema inquisitivo (próprio do nosso processo penal de até pouco tempo atrás), pois ao possibilitar que seja o próprio juiz quem inicie de ofício uma investigação, imputando a alguém o cometimento de um delito, por exemplo, e ao mesmo tempo permitir que esse juiz resolva por si sobre a própria imputação levada a efeito, resulta o óbvio: o juiz *é juiz e parte* ao mesmo tempo. E até os menos avisados podem deduzir que isso gera não um *processo* (necessariamente composto por três integrantes, à míngua de litisconsórcio), senão um simples *procedimento* que apenas une dois sujeitos: o juiz-acusador e o réu.

Insisto reiteradamente, ainda que sob risco de cansar o leitor: não obstante tal afirmação, que não pode ser desvirtuada com raciocínio lógico jurídico (ainda que possível com argumentação política ou sob caprichos), a antiga vocação pelo totalitarismo que tão persistentemente mostrou o legislador argentino, o que o levou a positivar normas que, ao permitir a coexistência incoerente de sistemas antagônicos, descartam *per se* a vigência do *devido processo* ao estabelecer, a um sem número de casos, meros *procedimentos* judiciais

aos quais se atribui – indevidamente – a denominação de *processos*. Como, no entanto, as coisas são o que realmente são, sem que para isso importe o seu nome, não creio que isso seja suficiente para que se aceite com alegria e boa vontade um sistema processual filosoficamente errôneo, politicamente nefasto e juridicamente inconstitucional.

#### 4. O QUE É O *DEVIDO PROCESSO*

Desde o século passado a doutrina publicista se refere insistentemente ao *devido processo* como um claro direito constitucional específico e que gera o irrestrito dever de observâncias por parte das autoridades.

A ideia surgiu como novidade à época – apesar de a estrutura interna do processo concebido como *método de discussão*, e não como *meio de investigação*, aparecer natural e logicamente no curso da história com antecedência à própria ideia de *Constituição* –, só algumas cartas políticas do continente incluem a adjetivação *devido*, ao passo que noutras a norma concreta é assegurar a *inviolabilidade da defesa em juízo* ou um *procedimento racional e justo*, como o fez a Constituição do Chile.

A origem, geralmente aceita, da palavra *devido* – para adjetivar a ideia de *processo* – se acha na Quinta Emenda à Constituição dos Estados



Unidos, ao estabelecer os direitos de todo cidadão nas causas penais, e, a partir daí, passa com diferentes denominações às Constituições americanas.

Talvez pela imprecisão terminológica que sistematicamente empregam os autores que estudam o tema, a doutrina em geral se absteve de definir em forma *positiva* ao *devido processo*, fazendo-o sempre *negativamente*: e assim se diz que *não é devido processo legal* aquele através do qual, por exemplo, se restringiu o direito de defesa ou alguma outra violação do gênero. Tal fato se observa na doutrina que surge a partir da jurisprudência de todos os tribunais supremos da América hispanoparlante.

Não obstante, passando pelas afirmações das concepções negativas, e fazendo um inventário mínimo das *frases feitas* cunhadas pela jurisprudência local, pode-se dizer que o *devido processo* abarca as seguintes ideias: supõe o *direito à jurisdição*, que é imprescritível, irrenunciável e não afetado por causas extintivas das obrigações nem pela sentença; implica o *livre acesso* ao tribunal, a *possibilidade plena de audiência*, *bilateralidade*, a determinação prévia do *lugar do processo*, o direito do réu de se explicar em sua própria língua, o direito de que o processo se efetue com um procedimento *eficaz e sem dilações*, um procedimento adequado à natureza do caso concreto, que seja

público, que tenha assistência técnica eficiente, por advogado, desde o momento da imputação ou detenção.

Especificamente quanto à prova, compreende: o direito de provar com a utilização de todos os meios legais pertinentes; o direito a que o julgador se atenha só ao regular e legalmente previsto para suas atuações.

Especificamente no que tange à sentença, compreende o direito de: que seja ditada por um juiz *imparcial, imparcial e independente*; que emita seu pronunciamento de forma *completa*, referindo-se a todos os fatos essenciais com eficácia decisiva, bem como ao direito aplicável; que seja *legítima*, i.e., baseada em provas válidas e sem omissão das que são essenciais; que seja *lógica*, ou seja, adequada às regras do pensamento lógico e à experiência comum; que seja *motivada*, devendo ser uma derivação razoável do direito vigente com relação à pretensão deduzida e em função dos fatos provados no processo; que seja *congruente*, devendo versar exclusivamente sobre o pretendido e o resistido pelas partes.

