



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ISSN 2674-5623.

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Processual Civil ISSN 2674-5623, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Denise Pozzani de Freitas Barbosa

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos

Diretor Acadêmico

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador-adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador-Geral das Revistas Temáticas

FADIPA – UNIANCHIETA

Prof. Dr. Mauro Alves de Araujo

Coordenador da Revista de Direito Processual Civil

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Claudio A. Soares Levada (Fadipa, TJSP)

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (Curso de Direito UniAnchieta)

Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi (Curso de Direito UniAnchieta)

Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (Curso de Direito UniAnchieta)

Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova (PUC/SP, USF e Fadipa)

SUMÁRIO

Apresentação.....	3
Provas Processuais: A Ata Notarial.....	5
	<i>Camila Fernanda Pinsinato Colucci</i>
Aspectos semânticos de uma contradição pragmática: O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem.....	19
	<i>Glauco Gumerato Ramos</i>
O garantismo processual.....	33
	<i>Adolfo Alvarado Velloso</i>
O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico?.....	60
	<i>Hugo Botto Oakley</i>
O Mandado de Segurança e os Honorários Advocatícios.....	74
	<i>Rafaela Carolina Juliatto</i>
A importância das teses firmadas em recursos repetitivos.....	90
	<i>Mauro Alves de Araujo</i>

APRESENTAÇÃO

É com imensa alegria e satisfação que apresento a segunda edição de nossa Revista de Direito Processual Civil. Alegria e satisfação pela possibilidade de contar com a valorosa colaboração de nosso corpo docente, mormente em trazer artigos de colegas estrangeiros.

A professora Camila Colucci abrilhanta o início de nossos estudos nesta Revista novamente, com toda a sua maestria no ensino, tratanto de uma novel espécie de prova. A escolha do tema foi de grande valia para o aprendizado do nosso corpo discente, eis que, embora o nosso Código de Processo Civil tenha quase quatro anos de vigência, a realidade é que essa espécie de prova ainda não vem sendo utilizada com a profundidade que merece – e que fez o legislador considerá-la como espécie –, apesar de anteriormente utilizada como forma geral de prova.

A autora teve o cuidado, inclusive, de citar exemplos de situações passíveis de registro por meio de ata notarial, o que permite ao leitor uma ideia mais ampla de aplicação desta prova.

A colaboração do professor Glauco Gumerato para a presente Revista é um aprofundamento de seu ponto de vista manifestado na Revista anterior, permitindo ao leitor um estudo mais completo da questão, desta vez sob a ótica da filosofia da linguagem para análise do garantismo processual.

E a colaboração do professor Glauco não se resume a seu artigo, mas ainda aos artigos de seus colegas Adolfo Alvarado Velloso e Hugo Botto Oakley, respectivamente professores em universidades da Argentina e do Chile.

O primeiro, professor Adolfo Alvarado Velloso, nos premia com um estudo sobre o Garantismo Processual, tema conhecido, uma vez que já abordado pelo professor Glauco na edição anterior, com a demonstração da incompatibilidade entre ativismo judicial e o devido processo legal.

O professor Hugo Botto Oakley, por sua vez, trata do pressuposto processual imparcialidade, situação em que o magistrado responsável pela sentença

determina, de ofício, a produção de prova, analisando a questão sob vários pontos de vista da prova produzida, com ênfase no aspecto psicológico do julgador.

Nesta edição, temos o prazer de ver um artigo da expoente professora Rafaela Juliato que, embora lecione em área diversa do processo civil, nos premia com um artigo de relevante interesse aos operadores do Direito, os honorários advocatícios no Mandado de Segurança.

Mostra-nos o artigo da professora Rafaela que a posição adotada pelo nosso Supremo Tribunal Federal há praticamente 50 anos não encontra suporte no novo regramento processual sobre os honorários advocatícios de sucumbência.

Não se trata mais de outra Revista de Direito, mas a continuidade de uma ideia que buscamos eternizar, uma Revista por semestre, incentivando no corpo docente à produção científica, e permitindo ao corpo discente, em especial, a oportunidade de ler, sem custo, a posição daqueles professores que lhes ensinam no dia-a-dia.

Mais uma vez, boa leitura a todos e nossos agradecimentos aos professores que continuam colaborando com nossa empreitada, bem como aos que se somam, permitindo que a nossa Instituição de Ensino possa apresentar um diferencial em relação às demais.

Prof. Dr. Mauro Alves de Araujo

Coordenador da Revista de Direito Processual Civil

PROVAS PROCESSUAIS: A ATA NOTARIAL

CAMILA FERNANDA PINSINATO COLUCCI

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora das matérias de Direito Civil e Processo Civil do UniAnhietá desde o ano de 2014. Atua como advogada nas áreas de direito civil e direito da infância e juventude nas cidades de Jundiaí e São Paulo.

Resumo

Trata o presente artigo do estudo da ata notarial como meio de prova no processo civil, demonstrando-se que, embora atualmente presente no Código de Processo Civil, esta já vinha desde há muito sendo utilizada na resolução de conflitos. Apresentar-se-á, ainda que brevemente, uma definição do que é prova, e passar-se-á pela análise da atipicidade dos meios probatórios no ordenamento. Serão apresentados tanto o conceito de ata notarial bem como suas características. Por fim, serão trazidos exemplos dos diversos usos da ata notarial, mencionando-se, inclusive, acórdão que a utilizou como elemento principal da decisão.

Palavras-chave: processo civil – provas – atipicidade – ata notarial – fé pública.

Abstract

The present article is about the notarial minute as a means of proof in civil proceedings, demonstrating that, although currently present in the Code of Civil Procedure, it has long been used in conflict resolution. A brief definition of what proof is will be presented, as well as an analysis of the atypicality of the means of proof in the procedure law. Concepts of the notarial minute and its characteristics will be presented. At last, examples of the different usages of the notarial minute will be given, including a case that used it as the main element of the decision.

Key words: civil procedure – proof – atypicality – notarial minute – public faith.

INTRODUÇÃO

Ao analisar o procedimento comum, podem ser trazidas à luz, tradicionalmente, quatro fases pelas quais o processo poderá passar ao longo da trajetória de nascimento do conflito até a resolução da lide por decisão judicial transitada em julgado. São elas as fases

postulatória, ordinatória, instrutória e decisória. Embora nem todos os processos passem por elas, o foco deste artigo recai sobre a fase instrutória, segundo a qual as partes devem produzir provas de suas alegações, com o objetivo de convencer o juiz a dar-lhes decisão favorável.

De acordo com Eduardo Cambi, a produção probatória ocupa posição relevante dentro do direito processual, já que sem ela, “as garantias da ação e da defesa careceriam de conteúdo substancial; afinal impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto”.¹

Segundo Sérgio Shimura, Anselmo Prieto Alvarez e Nelson Finotti Silva, “falar em prova indica a necessidade de demonstrar a

veracidade dos fatos alegados pelas partes. São os meios probatórios que darão ao juiz elementos para decidir”.²

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart,³ “prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

João Batista Lopes diferencia a prova sob dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. Segundo o autor, “sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. (...) Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo”.⁴

¹ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 113.

² SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:

Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 225.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 267.

⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev.,

Vigora no direito processual brasileiro o chamado princípio da atipicidade das provas, previsto no art. 369 do Código de Processo Civil, princípio este já existente também no Código de Processo Civil de 1973, no art. 332. Prevê o art. 369, do novo CPC, que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Verifica-se também a existência da atipicidade no Código de Processo Civil de 1939, cujo art. 208 determinava que “São admissíveis em juízo tôdas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais”.

Referindo-se ao art. 208, CPC/39, Moacyr Amaral Santos ensina que

Só depois que a observação cotidiana da vida, ou as aquisições da ciência impõem

como verdadeiros certos princípios, se torna possível a sua recepção pelo direito judiciário. A observação, as regras de experiência, os princípios científicos mais variados têm, assim, admitido como elementos probatórios uma porção de regras ou instrumentos capazes de descobrir a verdade que se não incluem entre os mencionados nas leis.⁵

Marcus Vinicius Rios Gonçalves, analisando o art. 332 do CPC/73, partilha do mesmo entendimento: o rol é aberto. Cita exemplos de provas que são consideradas atípicas: “a prova emprestada, as constatações feitas por oficial de justiça e até, em casos excepcionais, o comportamento extraprocessual das partes, como entrevistas concedidas à imprensa, que, a princípio irrelevantes, podem eventualmente ajudar na formação da convicção judicial”.⁶

Por fim, João Batista Lopes é taxativo em suas considerações sobre a atipicidade: “não se cuida de enfrentar o dilema *numerus clausus-*

atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. I. 2. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 75.

⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento* (1ª parte). v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 426.

numerus apertus, porque a lei brasileira se filia claramente ao princípio da liberdade da prova”.⁷

Este princípio se faz relevante para o tema objeto deste artigo, já que a ata notarial não era meio de prova previsto no CPC/73, tendo sido posteriormente introduzida no CPC/15 no art. 384. Apesar disso, como se verá a seguir, já era meio de prova largamente utilizado no processo civil brasileiro, mesmo sob a égide do CPC/73.

1. CONCEITO

Nas palavras de Humberto Theodoro Jr., a atipicidade é salutar, visto que, em sendo assim, o direito processual brasileiro mostra-se “consentâneo com as tendências que dominam a ciência processual de nossos dias, nas quais, acima do

formalismo, prevalece o anseio da justiça ideal, lastreada na busca da verdade material, na medida do possível”.⁸

Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam que, “ao lado dos meios de prova típicos, que contam com expressa previsão em lei, admitem-se os meios de prova atípicos, que não encontram sede legal”. Segundo eles, nestes casos, o juiz deve atentar, no momento da produção das provas, para as normas fundamentais do direito probatório, em especial ao princípio do contraditório.⁹ Trazem os autores exemplos de provas atípicas, tomando por base o atual Código de Processo Civil: prova estatística, prova por amostragem, prova por meio de *blockchain*, testemunhos em conferência, *expert teaming* e a reconstituição de fatos.¹⁰

⁷ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 170.

⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v. I. 58. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 926.

⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria

de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 14. ed. Salvador: Jus Podium, 2019, p. 112-113.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 14. ed. Salvador: Jus Podium, 2019, p. 113.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini ressaltam o cuidado que se deve ter ao classificar determinado meio de prova como atípico; eis que o mesmo pode ser apenas uma deturpação ou desvio de um meio típico de prova.¹¹

Humberto Theodoro Jr. noticia que a ata notarial, como meio de prova propriamente dito, foi inserida apenas no novo Código de Processo Civil, em seu art. 384, dispondo que “a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”.¹²

Apesar de ter sido introduzido como meio autônomo de prova no Código de Processo Civil, a atividade notarial vem regulamentada na Lei 8.935/1994, conhecida como Lei dos Cartórios, e que pode ser considerada como o início do estudo formal dessa

matéria no Brasil. Seu art. 1º especifica que serviço notarial e de registro são os atos de organização técnica e administrativa, com objetivo de garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

O tabelião ou notário, que é quem exerce esses atos, é dotado de fé pública e alcança este cargo por intermédio de concurso público (art. 3º, Lei 8.935/94). O art. 7º, III, trata da exclusividade dos tabeliões de nota em lavrar atas notariais.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini,¹³

O uso da ata notarial como prova no processo judicial, ainda que não houvesse regra explícita a respeito no Código anterior, não foi novidade instituída pelo CPC/2015. A princípio, a escritura pública era utilizada para atestar declarações de vontade prestadas perante o tabelião. A praxe forense estabeleceu novo emprego: a certificação

¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória*. v. 2. 16. ed. reform. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

¹² THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v.

I. 58. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 949.

¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória*. v. 2. 16. ed. reform. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

de fatos averiguados pessoalmente pelo tabelião.

Leonardo Brandelli define ata notarial como “instrumento público através do qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o translada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documentos próprios”.¹⁴ Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “qualquer pessoa interessada na documentação de determinado fato pode solicitar que um tabelião assim o faça, narrando por escrito aquilo de que tomou ciência ou que ocorreu em sua presença”.¹⁵

Já para Paulo Roberto Gaiger Ferreira e Felipe Leonardo Rodrigues, “ata notarial é o instrumento público

pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência, ou o seu estado”.¹⁶ Pela definição de Carlos Fernando Brasil Chaves e Afonso Celso Rezende, é “o testemunho oficial de fatos narrados pelo notário no exercício de sua competência em razão de seu ofício”.¹⁷

De acordo com Humberto Theodoro Jr., baseado no Código de Processo Civil, a ata notarial “atesta ou documenta a existência e o modo de existir de algum fato (art. 384, caput), além de poder preservar a memória do registro eletrônico, na medida em que também pode reproduzir dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos (art. 384, parágrafo único)”.¹⁸

¹⁴ BRANDELLI, Leonardo. *Ata notarial*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 44.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 14. ed. Salvador: Jus Podium, 2019, p. 248.

¹⁶ FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata*

notarial: doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 112.

¹⁷ CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 5. ed. Campinas: Millenium, 2010, p. 172.

¹⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v.

Ponto relevantíssimo que deve ser destacado no tocante à ata notarial é que o tabelião ou notário não tem, necessariamente, como comprovar se o fato que está sendo narrado é verdadeiro ou não. Sua fé pública atinge apenas o relato do fato. O que é considerado autêntico é que o tabelião ou notário de fato observou os fatos e circunstâncias, mas esta autenticidade não alcança os próprios fatos ou circunstâncias. Se um site é aberto frente ao tabelião para que ele descreva o conteúdo do mesmo não implica na veracidade das informações nele contidas. É nesse sentido a lição de Narciso Orlandi Neto, ao afirmar que o tabelião ou notário não dão autenticidade ao fato, apenas o relatam com autenticidade.¹⁹

2. NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS

A ata notarial, embora venha regulamentada como meio de prova autônomo no CPC, tem natureza jurídica de prova documental. Assim, todo o regramento processual que se aplica àquela também pode ser aplicado à ata notarial, que ingressa no processo como documento. Assim, inclusive o regramento com relação à falsidade documental pode a ela ser aplicado. Embora goze de presunção de veracidade, pode ter seu conteúdo questionado pela parte contrária que, caso comprove sua falsidade ideológica ou material, fará cessar a fé da ata.²⁰

Pode-se dizer que a ata notarial, dentre outras, apresenta as seguintes características:

1. Princípio da instância (também conhecido como requerimento da parte): o tabelião não pode lavrar a ata notarial de ofício, devendo fazê-lo

I. 58. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 950.

¹⁹ ORLANDI NETO, Narciso. Ata notarial e a retificação no registro imobiliário. In: BRANDELLI, Leonardo (coord.). *Ata notarial*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2004, p. 156.

²⁰ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v. I. 58. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 951.

somente a requerimento do interessado.²¹

2. Documento público: a ata notarial é modalidade de documento público, gozando, por conseguinte, de presunção de veracidade.

De acordo com Moacyr Amaral Santos, documento público “é o ato celebrado com respeito às formalidades legais por um oficial público, destinado a tornar permanente e autêntica uma declaração de vontade ou mesmo de ciência ou de verdade”.²²

Ainda segundo o mesmo autor, o instrumento público goza de presunção de autenticidade já que:

a) geralmente os caracteres extrínsecos do instrumento, isto é, os sinais exteriores de autenticidade são verdadeiros; b) a assinatura do oficial público de ordinário é conhecida e também é difícil de ser falsificada; c) há uma legítima confiança na

integridade do oficial público; d) a penas graves estão sujeitos os autores de falsificações de instrumentos públicos; e) quem oferece em juízo um instrumento público não tem necessidade de provar sua autenticidade.²³

Chiovenda, ao tratar sobre os documentos públicos, ressalta a correspondência existente entre o Código Civil brasileiro, de 1916, no tocante à matéria das provas, e o Código francês, cujo art. 1.317 correspondia ao art. 1.315 do Código Civil brasileiro. Para o Código francês, autêntico é sinônimo de público.²⁴ Em sequência, aduz o mencionado autor que

o ato público faz fé plena do extrínseco do escrito; e faz fé plena do intrínseco desde que contenha afirmações de convenções e de fatos consumados na presença do tabelião ou de outro oficial público que o recebeu (...); é assim que o juiz deve tomar por fundamento de sua

²¹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v. I. 58. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 951.

²² SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. IV. 2.

ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 56.

²³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. IV. 2. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 63.

²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p.153.

decisão os fatos influentes provados de tal modo.²⁵

Essa presunção é da modalidade *iuris tantum*, isto é, admite-se prova em contrário. Isso significa que não é porque há ata notarial apresentada por uma das partes do processo que tal parte obterá, automaticamente, a decisão judicial favorável. Caberá ao juiz analisar a ata notarial diante das outras provas apresentadas no processo para formar seu convencimento motivado acerca da lide.

3. Conteúdo narrativo: por meio da ata notarial, o tabelião simplesmente narra o que vivenciou sensorialmente, ou seja, o que viu, ouviu, cheirou, bateu etc. Esta narrativa pode vir acompanhada de fotos, vídeos, fonogramas etc.²⁶

²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p.155.

²⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 14. ed. Salvador: Jus Podium, 2019, p. 251.

Ressalta Humberto Theodoro Jr. que ela não tem supremacia sobre outros meios de prova existentes no processo, e que não cabe confundir a ata notarial com a prova testemunhal, já que o notário não é testemunha, mas apenas um documentador público.²⁷

4. Conteúdo diverso do negócio jurídico: deve-se ressaltar, neste momento, que a ata notarial não se confunde com escritura pública. Esta última tem por objetivo a realização de negócios jurídicos, como compra e venda, enquanto a ata notarial objetiva descrição de fatos ou situações. Assim, nas palavras de Samuel Luiz Araújo, “(...) toda vez que nos depararmos com um negócio jurídico, saberemos que o ato a ser lavrado é uma escritura pública, nunca uma ata notarial”.²⁸

²⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v. I. 58. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 950.

²⁸ ARAÚJO, Samuel Luiz. A ata notarial brasileira: noções gerais. In: <https://www.notariado.org.br/blog/notarial/a-ata-notarial-brasileira-nocoos-gerais>. Acesso: 31.07.2019.

3. EXEMPLOS DE FATOS REGISTRÁVEIS POR ATA NOTARIAL

Embora tenha se mostrado muito útil quando se trata de fatos ou circunstâncias presentes em sítios da internet, a ata notarial tem amplo espectro de utilização.

Humberto Theodoro Jr. cita como exemplos as chamadas diligências de constatação, pelas quais o tabelião descreve os fatos por ele observados em determinado local, e as reuniões de assembleias societárias, nas quais sócios ou acionistas requerem a presença de tabelião no local para registrar os fatos ocorridos durante sua realização.²⁹

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, de modo análogo, ensinam que há inúmeras possibilidades de aplicação da ata notarial:

Por exemplo: pode-se pedir que o tabelião documente o estado de conservação de um bem, a divulgação de obra protegida por direito autoral sem a indicação precisa de autoria, o conteúdo de um determinado site da internet, a presença de uma certa pessoa num determinado lugar, a opinião caluniosa, injuriosa ou difamatória proferida por alguém num site ou aplicativo de relacionamento, a perturbação da paz num condomínio residencial por força de uso indevido de aparelho sonoro, a contaminação de um ambiente por substância odorífera proveniente de atividade realizada por estabelecimento vizinho, o testemunho de determinada pessoa acerca de uma situação de fato, dentre tantas outras coisas.³⁰

Exemplos semelhantes são mencionados por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “Assim, passou-se a usar a ata notarial para atestar-se: que sócios puderam ingressar livremente na assembleia geral societária; qual informação está disponível quando se acessa determinado site na Internet; o

²⁹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v. I. 58. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 951.

³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 14. ed. Salvador: Jus Podium, 2019, p. 248-249.

conteúdo de um cofre que precisou ser arrombado na empresa que teve seus administradores destituídos etc”.³¹

Mais situações são narradas por Samuel Luiz Araújo³²:

pode-se lavrar uma ata notarial narrando o descumprimento de uma promessa de recompensa; a retirada maliciosa de uma das partes na fase de pontuação dos contratos; o defeito de um semáforo e o grande número de acidentes naquele local; o constante descumprimento das leis de trânsito por um motorista; o barulho provocado por uma casa noturna em determinada região; o vandalismo provocado por jovens em determinado bairro etc.