A sentença que não cumpre tais condições é habitualmente taxada de *arbitrária*, e seus parâmetros geradores também constituem *frases feitas* inteligentemente cunhadas pela jurisprudência. Assim, uma *sentença é arbitrária* quando: i) não decide

acerca das questões oportunamente propostas, ou ii) decide acerca de questões *não* propostas, ou iii) contradiz aquilo que consta no processo, ou iv) incorre em autocontradição, ou v) pretende deixar sem efeitos decisões anteriormente tomadas, ou vi) o juiz se arroga no papel de “legislador” na hora de sentenciar, ou vii) prescinde do texto legal sem indicar qualquer razão plausível, ou viii) aplica normas derogadas ou ainda não vigentes, ou ix) dá como fundamento questões de excessiva latitude, ou x) prescinde de uma prova decisiva, ou xi) invoca “jurisprudência” inexistente, ou xii) incorre em manifesto excesso procedimental, ou xiii) sustenta o julgado em afirmações dogmáticas ou em fundamentos que só têm a aparência de tal, e assim por diante.

Como se vê, trata-se de uma simples enunciação mais ou menos detalhada de alguns vícios contidos nas atividades de processar e sentenciar que, ademais, estão aglutinadas numa mesma ideia, não obstante ostentem óbvias e profundas diferenças lógicas e materiais.

Se se tenta definir tecnicamente a ideia de *devido processo*, é mais fácil sustentar que é aquele que se adéqua plenamente à *ideia lógica de processo*: dois sujeitos que atuam como antagonistas em *pé de perfeita igualdade no instar* (provocar e resistir) ante uma autoridade que é um *terceiro* na relação litigiosa (e, como

tal, imparcial, imparcial e independente).

Em outras palavras: o *devido processo* não é nem mais nem menos do que o *processo* que respeita seus próprios princípios, tal como expliquei alhures, e mediante o qual opera e pode operar o sistema acusatório.

Conforme sustentado, já é possível afirmar que a ideia constitucional de *devido processo* se encontra única e exclusivamente no *sistema acusatório*, pela clara concepção que ali se tem do *princípio da imparcialidade*.

Da mesma forma, o *sistema inquisitivo* não permite a existência do *devido processo*, pois funciona à base de regras próprias e sem a presença dos princípios essenciais que fazem com que o *procedimento* seja apenas isso, e não um verdadeiro *processo*.

A nata da filosofia do *ativismo judicial* na Argentina não compartilha desta afirmação e, em contrapartida, sustenta que o procedimento inquisitorial é *verdadeiro processo* e, como tal, suficiente garantia constitucional.

Se bem observadas as coisas, nota-se com facilidade que ambas as posições diferem na concepção da imparcialidade judicial, pois o *ativismo* apenas a radica na pessoa do juiz e não em seus atributos funcionais, tornando inconciliáveis as posições doutrinárias que sustentam

ambos os movimentos aqui tratados (ativismo e garantismo), conforme se verá a seguir.

## 5. O QUE É O *GARANTISMO PROCESSUAL*

Já em condições de me referir ao tema, lamentavelmente constata-se que a imprensa que se apoderou dos sistemas de justiça de nossos países insiste em aconselhar aos juízes como devem atuar em seus respectivos julgamentos, tanto através do processo civil quanto do penal. E na maioria das vezes, com exagerada ignorância, reprovam-lhes dura e publicamente se fazem o contrário, sem antes advertir que eles – os juízes – não podem se afastar da normatização constitucional, dos Pactos que integram o bloco constitucional que alcançamos com o advento da democracia e das leis

---

<sup>66</sup> Ser *solidário* é mostrar ou prestar apoio a uma causa alheia, ideia da qual surge o *solidarismo* considerado uma corrente destinada a ajudar altruisticamente os demais. A noção se impôs há anos no direito penal e, particularmente, no direito processual penal, no qual existem autores e numerosos juízes movidos pelas melhores intenções, solidarizando-se com a vítima de um delito. Este movimento doutrinário e judicial também se estendeu aos processualistas que operam o processo civil, ganhando numerosos e apaixonados adeptos. Reconheço que a ideia e a bandeira que carregam são realmente fascinantes:

vigentes. Tudo isso não é bom à saúde da República.

É por todos sabido que a “justiça midiática” que se impôs em nossos tempos, pela recorrente e tenaz atuação de uma imprensa marrom (<*periodismo amarillo*>), bem como de certos programas televisivos de caráter sensacionalista, originou na população uma decidida vocação popular (claro que fomentada pela insegurança reinante em nossos países) – sustentada por numerosos meios de informação –, a qual apregoa a necessidade de “castrar o estuprador”, “matar o homicida”, “cortar a mão do ladrão”, aumentar as penas dos delitos da moda etc.

Tal posição filosófica é conhecida no direito penal com a denominação de *solidária* geradora do *solidarismo penal*<sup>66</sup> e este, por sua vez, gera o *solidarismo* ou *decisionismo*<sup>67</sup> *judicial*, que se caracteriza na tendência doutrinária

trata-se – nada menos – de ajudar ao mais fraco, ao pobre, ao que se acha mal defendido etc. Quando um juiz adota essa postura no processo, não se apercebe que, automaticamente, deixa de lado e não cumpre o necessário dever de imparcialidade. E, dessa forma, viola a igualdade processual.

<sup>67</sup> Conhece-se como *decisionismo* a missão que cumpre o movimento formado por certos juízes solidaristas, que resolvem os litígios que lhes são apresentados à base exclusiva de seus próprios sentimentos ou simpatias a alguma das partes, sem sentirem-se vinculados à ordem legal vigente.

que procura fazer com que os juízes sejam cada vez mais *ativos*, mais *viris* – não obstante mais *piadosos* –, mais *comprometidos com seu tempo* e decididos a *viver perigosamente*, com a Verdade e com a Justiça.

Graças à recorrência desse jornalismo de barricada, fundado numa filosofia superficial (<*light*>), ao qual inexplicavelmente se somou importante número de processualistas, tem-se entendido que a palavra *garantismo* representa coisa anômala, perversa e extravagante, pois se afirma com insistência que através de seus postulados põem-se em liberdade os mais cruéis facínoras que, segundo os críticos, deveriam estar presos para um exemplar escárnio – se isso ocorrer sem sentença, melhor ainda!

Nada disso é exato. Como movimento jusfilosófico que é, o que o *garantismo* pretende é o irrestrito respeito à Constituição e aos Pactos internacionais que se encontrem no mesmo nível jurídico. Os autores que assim pensam não buscam um juiz comprometido com pessoa ou coisa distinta da Constituição, senão um juiz que se empenhe em respeitar e fazer respeitar, a todo custo, as garantias constitucionais.<sup>68</sup>

Do exposto se conclui que o *garantismo* é antagônico ao

---

<sup>68</sup> Que é precisamente o juramento do juiz ao ser investido no cargo. Em minha longa vida no Poder Judiciário (há mais de 15 anos aposentei-me como Desembargador no Tribunal de Justiça

*solidarismo judicial* (não quer nem admite castrar alguém, nem matar, nem cortar a mão de quem quer que seja, *sem o prévio e devido processo legal*; tampouco pretende que não haja presos, mas sim que os que se encontram nessa situação assim estejam por força de uma sentença judicial).

O *processo judicial* é a grande e máxima garantia que a Constituição estabelece para a defesa dos direitos individuais desrespeitados por qualquer pessoa – a começar pela própria *liberdade* – e, mais particularmente, pela própria autoridade, com a qual o indivíduo só pode se igualar juridicamente através do processo, já que ali há terceiros que lhe conferem um trato absolutamente igualitário a partir de sua própria imparcialidade. Por isso o nome de *garantista* ou *libertária* (aqui, em oposição a *totalitária*).

A palavra *garantista*, ou seu sucedâneo *garantidor*, provém do subtítulo que LUIGI FERRAJOLI pôs em sua magnífica obra *Direito e Razão* e quer significar que, sobre a lei, com minúscula, está a Lei com maiúscula (a Constituição). Em outras palavras, guarda adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica.

Não me escapa que as bandeiras levantadas pelo *solidarismo* (a da Província de Santa Fé), nunca jurei *fazer justiça nem buscar a verdade* no processo, mas sim “respeitar e fazer respeitar a Constituição e as leis que, em sua consequência, se ditam”.