Vale ressaltar, ainda, acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Ap. Cível 2009.041750-1, 1ª Câm. Dir. Público, Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 08.01.10), tratando de ata notarial de ligação telefônica. A ata notarial, mencionada no corpo do acórdão, foi utilizada

³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória*. v. 2. 16. ed. reform. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

para provar gravação que serviu como base para ação de indenização por danos morais: “Com efeito, como bem ponderou o magistrado em primeiro grau, o autor demonstrou, mediante ata notarial, que, ao tentar efetuar chamadas, a ligação não era completada, sendo seguida da mensagem: ‘A sua conta não foi paga, você precisa pagá-la para continuar usando este serviço’. O telefone recebe chamadas normalmente”.

Felipe Leonardo Rodrigues ensina procedimentos práticos relativos à ata notarial. Com relação a constatação de diálogo telefônico, o requerente informa ao tabelião o número a ser chamado. Em seguida, o requerente, sob análise do tabelião, digita o número em aparelho telefônico com sistema viva voz. Se atendida a chamada, o tabelião grava o diálogo presenciado e o transcreve fielmente para a ata notarial.

Se se tratar de constatação de fatos constantes da Internet, o

³² ARAÚJO, Samuel Luiz. A ata notarial brasileira: noções gerais. In: <https://www.notariado.org.br/blog/notarial/a-ata-notarial-brasileira-nocoos-gerais>. Acesso: 31.07.2019.

requerente informa ao tabelião o endereço eletrônico. O próprio tabelião acessa o site e autentica o que lá está sendo mostrado. Se for texto, o tabelião o transcreve, podendo também capturar as telas, imprimindo-as no verso da ata notarial. Se for som, o tabelião transcreverá o áudio, podendo, ainda, copiar o arquivo em mídia eletrônica. Se se tratar de vídeo, as cenas deverão ser descritas, podendo haver, também, cópia da vídeo. No caso de imagem, como fotografias ou logotipos, o tabelião deverá capturá-la e imprimi-la na ata notarial. Em caso de mensagem em celular, o proprietário do celular deve apresentá-lo ao tabelião, que deverá identificar o celular minuciosamente, descrever os passos que seguiu até chegar ao local da mensagem e transcrevê-la na ata notarial.³³

CONCLUSÃO

O tema abordado pelo presente artigo poderia parecer uma novidade

introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015. Porém, conforme demonstrado, a ata notarial já era largamente utilizada na solução de conflitos. Embora tenha crescido em importância frente às novas tecnologias, já que a volatilidade e fluidez da internet e a possibilidade de conteúdos serem rapidamente retirados faz com que a fé pública proporcionada pela presença do tabelião gere maior segurança jurídica, verificou-se sua aplicabilidade em diversas situações, como descrição do estado de coisas e pessoas.

Estudou-se, ainda, a importância de o direito processual ter mantido a atipicidade dos meios de prova, proporcionando ao jurisdicionado a utilização de quaisquer formas probatórias desde que lícitas e moralmente adequadas.

Assim, verifica-se que a utilidade da ata notarial continua presente como meio probatório, e quiçá este artigo possa vir a contribuir para um maior uso da

³³ RODRIGUES, Felipe Leonardo. A ata notarial na prática. In: http://www.atanotarial.org.br/artigos_d

[etalhes.asp?Id=3](http://www.atanotarial.org.br/artigos_d). Acesso em 30.07.2019.

mesma na esfera processual brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Samuel Luiz. A ata notarial brasileira: noções gerais. In: <https://www.notariado.org.br/blog/notarial/a-ata-notarial-brasileira-nocoos-gerais>. Acesso: 31.07.2019.

BRANDELLI, Leonardo. *Ata notarial*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 5. ed. Campinas: Millenium, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. Campinas: Bookseller, 1998.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 14. ed. Salvador: Jus Podium, 2019.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial: doutrina, prática e meio de prova*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 112.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORLANDI NETO, Narciso. Ata notarial e a retificação no registro imobiliário. In: BRANDELLI, Leonardo (coord.). *Ata notarial*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2004.

RODRIGUES, Felipe Leonardo. A ata notarial na prática. In: http://www.atanotarial.org.br/artigos_detalhes.asp?Id=3. Acesso em 30.07.2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. IV. 2. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1954.

_____, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. I. 2. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues;

TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória*. v. 2. 16. ed. reform. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

**ASPECTOS SEMÂNTICOS DE
UMA CONTRADIÇÃO
PRAGMÁTICA: O GARANTISMO
PROCESSUAL SOB O ENFOQUE
DA FILOSOFIA DA
LINGUAGEM.^{34,35}**

GLAUCO GUMERATO RAMOS

Mestrando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrando em Derecho Procesal na Universidad Nacional de Rosario (UNR – Argentina). Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Iberoamericano (IIDP) e Panamericano (IPDP) de Direito Processual. Professor da Faculdade Anhanguera de Jundiaí. Advogado.

RESUMO: O texto aborda o fenômeno jurídico-processual na perspectiva da filosofia da linguagem, tentando demonstrar, por meio de uma correlação, que o modelo *semântico* de processo que provém da Constituição está em total descompasso com o modelo *pragmático* da praxe forense. Tal descompasso mostra-se de todo inconveniente aos supostos jurídicos determinados pelo garantismo processual, por afetar diretamente a garantia constitucional da ampla defesa.

PALAVRAS-CHAVES: Direito processual – garantismo processual – filosofia da linguagem – Constituição

³⁴ Texto-base da palestra proferida no XXIV Congresso do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP) em 18 de abril de 2012, no Colégio de Agogados de La Plata, Argentina.

– praxe forense – ampla defesa – modelo semântico e pragmático de processo – descompasso.

RESUMEN: El texto dibuja el fenómeno jurídico-procesal desde la mirada de la filosofía del lenguaje, correlacionando e intentando demostrar que el modelo *semántico* de proceso habido en la Constitución es distinto del modelo *pragmático* que se desarrolla en la praxis procesal. A la postre afirma que esa distinción es contraria a los supuestos jurídicos del garantismo procesal. Se concluye que tal realidad afecta la garantía constitucional de la amplia defensa.

PALABRAS-CLAVE: Derecho procesal – garantismo procesal – filosofía del lenguaje – Constitución – praxis forense – amplia defensa – modelo semântico y pragmático de proceso – apartamiento funcional entre ambos.

RESUMO: Trata-se de texto-base de palestra em que se enfrentou a questão de ser, ou não, o ativismo judicial uma contradição diante do garantia fundamental da *ampla defesa*. Concluiu-se que a ampla defesa fica de fato enfraquecida/esvaziada quando oprimida pela atuação ativista do Poder Judiciário. O texto desenvolve seus fundamentos a partir do *garantismo processual*, aqui analisado na perspectiva da *filosofia da linguagem*, em especial da *semiótica*.

³⁵ Agradeço ao amigo e conterrâneo HÉLIO OLIVEIRA MASSA, advogado e professor, que gentilmente revisou o texto e lhe propôs mudanças significativas de conteúdo e estilo.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição e processo – ativismo judicial – garantismo processual – ampla defesa – direito e linguagem – modelos processuais *semântico* e *pragmático*.

RESUMEN: Se trata de texto base de ponencia donde se ha planteado que el activismo judicial es una contradicción ante la garantía fundamental de la *amplia defensa*. Desde allí se ha concluido que la amplia defensa queda rota cuando oprimida por la actitud activista del Poder Judicial. El texto desarrolla sus fundamentos desde la mirada del *garantismo procesal* bajo el análisis de la *filosofía de lenguaje*, en especial de la *semiótica*.

PALABRAS-CLAVE: Constitución y proceso – activismo judicial – garantismo procesal – amplia defensa – derecho y lenguaje – modelos procesales *semántico* y *pragmático*.

1. DIREITO, LINGUAGEM E OS TRÊS PLANOS FUNDAMENTAIS DA SEMIÓTICA: *SINTÁTICA*, *SEMÂNTICA* E *PRAGMÁTICA*.

O Direito é pura linguagem. A compreensão das estruturas linguísticas torna-se relevante para que seja possível compreender a dimensão e o alcance de seus fenômenos. O ordenamento jurídico positivo (Constituição, Leis, contratos etc) é um emaranhado de

enunciados prescritivos que, muito embora voltados a *orientar* e a *determinar* condutas, apresentam-se rigorosamente inertes diante da vida social. O Direito tornar-se-á algo concreto quando materializado pela linguagem (i.e., de um *ato de fala*) externada pela autoridade estatal competente, por meio da sentença judicial e do ato administrativo. Quando isso acontece, torna-se norma *individual* e *concreta* de observância obrigatória, devido à força *vinculativa* própria do ontologicamente *jurídico*. Portanto, o Direito não é algo *dado* (isto é, entregue) pelo ordenamento jurídico, mas sim algo *construído* através de um caminho dialético constitucionalmente marcado pela *ampla defesa* e pelo contraditório. Eis aí a função do *processo*: ser um caminho regrado por *ampla defesa* e contraditório, com o qual será *construído* o Direito que deverá imperar num determinado caso concreto. O Direito não teria vida sem o processo; este seria inútil se não fosse para *criar* aquele. E tudo isso passa pela dinâmica da linguagem.

Ferramenta importante no estudo da linguagem em geral, e da *jurídica* em especial, a Semiótica apresenta três planos fundamentais: o *sintático*, o *semântico* e o *pragmático*. Grosso modo, o *sintático* procura explicar o *conceito* do *enunciado prescritivo*; o *semântico*, por sua vez, explica os vários e possíveis conteúdos que pode assumir o *enunciado prescritivo*; o *pragmático*, por fim, procura explicar as relações entre o *conceito*, seu(s) *conteúdo(s)* e a forma como os aplicam seus utilizadores no mundo da vida. Deixando de lado a estrutura *sintática* que aqui não nos interessa, foquemos nosso discurso na análise *semântica* e *pragmática* do processo *jurisdicional* voltado à *criação* do Direito.

2. DIMENSÃO SEMÂNTICA DA CONSTITUIÇÃO E DESSINTONIA PRAGMÁTICA NA UTILIZAÇÃO DO PROCESSO.

As Constituições políticas ocidentais positivadas após o flagelo da 2ª Guerra Mundial, via de regra, estabelecem *enunciados prescritivos* voltados a estabelecer *garantias* em

favor do indivíduo e da sociedade contra a natural *arbitrariedade* que rege a condição humana. E, sendo o Poder estatal exercido por pessoas humanas, é necessário que se estabeleçam *garantias* e que elas sejam concretizadas quando do exercício do Poder, de modo a se evitar, tanto quanto possível, que o Direito seja *criado* pela autoridade estatal fora dos padrões *garantistas* estabelecidos na Constituição.