*Justiça, a Verdade, o compromisso do juiz* com seu tempo, com a sociedade, com o litigante mal defendido etc.), ganham adeptos rapidamente. Afinal, quem não quer a Justiça? Quem não quer a Verdade?

Contudo, não se trata de abandonar ou substituir essas bandeiras para sempre, mas, sim, de não colocá-las por sobre a Constituição (rogo que se recorde que os códigos processuais nazistas, fascistas e comunistas soviéticos pretendiam um juiz altamente comprometido com a filosofia imperante nos respectivos governos de Estado. E rogo também para que se recorde no que e como terminaram os países que tudo isso proclamavam!...).

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

Como se vê, o tema é o reflexo atualizado do antigo enfrentamento dos dois sistemas de enjuizamento que mencionei antes, *inquisitivo* e *dispositivo*, que segue vigente de

forma inexplicável e com possibilidade de não melhorar, ao menos no campo do direito processual civil.

Com efeito, os processualistas civis sustentam com frequência a necessidade de dotar o juiz de *maiores poderes instrutórios*. Chega-se ao glorioso extremo de sustentar, como já fez algum autor, a irrelevância do debate processual quando, aos olhos do juiz *atuante*, a razão estiver do lado daquele que postula – fala-se de *indícios veementes* –, e tudo isso sem contraditório prévio em relação àquele contra quem a pretensão é dirigida e que sofrerá os efeitos imediatos da respectiva ordem judicial. Simplesmente confere-se o bem da vida sem qualquer debate, prévio ou posterior (por exemplo, através daquilo que denominam como *medidas autosatisfativas*).

Por outro lado, os processualistas penais, que trabalham com a vida, a liberdade, a honra das pessoas (e não só com seus patrimônios) exigem cada dia com mais força que se restrinja, a partir da própria lei, toda possibilidade de eventual atividade probatória de ofício do juiz.

Em data relativamente recente – 1998 –, começou a vigorar na Província de Buenos Aires um Código de Processo Penal que, organizando um sistema acusatório, viabilizou a interpretação segundo a qual está

*proibida, sob pena de nulidade, que o juiz decreta meios de prova de ofício.*

Estranho movimento conceitual esse que mostra um exótico cruzamento filosófico doutrinário: quanto mais se pretende *penalizar* o processo civil, mais se civiliza o processo penal...<sup>69</sup>

A transcendência da visão *garantista* é óbvia em nosso mundo e, particularmente, à disciplina do direito processual. Há temas que são eminentemente *técnicos* (preclusão, por exemplo), ao passo que há outros que são decididamente *políticos* (aquilo que os juízes *podem* ou *não podem*, por exemplo). E tudo que é político tem a ver com o exercício do *Poder*, condicionado desde sempre por um cúmulo de fatores conhecidos: a economia, a sociologia, o direito, a igreja, as forças armadas, os sindicatos, os meios de comunicação etc.

Aceitar, sem mais, um novo fator desconhecido até há pouco tempo – o *solidarismo judicial* –, parece realmente perigoso para a vigência da República, já que isso é difícil de controlar. E a tranqüilidade cidadã, ao amparo das garantias prometidas pela Constituição, não pode aceitar despreocupadamente a existência de um fator incontrolável que pode

---

<sup>69</sup> Como é possível ao estudante de Direito compreender tudo isso? Como explicar que o juiz penal, que maneja direitos indisponíveis, *não pode sair a provar a favor de uma das partes*, ao passo que o juiz cível, que habitualmente

chegar a por em jogo nada menos que o valor *liberdade*. Daí a importância de se conhecer o tema, ao qual pretende contribuir o presente trabalho.

## **6. O QUE É O ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA ÓTICA GARANTISTA**

É extrema de dúvida que a Justiça da América se encontra em gravíssima crise: o número de juízes e de funcionários existentes nos diversos Poderes Judiciários não corresponde à magnitude do trabalho que devem cumprir diariamente. A crise persiste pela coexistência de um cúmulo enorme de outras causas que ninguém quer enfrentar e, conseqüentemente, reverter. Cresceu desmesuradamente o índice de litigiosidade, tanto no processo civil, quanto no penal. Em vários países, exhibe-se uma clara e, às vezes, descarada ingerência do poder político no trabalho diário do Judiciário, num indevido controle do conteúdo das sentenças dos juízes etc.

Além disso, a crise é alimentada por outros fatores: a inexplicável complacência do jurisdicionado em relação a casos não jurisdicionais; a aceitação imediata

maneja direitos disponíveis, *não só pode, como deve, sair a provar a favor de uma, e contra outra, parte processual?* Não se vê que isso, além de ilegítimo, é absolutamente esquizofrênico?

por parte dos juizes dos chamados direitos de terceira geração que se aplicam sem que os mesmos tenham sido regulamentados; a indevida importação de soluções jurisprudenciais vigentes no sistema do *common law*, que resultam estranhas à ordem jurídica nacional; o discurso constante, apaixonado e, claro, de boa fé dos autores que se envolvem com a doutrina publicista e o desconhecimento quase generalizado da ordem dos valores jurídicos consagrados na Constituição; a fascinação que sobre os homens de boa fé e, em particular, os juizes do ativismo, sempre desperta o sistema inquisitivo em homenagem ao valor “justiça” que ali se pode alcançar segundo o particular entendimento de cada um etc.

---

<sup>70</sup> Isto é tão ou mais grave e preocupante a tudo o que até aqui foi exposto. Trata-se de uma instituição na qual o juiz modifica, ao sentenciar, as regras do jogo que escrupulosamente respeitaram os litigantes durante todo o desenvolvimento do processo, numa clara mostra de decisionismo, pois o juiz julga como melhor lhe parece, ainda que isso seja expressamente o contrário do estabelecido para caso pela lei positiva. E assim, com indubitável atitude justiceira, alguma jurisprudência começou a sustentar, e isso no momento de apreciar o recurso de apelação é dizer, depois que o processo terminou em primeiro grau *que, se o autor não provou adequadamente o fato constitutivo da responsabilidade aquiliana, tal não teria relevância na espécie, pois o respectivo ônus caberia à parte contrária e, portanto, como esta nada fez, deveria simplesmente aceitar a pretensão demandada.* Em outras

Tudo isso, em conjunto, acabou por instalar na mente de muitos juizes argentinos a ideia de um *ativismo* que, sem que isso seja expressamente dito, apresenta-se com toda sorte de um *direito de exceção*, e que acabou por gerar:

a) a *prova de ofício* determinada pelo juiz no tocante às pretensões não provadas das partes, o que na Argentina se faz no processo civil mediante o uso daquilo que se convencionou chamar de *medidas para mejor proveer*;

b) a aplicação de instituições alheias à ideia constitucional do *devido processo*, isto é, a *inversão do ônus da prova* mediante a utilização do conceito de *cargas dinâmicas*<sup>70</sup>;

palavras, que assim decidiu, alterou, ao seu talante, as regras do jogo, às quais as partes se sujeitaram durante todo o processo. *Só que o fez depois que o jogo acabou!* E isso é de manifesta ilegitimidade por mais que se possa considerar “justa”, na ótica do julgador, a solução dada ao caso. Há, no entanto, lugares em que ocorre exatamente o contrário do aqui relatado. Por exemplo, o art. 377 do CPC da Nación Argentina estabelece que “*Incumbirá o ônus da prova à parte que afirme a existência de um fato controvertido ou de um preceito jurídico que o juiz ou tribunal não tenha o dever de conhecer.(...)*”. A partir daí, fica claro que a tese que aceita, sem maiores reflexões, a ideia da *distribuição dinâmica do ônus da prova* não pode coexistir com o dispositivo de lei mencionado, por razões que, creio, não preciso voltar a insistir. A lei – e só a lei, nunca a jurisprudência – é o que deve regular tudo o que diz respeito à

c) a *tutela antecipada* de todo e qualquer tipo de pretensão<sup>71</sup>;

d) a eliminação do processo mesmo como meio de debate quando, na ótica do juiz *ativo*, lhe parecer deva o feito receber sentença definitiva pois crê plenamente no autor postulante e, com isso, decreta a *sentença autosatisfativa*<sup>72</sup>;

e) a *flexibilização da regra processual da congruência*, o que permite ao juiz julgar um tema litigioso transigível além do pretendido e aceito pelas partes;

f) o desconhecimento do valor político da *coisa julgada*, pois há juízes que não aceitam a justiça contida numa sentença firme;

g) a eliminação da preclusão processual, pois ela faz prevalecer a forma sobre o sentido de justiça etc.