A Constituição brasileira de 1988 foi pródiga em estabelecer um modelo *semântico*, segundo o qual o exercício do Poder só se justifica na perspectiva *republicana* e *democrática* por ela estabelecido. Em seu *núcleo duro* de prescrições de direitos, deveres e *garantias* fundamentais individuais e coletivas (artigo 5º, incisos I até LXXVIII), a Constituição *prescreve* no mesmo nível jurídico-hierárquico a *jurisdição* (Poder) e o *devido processo legal* (Garantia). Além disso, estabelece e *garante* ao indivíduo e à sociedade o direito fundamental à *liberdade* (art. 5º, *caput*).

Portanto, *Jurisdição*, *Devido Processo* e *Liberdade* são valores jurídicos fundamentais *prescritos* na Constituição, e devem orientar o desenvolvimento do *processo jurisdicional* de criação do Direito que será representado na sentença criadora da norma individual e concreta a ser aplicada em determinada situação.

Tornou-se comum na doutrina brasileira a utilização do sintagma *modelo constitucional de processo*, cuja influência direta remonta à obra de ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA (*Il modello costituzionale de processo civil italiano*, 1990). Este *modelo constitucional de processo* não é outra coisa senão o respectivo *modelo semântico* que se projeta da Constituição e que deve – ou deveria – orientar o *modelo pragmático* de processo praticado pelo Poder Judiciário, seja no civil, seja no penal.

Em miúdos, da Constituição transborda um *modelo semântico* de processo jurisdicional de inequívoco perfil *garantista*, exatamente para que o exercício do Poder pelos juízes o seja efetivado dentro do marco

republicano e *democrático* estabelecido nas *prescrições* constitucionais. Do contrário, será Poder exercido com subjetivismo e arbitrariedade, e, ainda, exercido conforme o sentimento pessoal de “justiça” de quem o exerce. Será também exercido sem a *garantia* da imparcialidade, exercido em violação ao devido processo, à margem do modelo *acusatório* (i.e., autor *pede*, réu *defende-se*, juiz *julga*) e com violação à garantia da ampla defesa, entre outros.

Apergunta que se pode fazer a partir disso é se o *modelo semântico* constitucional *garante* um processo republicano e democrático. Por que, então, o *modelo pragmático* do dia-a-dia do Poder Judiciário tantas vezes nos mostra que, no *iter de criação* do Direito via *due proces of law*, a autoridade judicial “resolve” o processo da maneira que subjetiva e arbitrariamente lhe parece mais conveniente? Por que os juízes e os tribunais tantas vezes se esquecem da Constituição e da República em que vivem, e às quais estão subordinados, para “justiçar” o caso concreto – e

respectivo procedimento decisório – conforme o próprio arbítrio?

Eis aí o aspecto *semântico* da uma contradição *pragmática* que, ao menos no plano do *jurídico*, não deveria ser usual. Ou, em outras palavras, o modelo *pragmático* de processo se contradiz quando posto à prova diante do modelo *semântico* de processo estabelecido pela Constituição.

3. ATIVISMO JUDICIAL E DISTORÇÃO DO MODELO PRAGMÁTICO DE PROCESSO.

Há várias causas que fomentaram o *ativismo judicial* reinante no processualismo iberoamericano, as quais nos interessam mais de perto em razão de nossas raízes jurídico-culturais oriundas de *Sefarad*. A propósito, acredita-se que a falta de sintonia entre o modelo *semântico* que se projeta da Constituição e o modelo

pragmático do processo que praticamos tem boa parte de sua etiologia radicada nos exatos 356 anos (1478-1834) que durou, no mundo ibero-americano, a fantasmagórica Inquisição Espanhola – “mãe regente” da Inquisição Portuguesa –, a qual certamente introjetou em nosso “DNA social” esse *temor reverencial* da sociedade externa diante da figura da autoridade judicial, e que por vezes acaba por “justificar” arroubos de arbitrariedade. Apesar de não ser disso que este artigo trata, fica o ponto em suspenso para possível reflexão de quem assim o queira.³⁶

Marco objetivo a construir a visão (ultra) publicista e autoritária do processo civil foi o CPC austríaco de 1895, cujo mentor fora FRANZ KLEIN. Assim observou em 1995 o (ex)professor ordinário de Direito Processual Civil da Universidade de Bari – falecido em abril de 2010³⁷ –

³⁶ Ainda sobre a influência da Inquisição Espanhola no modelo de processo que ainda hoje praticamos no ambiente iberoamericano, notadamente quanto ao protagonismo do juiz no cenário processual, cf. com muito proveito

ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*, Editorial Juris : Rosario, 1ª edição, 2006, pp. 48-70.

³⁷ Ver a homenagem póstuma que lhe prestou ANDREA PROTO PISANI em

FRANCO CIPRIANI, em seu hoje clássico texto *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra liberta e autorità)*.

Este código austríaco inspirou o legislador na elaboração político-ideológica, por exemplo, do CPC alemão, do CPC italiano de 1940 – auge do nazi-fascismo naquele país, vale lembrar –, e, claro, do CPC brasileiro

de 1939³⁸ e de seu sucessor de 1973³⁹, o *Código Buzaid*.

A conformação do modelo *arbitrário e autoritário* de processo civil incentivou a produção de uma doutrina maciçamente influenciada por esses valores. No Brasil, tanto na perspectiva do CPC-39, como do atual CPC-73, a matiz *publicista* sempre esteve na pauta das especulações da doutrina e da consequente casuística jurisprudencial.

Contudo, apesar da radical mudança de paradigma ocorrida posteriormente à 2ª Grande Guerra,

“Ricordando Franco Cipriani”, *Revista de Processo (RePro)* 187/435, set. 2010.

³⁸ Na *Exposição de Motivos* do CPC-39, FRANCISCO CAMPOS deixa claro qual foi a opção política que orientou a estruturação daquele código. Uma leitura atenta dessa *Exposição de Motivos* chamará – creio eu – a atenção do leitor para os tópicos em que o respectivo discurso foi desenvolvido, por exemplo: “*Decadência do processo tradicional*”; “*O processo como instrumento de dominação política*”; “*A concepção duelística e a concepção autoritária do processo*”; “*Sentido popular do novo sistema*”; “*A restauração da autoridade e o caráter popular do Estado*”; “*A função do juiz na direção do processo*”; “*Chiovenda e a concepção publicística do processo*”. Além de outros, sob esses tópicos paradigmáticos o Ministro da Justiça do Estado Novo de Getúlio Vargas sustentou a concepção (ultra)publicista e *autoritária* que deveria orientar o trato

do processo civil de modo a se buscar os fins do Estado.

³⁹ Quanto ao CPC-73, cf. ALFREDO BUZOID: “(...) ainda no derradeiro quartel do século XIX, dois Códigos – o da Alemanha e o da Áustria – que tiveram grande ascendência sobre os monumentos jurídicos dos tempos atuais. Dado o rigor científico dos seus conceitos e precisão técnica de sua linguagem, impuseram-se como verdadeiros *modelos*, a que se seguiram as elaborações legislativas dos Códigos do século XX.”, extraído de “*Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro – Conferência proferida na Universidade de Keyo (Tóquio)*”, *Estudos e pareceres de direito processual civil* (com notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 33. Ver, ainda, da pena do mesmo BUZOID, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, Capítulo II – Do sistema do Código de Processo Civil vigente, nº 3.

quando – ao menos no mundo ocidental – criou-se uma ordem constitucional (Constituições) e internacional (Pactos Internacionais) democrática, essa influência acabou por projetar luzes no processo civil e no papel que o juiz deve exercer por seu intermédio. Daí surge a idéia do *devido processo* garantida constitucionalmente, com todos os consectários que tal cláusula constitucional impõe: *ampla defesa*, contraditório, imparcialidade, imparcialidade etc.

Mesmo diante de uma nova ordem de coisas, a doutrina tradicional do processo civil seguiu a produzir e a difundir as concepções publicistas do final do Séc. XIX, época em que amadurecia na Europa uma das vertentes do Estado Contemporâneo: o Estado do Bem-estar Social, ou *Welfare State*.⁴⁰

⁴⁰ Sobre a ideia de Estado Contemporâneo e Estado do Bem-estar, ver NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO

Acredito que os processualistas do Estado Constitucional Democrático do pós-Guerra (re)incidiram numa confusão conceitual que lhes fez enaltecer o *publicismo-arbitrarismo-autoritarismo* do direito processual civil. A ideia de Estado do Bem-estar parece compatível com a postura – aqui sim – *ativa* que se espera do Estado-administrador (Poder Executivo) e do Estado-legislador (Poder Legislativo) na persecução e concretização de políticas públicas voltadas ao atendimento das necessidades fundamentais do indivíduo e da coletividade. Quando, no entanto, o problema extrapola o âmbito das *prescrições* do direito material, e tenha que ser resolvido nos quadrantes do processo jurisdicional, não parece correto que a pessoa física detentora de poder próprio do Poder Judiciário (o juiz) possa pautar sua conduta com arroubos *ativistas*. Ao menos no ambiente republicano e democrático, ativismo é um atributo *político* do

PASQUINO, *Dicionário de política*, vol.1. Brasília: Ed. UnB, 1997, 10ª ed., pp. 401-409 (Estado Contemporâneo) e 416-419 (Estado do Bem-estar).

Estado (Executivo e Legislativo) que não pode corresponder às funções do juiz (pessoa física). O juiz *ativista* é *político*, e “juiz político”, ontologicamente, não é juiz. Ora, se a função jurisdicional tem como seus atributos a *imparcialidade* e a *impartialidade*, tais qualidades não se compadecem com o eventual – e, diga-se, dogmaticamente equivocado – exercício *político* da função jurisdicional.

Se, em linhas gerais, o *ativismo judicial* fomenta e viabiliza o protagonismo do juiz no processo de *criação* do Direito, fica fácil de notar que por sobre a *liberdade* dos litigantes, e até mesmo por sobre o *devido processo legal* (Garantia), o *leitmotiv* que determinará o discurso motivador da decisão judicial será o próprio *arbitrio* e subjetivismo da autoridade estatal encarregada do respectivo “ato de fala”. E, toda vez que isso acontece, oprime-se o modelo *semântico* do processo jurisdicional *garantista, democrático e republicano* que da Constituição se projeta.