Através de todos esses fatores mencionados, elimina-se a ideia de processo como *método de discussão* e se o utiliza como *meio de investigação*, lançando o processo na perspectiva do sistema inquisitivo que, a meu juízo, passa ao largo da Constituição.

---

incumbência probatória, a fim de dar total e objetiva segurança jurídica à atividade que os juízes cumprem ao sentenciar, evitando, com isso, alterar as regras do *onus probandi* discricionariamente e, o que é ainda pior, depois de o processo já encerrado em primeiro grau. Em suma, alterar as regras do jogo após seu término, convertendo em ganhador aquele que perdeu conforme as normas tidas como vigentes pelos contendores, sem dúvida, viola a garantia da defesa em juízo. E isso – é bom que se diga – por mais empenho justiceiro que eventualmente ostente o juiz atuante.

<sup>71</sup> Mediante esta via, o autor pretende alterar uma situação fática sobre a qual ainda não começou a discussão judicial e que deseja evitar obtendo, antecipadamente e sem prévia discussão, o resultado que deve ser o necessário conteúdo da sentença a ser proferida após todo o desenrolar das fases do processo, com prévia e completa audiência (bilateralidade) dos interessados. Em outras palavras, o juiz ouve só uma das partes, estima com base em sua versão unilateral que lhe assiste

algum direito verossímil e lhe dá razão, interferindo de surpresa na esfera de liberdade daquele que deverá sofrer os efeitos da respectiva decisão. Para tanto, algumas leis toleram a antecipação da sentença com apenas a versão unilateral do pretendente quando: i) existe verossimilhança do direito em *grau maior que nas medidas cautelares ordinárias*; ii) alega-se, no caso, *urgência impostergável e, se a medida antecipatória não for deferida, o direito que está à base da pretensão se frustrará*; iii) efetive-se uma contra-cautela suficiente; iv) a antecipação não se apresente irreparável. E, às vezes, a mesma norma que a tudo isso consagra e autoriza acaba por afirmar que “a decisão não configurará prejulgamento”.<sup>72</sup> Isto é consequência do ativismo dos juízes: inteligente doutrina gerou uma nova sorte de medida cautelar que se conhece com o nome de *medida autosatisfativa* que, no sentir e no discurso daqueles que a propiciam, vem a constituir na *solução eficaz para os pedidos urgentes*. E isso fazem sob o lema: direitos evidentes, satisfação imediata.



Entretanto, algo muito mais grave tem ocorrido nos últimos tempos. Sob o argumento de uma pretensa defesa da Constituição, alguns juízes com vocação a serem protagonistas midiáticos começaram a intervir em toda sorte de assuntos, que, em princípio, são da esfera de atribuição de outros Poderes do Estado, interferindo, assim, na tarefa de governar, ao assumir o cumprimento de funções que são privativas de outras autoridades. E, dessa forma, abandonam o acatamento à lei para entrar no campo do *co-governo* e, ainda por cima, ingressam num terreno muito perigoso: o de um incrível desgoverno, já impossível de controlar.

Isso porque aqueles que assim atuam sustentam que o fazem por elementar solidariedade com o mais débil, com o mal defendido, com o mais pobre, com o que “tem razão mas não consegue demonstrá-la” etc. Dessa forma, foi gerado o movimento – conforme já disse – conhecido na doutrina com a denominação de *solidarismo* e que, porque se pratica mesmo ao arrepio da lei, decidindo o juiz conforme sua exclusiva vontade, também se chama *decisionismo*.

Bem se vê que quem assim atua não cumpre uma tarefa propriamente jurisdicional, uma vez que, com isso, não resolve conflitos intersubjetivos de interesses, que é a essência da tarefa de outorgar *justiça comutativa*. A rigor, pratica-se *justiça distributiva* sem se ter os elementos para poder

fazê-lo, como, por exemplo, legitimidade através de votação popular. Quando se explica a solução de um problema na via cautelar, e sem necessidade de prévia tramitação de um processo sério legitimamente desenvolvido, advirto que os jovens advogados – impressionados pela excessiva morosidade dos pleitos em geral – se entusiasma com o rápido final que se dá a um determinado problema e se encantam pela *autosatisfatividade*. Também advirto que todos só enxergam o problema na ótica do autor que se beneficia com o imediatismo do resultado e jamais pensam o problema da ótica do demandado que não foi escutado previamente e que deve sofrer de imediato os efeitos contrários ao seu interesse, provocados pela decisão judicial. É evidente que é possível e aconselhável que se *acautelem* os resultados de uma eventual sentença que será proferida. Mas é manifestamente ilegítimo resolver um litígio com pura cautela, sem posterior processo que a ampare. Assim, tudo o que se resolve pela via cautelar *sem prévia audiência do interessado*, é absoluta, racional, lógica e constitucionalmente inadmissível. Os juízes não podem se equiparar aos comissários de polícia – por melhores e mais justiceiros que estes possam ser – com o fim de atingir uma eficiência que não encontram respeitando a Constituição. Não foi isso que precisamente juraram quando foram investidos em seus cargos. Até