A análise permite constatar que o modelo *pragmático* de processo –

civil ou penal – acaba subjugando o modelo *semântico* prescrito no plano constitucional. Assim, o *jurídico* transforma-se no *político*; o juiz, que por definição é a autoridade estatal que deve legitimar sua decisão de *criação* do Direito a partir de *enunciados prescritivos* (i. e., constitucionais e infraconstitucionais), transforma-se num agente concretizador das *prescrições* derivadas do próprio *arbitrio*. Ou seja, ignora-se o modelo *semântico* constitucional com subterfúgios juridicamente ilegítimos que consagram um processo jurisdicional refém de um modelo *pragmático* rigorosamente dissociado dos *enunciados prescritivos* republicanos e democráticos pré-estabelecidos. E a Constituição, que, dentre suas funções, também atua – ou deveria atuar – como fator de contenção do Poder, acaba sendo em si mesma uma justificativa espúria e sofismática para concretizar ideologias da autoridade estatal responsável pelo “ato de fala”, por intermédio do processo jurisdicional.

A experiência mostra que é mais comum do que deveria ser essa

distorção na ordem das coisas, em que o mundo “prático” do processo nem sempre coincide com o mundo “idealizado” pela Constituição – que, em última análise, representa as próprias diretrizes que a sociedade constitucionalmente organizada se impôs. A realidade do Poder Judiciário, lamentavelmente, tem-no mostrado de forma ostensiva.

4. ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* AMPLA DEFESA.

Não há dúvida de que a *ampla defesa* é uma das decorrências do princípio maior do *devido processo legal*, de inequívoco nível constitucional. É ela uma *garantia* a ser observada, viabilizada e concretizada pela autoridade estatal de maneira prévia ao “ato de fala” representativo do Poder. Insiste-se que o Poder estatal só poderá ser exercido após o exercício da *ampla defesa* pelo seu destinatário, uma vez que foi essa a nossa opção constitucional. Do contrário, trata-se de Poder decretado com autoritarismo e arbitrariedade, eis que exercido fora do *devido processo legal*, o que passa

ao largo do modelo *semântico* de processo *prescrito* na Constituição.

Questiona-se, então, se o ativismo judicial é constitucionalmente compatível com a *ampla defesa*. Ou, colocado de outra maneira, o ativismo judicial é uma contradição diante da *garantia* constitucional da *ampla defesa*?

Em primeiro lugar é necessário ter em mente – em definitivo – que a *ampla defesa* não é um favor que o Estado nos confere, mas uma *garantia* constitucional decorrente do devido processo, um dos fatores de legitimidade do processo jurisdicional de *criação* do Direito e do próprio exercício do Poder estatal. Em segundo lugar, a *ideologia* do ativismo judicial viabiliza posturas mais incisivas, autoritárias e arbitrarias do juiz e do Poder Judiciário no curso do processo de *criação* do Direito, seja quanto ao manejo do procedimento que leva ao “ato de fala” (sentença judicial) representativo do Poder, seja quanto à própria configuração do Direito *criado* através desse processo. Em suma, o ativismo judicial afeta o conteúdo dogmático da teoria da

decisão judicial *republicana* e *democrática* e, com isso, acaba “criando” um modelo *pragmático* de processo apartado do modelo *semântico* decorrente dos *enunciados prescritivos* contidos na Constituição.

Estabelecidos estes parâmetros (*ampla defesa* como *garantia* prévia e ativismo judicial como fator ideológico determinante a motivar postura mais incisiva, autoritária e arbitrária do titular do Poder judicial), entende-se que a *ideologia* do ativismo judicial é capaz de subverter a *garantia* constitucional da *ampla defesa*. É possível dizer que isso é revelado, inclusive, de maneira intuitiva.

Num processo judicial de arquétipo *acusatório* (autor *pede*; réu *defende-se*; juiz *julga*), tal como o é aquele estabelecido no modelo *semântico* constitucional, não se pode supor que seja *constitucional* a possibilidade de, no processo judicial de *criação* do Direito, a autoridade judicial pautar-se de forma *incisiva* (verticalmente contundente), *autoritária* (ultrapassando os limites do poder que lhe é conferido pela Constituição) e *arbitrária* (agindo

subjetivamente, fora das *prescrições* democráticas e republicanas). A atuação da autoridade judicial, nesse sentido, é motivada pela própria ideologia e configura o ativismo judicial que fomenta o modelo *pragmático* de processo judicial dissociado do modelo *semântico* estabelecido constitucionalmente.

O conteúdo *semântico* da categoria jurídico-processual-constitucional da *ampla defesa* pode ser vislumbrado sob dois aspectos distintos, porém, complementares: i) *defensivo-intersubjetivo* e ii) *defensivo-judicial*.

O aspecto *defensivo-intersubjetivo* está relacionado à *ampla defesa* como garantia do litigante (i.e., autor, réu e também terceiro interveniente) contra as alegações e/ou pretensões contra si dirigidas por outros atores da cena processual. Já o *defensivo-judicial* é a garantia da *ampla defesa* em sua dimensão voltada ao próprio exercício do Poder representado nos “atos de fala” *incidentais* (decisão interlocutória) ou *finais* (sentença dos juízes e/ou dos tribunais), e aqui poderá ter o perfil

de *recurso* (v.g., apelação) ou de *ação autônoma de impugnação* (v.g., ação de mandado de segurança, *acción de amparo*, ação de *habeas corpus* etc).

A *ampla defesa* é uma categoria jurídica *garantida* constitucionalmente, para que os demandantes em geral possam voltar-se – no curso do processo judicial – contra a parte contrária (aspecto *defensivo-intersubjetivo*) e contra a própria decisão e/ou procedimento de *criação* do Direito (aspecto *defensivo-jurisdicional*). Logo, o ativismo judicial que viabiliza a atuação *incisiva-autoritária-arbitrária* do detentor do Poder é uma contradição técnica quando confrontado com a *ampla defesa*. É claro que a *ampla defesa* também existe para que, assim, o jurisdicionado se volte contra posturas judiciais *ativistas*. No entanto, num processo judicial de perfil constitucional *acusatório*, o único adversário do demandante deve – ou deveria – ser a *parte contrária*, e nunca o juiz *ativista*. Um processo desenvolvido nesse modelo *pragmático* é um processo de perfil *inquisitivo*, incompatível com as

garantias pré-estabelecidas no modelo *semântico* que as Constituições modernas asseguram ao jurisdicionado.

Portanto, sendo o *ativismo* um fator de rompimento da *imparcialidade* judicial, por autorizar o juiz a investir *inquisitivamente* a relação processual e respectivos sujeitos (autor e/ou réu), parece evidente que a *ampla defesa* constitucionalmente garantida acaba por ter sua força *esvaziada*. Se levarmos em conta que o processo judicial de *criação* do Direito desenvolve-se pelo menos em duas instâncias (perante o juiz e, interposto recurso, perante o tribunal), teremos que aceitar a conclusão de que as atitudes *ativistas* oprimem a *ampla defesa*, tornando-a uma *garantia* constitucional lamentavelmente enfraquecida. Em suma, o ativismo judicial gera a esqualidez não apenas da *ampla defesa*, mas de todo o modelo *semântico* de perfil *garantista* que a Constituição viabiliza ao jurisdicionado.

5. O GARANTISMO PROCESSUAL COMO FATOR DE

(RE)EQUILÍBRIO ENTRE OS MODELOS *SEMÂNTICO* E *PRAGMÁTICO* DE PROCESSO.

Falar em (re)equilíbrio entre os planos – ou modelos – *semântico* e *pragmático* do mundo jurídico deveria ser algo próprio das especulações teóricas, já que a noção de *vinculatividade*, ínsita ao que é *jurídico*, lhe pertence e deve gerar correlação entre o que está *prescrito* e aquilo que é *praticado*, até mesmo para que se viabilize a segurança jurídica que as coisas do Direito devem proporcionar ao indivíduo e à sociedade democraticamente organizada. Logo, seria natural que o modelo *semântico* de processo jurisdicional que transborda da Constituição fosse determinante no desenvolvimento e na dinâmica do modelo *pragmático* operado pelo juiz e pelo jurisdicionado. Mas não é bem assim que o fenômeno processual ocorre, como anteriormente exposto.

O baixo grau de intensidade na correlação entre os modelos *semântico* e *pragmático* do processo jurisdicional é responsabilidade direta da autoridade jurisdicional

competente, para o “ato de fala” de *criação* do Direito num determinado caso concreto. Toda vez que o juiz entende-se autorizado a atuar de maneira incisiva, autoritária e arbitrária, ainda que o faça com a melhor das intenções e para satisfazer seu sentimento pessoal de “justiça”, estará se valendo do Poder que lhe é próprio fora dos quadrantes *limitativos-autorizativos* pré-estabelecidos no plano constitucional.

Deixando de lado os vários aspectos teóricos em torno do *garantismo processual*, , este é, em linhas gerais, entendido como o movimento dogmático voltado a estudar e propor que a utilização e o manejo do processo civil pelo juiz e pelo jurisdicionado sejam realizados no âmbito das garantias *prescritas* no modelo *semântico* constitucional de processo jurisdicional, sem que, por razões outras que não as expressamente previstas na Constituição, possa a *jurisdição* (Poder) subjugar, tergiversar ou se apartar do rigoroso cumprimento do *devido processo legal* (Garantia).

É verdade que boa parte dos códigos de processo civil dos países

latinoamericanos foram legislativamente elaborados na perspectiva (ultra)publicista que caracteriza o ativismo judicial, a qual continua a orientar o plano *pragmático* do processo judicial. Contudo, o fato é que as Constituições do período pós 2ª Guerra têm primado pela elaboração de uma ordem constitucional que visa à contenção do Poder estatal, inclusive no que diz respeito ao processo judicial de *criação* do Direito. A previsão do *enunciado prescritivo* contido no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição brasileira é uma demonstração dessa opção política do poder constituinte originário: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. E ainda que se tenha feito através de representantes, não nos esqueçamos de que o poder constituinte originário emana do povo.

Quanto mais o processo civil for pensado, reformulado, operado e concretizado nas diretrizes dogmáticas do *garantismo processual*, mais viabilizar-se-á o (re)equilíbrio entre os modelos *semântico* e *pragmático* de processo

jurisdicional. Também ele aproximará o *prescrito* na Constituição (democrática e republicana) do *praticado* no processo de *criação* do Direito pelo Poder Judiciário.

6. FECHAMENTO.

O processo civil com viés autoritário e arbitrário do modelo *pragmático* que se pratica não gera a solução dos problemas sociais, além de ser antidemocrático, antirrepublicano e de representar um hipertrofismo do Poder Judiciário contrário ao também constitucional *princípio da Separação dos Poderes*.

Nós, os processualistas, precisamos abdicar de nossa soberba e aceitar, uma vez por todas, que nem o *processo*, nem o juiz, tampouco o Poder Judiciário, podem viabilizar uma *pragmática* apartada das prescrições constitucionais, uma vez que não seremos nós, tampouco o será a autoridade judicial, que redimiremos os “males” da vida em sociedade.

Por certo, há muito que fazer por intermédio do *jurídico* e do processo

de *criação* do Direito. faça É necessário, no entanto, que tais realizações se deem conforme as diretrizes do modelo *semântico* projetado desde a Constituição. A vida na democracia-republicana impõe que o Poder seja exercido dentro das garantias constitucionais, do contrário, continuaremos subservientes ao arbítrio e/ou ao sentimento coletivo, que muitas vezes ignora os limites que nos impusemos através de nossas Constituições. Daí, o *devido processo legal*, tal como a própria “justiça”, passará do mundo terreno ao etéreo como algo que permanecerá guardado dentro de cada um de nós como sentimento pessoal irrealizável.

O GARANTISMO PROCESSUAL⁴¹

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.

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 jurisdiccional – 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 jurisdiccional – 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*.

⁴¹ Tradução de Glauco Gumerato Ramos.

GLAUCO GUMERATO RAMOS⁴² 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

⁴² 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*.⁴³

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

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*⁴⁴ 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*.⁴⁵

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.⁴⁵ 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.

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

⁴⁴ 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,

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.⁴⁶

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

⁴⁶ 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,⁴⁷ se utilizam para o desenvolvimento de

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 enunciados⁴⁸.

Assim concebidos, os *princípios processuais* – propriamente ditos, sem importar agora as denominações errôneas que lhes outorgam alguns autores, tal como consignei acima – são apenas cinco⁴⁹, 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

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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

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*.

⁴⁹ 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 ímpoluto 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.⁵⁰

⁵⁰ 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 *peçoal* 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 mantêm 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.⁵¹

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 debate⁵² se efetue *em pé de perfeita igualdade*.⁵³

Tal constatação é tão importante, que todas as Constituições do mundo consagram de modo expreso 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

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

⁵² 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.

⁵³ Se não se aceita a imprescindível necessidade que têm as partes de discutir em situação de exata igualdade jurídica, e com isso se mantêm 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.

3.1 O SISTEMA ACUSATÓRIO OU DISPOSITIVO

É um método *bilateral* no qual dois sujeitos naturalmente desiguais discutem pacificamente em situação de igualdade jurídica⁵⁴, assegurada por um terceiro que atua na qualidade de autoridade, dirigindo e regulando o debate para, chegado o momento, sentenciar a pretensão discutida.⁵⁵

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

⁵⁴ 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

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

⁵⁵ 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*⁵⁶ entre o autor (ou acusador) e o demandado (ou réu);
- o juiz é um terceiro que, como tal, é *impartial, 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

⁵⁶ 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;⁵⁷ não se tenta buscar a *confissão* do demandado ou imputado, pois sua declaração é um *meio de defesa* e não *de prova*, pelo

⁵⁷ 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 conseguinte 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 juizes 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 juizes 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 INQUISITÓRIO⁵⁸

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

Diccionario..., 22^a 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.

⁵⁸ 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 imputação⁶⁰... 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.

⁵⁹ 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*.

⁶⁰ 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 pecado⁶¹), 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*⁶², 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.⁶³Na atualidade, este é o método que se pratica em quase toda a América para o julgamento penal, e também aplicado em toda parte

⁶¹ Recorde-se que os juizes originários do sistema inquisitório eram sacerdotes.

⁶² 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.

⁶³ 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*.⁶⁴

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

⁶⁴ 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?⁶⁵ 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.

⁶⁵ 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 inquisitismo...

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

constituente 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 “constituente 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

⁶⁶ 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*⁶⁶ e este, por sua vez, gera o *solidarismo* ou *decisionismo*⁶⁷ 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.

⁶⁷ 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 *piedosos* –, 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.⁶⁸

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

⁶⁸ 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 ditem”.

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...⁶⁹

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

⁶⁹ 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, exibe-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 juízes 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 juízes 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.

⁷⁰ 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 juízes 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*⁷⁰;

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 pretensão⁷¹;

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*⁷²;

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.

⁷¹ 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”.⁷² Isto é conseqüência 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*⁷³ e do qual têm

⁷³ 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.garantismoprocesal.com.

surpreendente. Ali se manejou, diante de um importante número de juizes 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/congresoprocesal/index.html>.

**O PRESSUPOSTO DO PROCESSO
DENOMINADO
IMPARCIALIDADE: REQUISITO
APENAS JURÍDICO OU TAMBÉM
PSICOLÓGICO?***

HUGO BOTTO OAKLEY

Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidad Nacional de Rosario (UNR – Argentina). Presidente do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidad Nacional Andrés Bello, Viña del Mar. Advogado no Chile.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Com enfoque específico no tema que pretendemos desenvolver, podemos nos perguntar se um juiz que decreta a prova de ofício pode perder a exigência da *imparcialidade* que o devido processo exige, oferece e garante.

Logo em seguida, também nos perguntamos se para responder isso somente devemos realizar uma análise jurídica ou se também é necessário

fazê-lo na perspectiva de outra Ciência, especialmente uma que nós, que nos dedicamos à ciência jurídica, geralmente nos omitimos em considerar: a Psicologia.

Qualquer um concordará com a afirmação de que quanto mais integral seja um estudo, maiores são as possibilidades de obter conclusões válidas e, por tal razão, a proposta que faço é que analisemos o tema da *imparcialidade* dentro do processo, ao que denomino, simplesmente, de *imparcialidade processual*, para distingui-la daquelas imparcialidades (ou parcialidades) que existem em outras áreas do saber humano, incluídas aqui outras áreas do Direito, distintas da processual. Proponho, pois, a análise do problema não apenas na perspectiva jurídica, senão também na da psicologia.

2. PERSPECTIVA JURÍDICA

Nos países onde estão vigentes e são aplicados como lei nacional tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), como também a Convenção

* Tradução de Glauco Gumerato Ramos.

Americana sobre Direitos Humanos (CADH), o assim chamado *Pacto de San José da Costa Rica*, é indispensável considerar os seguintes dispositivos contidos nos respectivos diplomas, a saber:

- PIDCP, art. 14.1: “*Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e cortes de justiça. Toda pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela Lei, em relação a qualquer acusação de caráter penal que contra ela se formule ou para a determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil.*” (o destaque é de agora);

- CADH, art. 8º (sobre garantias judiciais): “*Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido previamente por Lei, em relação a qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e*

obrigações de ordem civil, laboral, fiscal ou de qualquer outro caráter.” (o destaque é de agora).

Nessa perspectiva é lícito perguntar: *O que passa com a chamada prova de ofício desde um ponto de vista real ou prático?*

Sua origem está nas assim chamadas “*medidas [probatórias] para melhor prover [decidir]*”, que são determinadas judicialmente no momento em que as partes são intimadas para ouvir a sentença, sendo que invariavelmente “podem” afetar a imparcialidade do juiz. A diferença essencial com as denominadas provas de ofício é que estas podem ser determinadas em outros momentos do processo, mas, em essência, trata-se do mesmo fenômeno.

Essa realidade de coisas gera alguns efeitos de ordem lógica, a saber:

I) Se os fundamentos fáticos da ação se encontram devidamente provados, o juiz deve dar lugar à procedência do pedido e, caso não estejam, deve decidir pela improcedência. Assim

agindo, o juiz não terá sua imparcialidade afetada.

II) Por outro lado, se determina as “*medidas* [probatórias] *para melhor prover* [decidir]”, ocorrerá o seguinte:

a) Não cumpridas dentro do prazo legal, o resultado do processo não se alterará. Tudo permanecerá como de início, e isso gerará o resultado lógico de acolhimento ou não do pedido, exatamente porque o sujeito processual que tinha o chamado *onus probandi*, dele não se desincumbiu e, assim, decretada a “medida para melhor prover”, seguiu na inação. O resultado do processo, portanto, será o mesmo de antes da decretação da “medida para melhor prover”. Nesse panorama, a imparcialidade do juiz também não será afetada;

b) Ainda que cumprida conforme determinado, a “medida de melhor prover” será inócua se a prova testemunhal, pericial etc, nada aportar de novo ao processo na linha daquilo que o juiz pretendia ver provado com a produção dos meios de prova determinados. Neste caso, o

resultado do processo também será o mesmo. Aqui, novamente, não teremos a imparcialidade afetada;

c) O resultado ainda sai mais favorável à parte que cumpriu regularmente seu ônus probatório – circunstância, portanto, que tornou absurda a prova determinada de ofício –, e no caso, obviamente, o resultado do processo não se alterará e permanecerá o mesmo se a “medida para melhor prover” não tiver sido determinada. Aqui, mais uma vez, a imparcialidade do juiz não será afetada;

d) O resultado favorece a parte que tinha o ônus de provar, mas não provou. Neste caso, a prova determinada de ofício completou o quadro probatório como consequência direta da *iniciativa* e da *atividade probatória* realizada no processo pelo juiz, o qual, necessariamente, favorecerá a parte que tinha o dever legal de provar e não provou, e prejudicará, em contrapartida, a parte contrária. Neste caso, é evidente que a atividade probatória de ofício do juiz favoreceu uma das partes em detrimento da outra, o que afeta sua imparcialidade e o trato *igualitário*

que se deve dar aos demandantes por expreso mandamento constitucional.

Quais as razões, então, em que estão fundadas as tentativas de justificar a outorga de “faculdades” probatórias de ofício aos juízes?