aqui passaram-se em revista algumas atitudes decisionistas:

- a solução de conflitos pela via cautelar, eliminando diretamente o método processual de discussão em homenagem a uma meta difusa, que se mostra, ao menos para o respectivo juiz, como justa e verdadeira;

- a atitude de alguns juízes em campos de atuação que lhes estão vedado – *casos não jurisdicionais* –, em razão de que ali deve operar de forma exclusiva e excludente outro Poder do Estado;

- um marcante distanciamento do que dispõe a lei positivada, com abandono da dogmática para atingir o império do valor relativo da equidade. Ainda que muitos juízes se encontrem bastantes contentes com o resultado de rapidez e justiça que descobrem na aplicação *ativista* do sistema, quando se pergunta a qualquer advogado sério e responsável no exercício de sua profissão se com tais atitudes se atingiu um melhor resultado da Justiça, invariavelmente dirá que não. Ao contrário, argumentará em prol da Justiça de antanho, quando os resultados das sentenças eram obtidos num ambiente de regular segurança jurídica.

Hoje, mediante o ativismo se chegou a uma insegurança jurídica em

estado terminal graças a imprevisibilidade absoluta da maioria das soluções judiciais e, graças a isso, a advocacia séria tende a desaparecer.

Nada disso eu poderia dizer caso observasse, como resultado do ativismo vigente em meu país, i) o público em geral aplaudindo os juízes; ii) que a solução buscada e a forma de atuação da Justiça estivesse prevista legalmente, para que fossem rigorosamente cumpridas pelos juízes e advogados através das claras regras do *fair play* que deve dominar toda a cena processual; iii) a não modificação dessas regras a todo o momento, fazendo com que percam a vigência quando não se goste delas ou mesmo quando elas não resultam úteis para torcer a vara da justiça para um lado distinto ao que tenderia a cair etc.

Como o ativismo mostra que nada disso tem sentido na aplicação justiceira da lei na perspectiva da vontade de um dado juiz, já que o público não aplaude os juízes, os advogados não os respeitam como merece sua função etc., é que sustento todas as ideias até aqui desenvolvidas, as quais defendo e reitero desde o ano de 1999 quando inaugurei na cidade Azul o *Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*<sup>73</sup> e do qual têm

---

<sup>73</sup> A cidade de Azul, localizada no centro geográfico da Província de Buenos Aires, se converteu no pólo do garantismo processual. Na década de noventa coube à Universidade Nacional

de Rosario (UNR), após solicitação da Associação de Advogados da localidade, instalar um curso de pós-graduação de *Especialização em Magistratura Judicial* que atingiu um êxito

saído numerosos trabalhos elaborados por um cada vez maior número de participantes nos respectivos encontros anuais que ali se realizam.

Com esta exposição espero ter cumprido o que me pediu GLAUCO GUMERATO. Caso o leitor entenda que não, ou mesmo caso deseje quaisquer outras ampliações/explicações destas ideias, deixo aqui meu endereço eletrônico no qual receberei, com muito gosto, as críticas que desejem fazer, as quais farei publicar em [www.garantismoprosesal.com](http://www.garantismoprosesal.com).

---

surpreendente. Ali se manejou, diante de um importante número de juízes de localidades próximas, as ideias garantistas que, grosso modo, estão expostas aqui neste escrito e, a pedido dos próprios advogados da região, presididos por LUIS MIRALLES, realizou-se no mês de novembro de 1998 o *Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista* que se repetiu

anualmente até novembro de 2008, ocasião em que se deliberou que os encontros seriam bienais e não mais anuais. Aos que tiverem interesse em conhecer os trabalhos produzidos nesses vários anos do congresso garantista de Azul, devem ingressar em <http://www.e-derecho.org.ar/congresoprosesal/index.html>.