São várias, como por exemplo:

i) deve-se confiar nos juízes, pois pensar que não devem ter faculdades probatórias seria o mesmo que neles não confiar, já que é tão delicada e transcendente a função do juiz no processo e ele “sempre” desempenha seu papel processual de maneira equidistante e igualitária em relação a ambas as partes, de modo que deve e pode subsidiar o trabalho deficiente do advogado que não se preparou adequadamente para exercer sua função *para e dentro* do processo; ii) o juiz deve buscar a *verdade* e, portanto, não deve ficar limitado às provas aportadas pelas partes, como se a busca da verdade correspondesse a quem deve julgar, algo que é próprio do *sistema inquisitivo*; iii) o juiz não conhece o resultado da diligência no momento em que, de ofício, a determina, embora saiba de antemão – e ninguém poderia sustentar o contrário – qual das partes

potencialmente vá se favorecer com ela e, por isso mesmo, automaticamente sabe a quem poderá prejudicar; iv) em vários países, tem-se defendido o aumento dos poderes instrutórios do juiz em matéria civil, mas com o esquecimento de que na grande maioria isso redundou de modificações legais parciais, e não-sistemáticas, da totalidade do ordenamento processual. Esquece-se, ainda, de que as faculdades probatórias de ofício foram sensivelmente restringidas no CPC espanhol do ano 2000 [*Ley de Enjuiciamiento Civil*], por meio da qual se alterou a dinâmica anterior das “medidas para melhor prover”.

Além de ter eliminado as denominadas “medidas para melhor prover”, o CPC espanhol incorporou em seu texto a seguinte disposição:

“CPC espanhol, art. 435. *Diligências finais. Cabimento.*

1. Só por requerimento da parte poderá o tribunal determinar, como diligências finais, a prática de atos probatórios,

conforme as seguintes regras:

1º Não se praticarão, como diligências finais, as provas que poderiam ter sido propostas a tempo oportuno pelas partes, incluídas as que poderiam ter sido propostas após a manifestação do tribunal a que se refere o tópico 1 do artigo 429.

2º Quando, por motivos alheios à vontade da parte, não se pôde praticar o ato probatório referente às provas que tenham sido admitidas.

3º Também se admitirão e praticarão as provas pertinentes e úteis que se referirem a fatos novos ou referentes à nova informação, conforme os termos do artigo 286.

2. Excepcionalmente, o tribunal poderá determinar de ofício, ou a requerimento da parte, que novamente se produzam provas sobre fatos relevantes e

oportunamente alegados, se os atos probatórios anteriores não tiverem sido realizados em razão de circunstâncias agora desaparecidas e que, no momento de sua realização, independiam da vontade e diligência das partes, sempre que existam motivos fundados para crer-se que as novas atuações probatórias permitirão gerar a certeza sobre os fatos a que se pretendia provar.

Neste caso, a decisão que determinar a prática das diligências deverá indicar detalhadamente aquelas circunstâncias e motivos.”

Até mesmo um estudo mais desavisado que se realize sobre o apontado artigo 435 do CPC espanhol poderá concluir que, com as restrições do tópico 1, *supra*, a possibilidade de ser decretada a prova de ofício é nula, enquanto a leitura do tópico 2, *supra*, poderá levar o leitor a ajudar a encontrar um exemplo de quando os

“atos probatórios anteriores não tiverem sido realizados em razão de circunstâncias agora desaparecidas e que, no momento de sua realização, independiam da vontade e diligência das partes”... Poderia tratar-se – quem sabe – da oitiva de uma testemunha, até então, hábil para testemunhar, mas que, no momento processual de prestar seu depoimento, esteja “demente” e depois tenha “recuperado” sua capacidade mental?

Seja como for, as razões indicadas e dadas por aqueles que são partidários da prova de ofício, ainda que eventualmente se possa concordar com elas – o que não é o meu caso! –, revelam o problema de fundo e atingem o nível constitucional de *garantia* que assinalamos. Ou seja, com a prova de ofício, pode-se afetar a imparcialidade do juiz que a Constituição oferece e garante às partes no processo, e isso não é um problema de somenos importância, já que a consequência é que cada vez que se faz uso dela, e com isso se completa a prova que deveria ter sido aportada por uma das partes, estar-se-á incorrendo em uma clara inconstitucionalidade, já que ocorrerá

o desrespeito ao trato igualitário que o juiz deve proporcionar às partes, além, é claro, de restar violado o irrestrito dever de imparcialidade.

Além do mais, a investida probatória do juiz no processo estará abrindo campo fértil para o questionamento desta atitude perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em razão do descumprimento do dever de *garantir* a igualdade de todos perante a Lei e de manter a própria imparcialidade, ao qual está vinculado o órgão prolator da decisão jurisdicional. Pense-se, por exemplo, na situação que se produziria se a prova que o juiz decreta de ofício fosse aquela que resultou essencial para este resolver, ao seu modo, o processo.

De fato, a CIDH tem elevado à categoria de *pressuposto*, e não somente de elemento do devido processo, as exigências contidas no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre as quais está a da presença de um juiz *imparcial* (cf., quanto ao ponto, “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, do ex-juiz e ex-

presidente da Corte SERGIO GARCÍA RAMIREZ, publicado em *Derecho procesal contemporáneo*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo I, pág. 19, primeiro parágrafo do ponto 5).

Uma das verdadeiras razões destas faculdades probatórias do ofício está fundada, em minha opinião, no louvável objetivo de fazer *justiça* a uma das partes que não provou ou que, com a prova que ofereceu, não conseguiu provar sua pretensão/resistência, e a partir daí o juiz considera que ela tem ou pode ter razão. No entanto, essa atitude esquece o mesmo direito que tem a outra parte do processo, de ser julgada por um juiz *imparcial*, que atue sem prejulgamentos – ou seja, sem um juízo prévio –, o que não ocorrerá se o juiz decreta uma prova de ofício, já que neste momento haverá o início de um “pré” julgamento.

O que realmente acontece com o estabelecimento das provas decretadas de ofício é o subsídio do dever das partes e *seus advogados*, especificamente daquela que o juiz acredita ter razão, em total detrimento

do direito da parte contrária, como já dito. Ou seja, o juiz não tem necessidade de decretar a prova de ofício se as partes e seus advogados realizaram bem seu encargo probatório e, portanto, poderá sentir ou ter a necessidade de decretar prova de ofício quando uma ou as duas partes não tenham se desincumbido adequadamente de seu encargo probatório e isso se chama *subsidiar* o dever das partes processuais. Tal atitude pode ser louvável, porém não resiste ao teste de constitucionalidade, que obriga o juiz a tratar as partes com imparcialidade e igualdade. Insisto, assim, que cada vez que o juiz determina a prova de ofício que favorecendo uma das partes, automaticamente estará prejudicando a outra.

Finalmente, há uma importante razão de *ordem lógica* e de *coerência* que se deve levar em consideração. No *Sistema de Enjuizamento Penal* propriamente acusatório, a lei não permite ao juiz produzir prova de ofício ou mesmo de outra forma, como, por exemplo, “sugerir” a produção de alguma prova às partes. Em consequência, se o sistema de

enjuizamento penal é meio pelo qual se discute, e se estão em jogo relevantes valores de nossa sociedade, como a vida, a liberdade e a honra das pessoas, e mesmo assim não se permite ao juiz provar de ofício, a *lógica* e a *coerência* indicam, de maneira simples, que o mesmo deveria ocorrer – e com maior razão – no sistema de enjuizamento *civil*, em que geralmente estão em jogo somente os valores patrimoniais da sociedade. Salvo, é claro, que se sustente que o valor “patrimônio” é mais relevante ou importante do que os valores vida, liberdade e honra. É difícil que nesta etapa da nossa história alguém, em sã consciência, assim o sustente.

Pense-se, por um momento, em como o juiz que decreta uma prova de ofício poderia controlar sua pertinência e legalidade, ou excluí-la, ou, ainda, como ficariam as partes, em especial a prejudicada, para objetar essa prova e pedir sua exclusão do processo. A chamada “contraprova” pode não passar de uma quimera, já que, muitas vezes, senão na maioria das vezes, há provas que não têm contraprova e, além disso, não resulta

lógico, tão pouco coerente, que as partes tenham o direito de produzir prova contra aquela produzida pelo juiz, já que este não é seu adversário no processo, mas, sim, é o “seu” juiz.

Sobre a imparcialidade do juiz, a CIDH resolveu que “*a imparcialidade exige que o juiz que intervém em uma contenda particular se aproxime dos fatos da causa resguardando-se, de maneira subjetiva, de todo pré-juízo e, ainda assim, oferecendo garantias suficientes de índole objetiva que permitam afastar toda dúvida que o jurisdicionado ou a comunidade possam vir a ter a respeito da ausência de imparcialidade.*” (Sérgio García Ramirez, op. cit., pág. 21).

Tal realidade está assinalada de forma expressa nos seguintes julgados:

- Caso Apitz Barbera e outros, em seu parágrafo 56;
- Caso Barreto Leiva, em seu parágrafo 98 (17/11/2009);
- Caso Usón Ramírez, em seu parágrafo 117 (21/11/2009), que assim foi fundamentado: “*A imparcialidade do tribunal implica*

que seus integrantes não tenham um interesse direto, uma posição já tomada, uma preferência por alguma das partes e que não se encontrem envolvidos na controvérsia. A imparcialidade pessoal, ou subjetiva, se presume, a menos que exista prova em contrário. Por sua vez, a denominada imparcialidade objetiva consiste em determinar se o juiz questionado valeu-se de elementos convincentes que permitam eliminar temores legítimos, ou fundadas suspeitas, de parcialidade sobre sua pessoa”.

Por último, devemos ter em mente uma razão de corte histórico através da análise do seguinte e antigo brocardo:

- Sententia debet esse conformis, libello; ne eat judex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum judicatum; judex judicare debet secundum allegata et probatia partium.

Em tradução livre, temos que:

- “A sentença deve estar de acordo com o pedido, não podendo o juiz

decidir além, fora, ou menos do que lhe foi pedido. O que foi alegado é o que deve ser julgado. O juiz deve julgar de acordo com as razões alegadas e provadas pelas partes”.

Por tudo o que aqui foi alegado, é necessário ter presente que o que assegura o devido processo, dentre outras circunstâncias, é que as partes demandantes tenham a possibilidade de provar suas afirmações fáticas, com a conseqüente possibilidade de controle a respeito da prova aportada pela parte contrária, pelo que resulta absolutamente ilógico e contrário a um devido processo que o sujeito responsável em resolver judicialmente um conflito produza provas a respeito de fatos que obviamente não afirmou e nem poderia afirmar, já que não é parte na relação processual. Por isso, quando a prova é decretada de ofício por aquele que tem o dever constitucional de manter-se equidistante, este – o juiz – acaba por assumir de fato o papel de parte na relação processual, o que é incompatível com a função de terceiro imparcial que deve julgar um conflito de interesses havido entre, ao menos,

dois sujeitos parciais debatendo em pé de igualdade. Tal fato, como daqui a pouco será abordado, se entronca com outra Ciência que, como já anunciamos, deve ser considerada nesta análise.

Uma última reflexão sobre a relação entre os fatos – que o juiz não pode propor nem introduzir no processo, em respeito a princípio dispositivo – e a prova que se decreta de ofício dar-se-á por meio de quatro perguntas com base nas premissas nas quais já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme menção que fizemos com suporte no texto de Sérgio García Ramirez, aqui já citado, pág. 21, a saber:

- i) *A prova decretada de ofício pelo juiz não o aproxima dos fatos e, em alguma medida, não o aproxima também de um pré-juízo?*

- Do contrário, ii) *como pode decretar a prova?* ou, então,

- iii) *o faz por simples e mera intuição?*

- iv) *A prova não é a maneira de demonstrar os fatos no processo, além de ser o veículo, ou meio legal, para a demonstração destes fatos?*

Certamente o leitor terá suas respostas.

3. PERSPECTIVA PSICOLÓGICA

Como necessária explicação prévia, assinalo que a aproximação que pretendo desenvolver a seguir naturalmente parte do reconhecimento evidente de que carecemos dos conhecimentos da Psicologia para se pretender realizar afirmações absolutas. Contudo, o que tenho estudado sobre o tema nestes últimos anos me permite propor tal debate, a fim de incentivar os especialistas para que se encarreguem, com a necessária e suficiente propriedade, de lançar as luzes que se requer nesta matéria.

Até onde chegam meus conhecimentos, ao menos em meu país – e cada leitor saberá a respeito de seu próprio país –, não existem estudos de maior envergadura que se propuseram a versar sobre o tema, e,

para evitar equívoco o que desenvolverei na sequência, farei a discussão com base em transcrições literais de um texto do autor espanhol ARTURO MUÑOZ ARANGUEREN, intitulado “*La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*” [A influência das distorções cognitivas nas decisões jurisdicionais: o fator humano. Uma aproximação] (Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, nº 1/2011).

Este autor, seguindo os ensinamentos dos psicólogos israelenses Amos Tversky e Daniel Kahneman, em “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases” (*Science*, New Series, vol. 185, nº 4157, Sep/27, 1974, pp. 1124-1131), nos explica que, dentre outros, existem os seguintes procedimentos e distorções cognitivas nos processos mecânicos mentais, também chamados “técnicas cognitivas”.

Advirto novamente que os trechos citados abaixo, todos entre aspas e em itálico, são citações de Arturo Muñoz Arangueren. A saber:

3.1 PROCEDIMENTO HEURÍSTICO DA REPRESENTATIVIDADE (*REPRESENTATIVENESS*)

“Este procedimento conduz a erros estatísticos e matemáticos no cálculo da probabilidade, derivados da insensibilidade à probabilidade prévia de resultados e ao tamanho da amostra, assim como de erros relativos à aleatoriedade em relação à denominada regressão à média.”

3.2 PROCEDIMENTO HEURÍSTICO DA DISPONIBILIDADE (*AVAILABILITY*)

“Com base neste procedimento mental, o sujeito valora a probabilidade de que ocorra o sucesso, tomando em consideração a facilidade com que ele próprio pode recordar ou imaginar exemplos de situações de sucesso semelhantes”.

3.3 PROCEDIMENTO HEURÍSTICO DE ANCORAGEM E AJUSTE (*ANCHORING*)

*“Este processo mental se fundamenta na realização de uma estimativa por parte do sujeito a partir de um valor inicial (anclaje [*ancoragem*]), que*

progressivamente se ajusta à medida que se obtém informação adicional. Os vários estudos realizados demonstram como este procedimento mental dá lugar a resultados diferentes pelo simples fato de que foi iniciado a partir de um valor distinto. Com base nisso, observa-se que, com frequência, a valoração inicial exerce uma influência indevida e desproporcionada sobre a análise do sujeito, o que provoca erros que passam inadvertidos para o próprio interessado”.

34 DISTORÇÃO RETROSPECTIVA (HINDSIGHT BIAS)

“Com base neste mecanismo mental, ao valor determinados fatos passados o sujeito não consegue abstrair suas consequências, de modo que incorre numa tendência de considerar, a partir do conhecimento das consequências da ação, que elas eram previsíveis desde o princípio”.

35 DISTORÇÃO DE CONFIRMAÇÃO (CONFIRMATION BIAS)

“Este processo mental se caracteriza pela tendência do sujeito em filtrar uma informação que recebe, sendo que, de maneira inconsciente, busca e sobrevaloriza as provas e argumentos que confirmem sua própria posição inicial, ignorando e não valorando as provas e argumentos que não estejam respaldados na própria posição. A distorção de confirmação é uma tendência irracional de buscar, interpretar ou recordar a informação de uma maneira tal que confirme alguma de nossas concepções, ou hipóteses, iniciais. É um tipo de distorção cognitiva, é dizer, um erro sistemático do raciocínio indutivo.

As distorções podem ocorrer na i) reunião, na ii) interpretação ou na iii) recuperação de uma informação. Alguns psicólogos utilizam a denominação distorção de confirmação para os desvios sistemáticos de qualquer destes três processos, enquanto outros a restringem aos passos voltados ao recolhimento seletivo de evidências, utilizando o termo distorção de assimilação para as interpretações puramente distorcidas”.

3.6 DISTORÇÃO DE GRUPO (IN GROUP BIAS)

“Esta técnica cognitiva provoca o erro de valorar de forma injustificadamente homogênea as atitudes, atos e opiniões das pessoas que pertençam ao mesmo grupo, e pela exclusiva razão de pertencerem a este grupo. Esses pré-juízos podem ser tanto positivos como negativos, e podem se dar pelo fato de o sujeito pertencer, ou não, a um desses grupos. O modelo econômico tradicional assume que a pessoa se preocupa unicamente com os próprios interesses. Sem embargo, as pessoas podem mostrar também uma atitude favorável aos grupos a que pertençam. Na ciência da psicologia, este fenômeno se conhece como identificação social. Uma das manifestações mais estudadas desta identificação social é a distorção de grupo: o tratamento preferencial aos membros do grupo a que o sujeito pertença”.

3.7 MINHAS CONCLUSÕES PESSOAIS

Analisando os trechos acima citados, minha opinião é no sentido de que todos os procedimentos e distorções mencionados se inter-relacionam, ou podem se inter-relacionar em um dado momento, conforme a análise que se realize. Parece-me que o chamado procedimento heurístico de ancoragem e ajuste (*anchoring*) e a distorção de confirmação (*confirmation bias*) são os que de maneira mais direta se vinculam com o tema da imparcialidade no que tange à prova que o juiz decreta de ofício.

Com efeito, em relação ao procedimento mental denominado *heurístico de ancoragem e ajuste*, a decisão do juiz ao decretar a prova de ofício estará sustentada numa estimativa a partir do chamado “valor inicial” (*anclaje* [ancoragem]), formado pelas razões que tenha para decidir decretar determinada prova, o que pode levá-lo a resultados diferentes, revelando-se “*que, com frequência, a valoração inicial exerce uma influência indevida e desproporcionada sobre a análise do sujeito, o que provoca erros que*

passam inadvertidos para o próprio interessado.”

Por seu turno, no que tange à *distorção de confirmação*, a prova de ofício pode trazer consequências que filtrem “*uma informação que recebe, sendo que, de maneira inconsciente, busca e sobrevalora as provas e argumentos que confirmam sua própria posição inicial, ignorando e não valorando as provas e argumentos que não estejam respaldados na própria posição*”.

Como assinalado, parece possível afirmar que a Ciência da Psicologia deveria pronunciar-se acerca da possibilidade da prova de ofício afetar ou não a imparcialidade subjetiva e objetiva que se exige dos juízes.

4. CONCLUSÕES

O juiz civil não deve ter faculdades probatórias de ofício, já que elas podem afetar seu dever de imparcialidade, além de afetar a garantia constitucional de igualdade das partes ante a Lei e o princípio do contraditório (outra vez, Sergio

García Ramirez, op. cit, pág. 31, tópico 10).

A Ciência do Direito Processual deve considerar e consultar a Ciência da Psicologia para que esta se pronuncie acerca das possibilidades de manutenção, ou perda, da imparcialidade do juiz quando este decreta a prova de ofício, bem como da potencial influência disso na sentença a ser prolatada.

O MANDADO DE SEGURANÇA E OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

RAFAELA CAROLINA JULIATTO

Advogada e Professora de Direito Constitucional e Direito Internacional na Faculdade de Direito Padre Anchieta (FADIPA) em Jundiaí, São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP), Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura.

Resumo: O presente artigo tem como tema a análise da lei do Mandado de Segurança, mais precisamente o art. 25, que trata da impossibilidade de fixação de honorários na ação de mandando de segurança, combinada com o enunciado sumular nº 512 do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa empírica se limita a analisar a aplicação da referida lei em contraste com os atuais parâmetros estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016 e trouxe inéditas concepções e procedimentos para os honorários advocatícios na ordem nacional.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Direito Constitucional. Honorários Advocatícios. Sucumbência.

Abstract: This article has as its theme the analysis of the petition for writ of mandamus law, more precisely the article number 25 which deals with the impossibility of attaching fees to those procedures, combined with the Supreme Court statement no. 512. An empirical research limits the analysis of the law application in contrast to the current values applied by the New Code of Civil Procedure that came into force on March 18, 2016 and created new concepts and procedures for lawyers' fees under national law.

Key words: Petition for Writ of Mandamus. Constitutional Law. Attorney's fees.

1. INTRODUÇÃO

Há quase 50 anos, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula nº 512, segundo a qual “não cabe condenação em honorários de

advogado na ação de mandado de segurança”⁷⁴.

Trata-se de enunciado controverso e polêmico, que, por muito tempo, não obteve consenso doutrinário e jurisprudencial. De tempos em tempos, o Poder Judiciário vem sendo chamado a se manifestar sobre o assunto e, através de sentenças, votos vencidos e acórdãos têm revelado posicionamento muitas vezes contrário à orientação sumular.

Esta controvérsia ganhou novos contornos com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a Lei nº 13.105/2015, em 18 de março de 2016.

O novo diploma processual inaugurou um regramento inexperiente, relacionado à fixação dos honorários advocatícios na fase recursal dos processos judiciais.

Com relação aos recursos, o §11 do art. 85 estabeleceu que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente

levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal (...)”.

Este dispositivo legal criou uma majoração obrigatória dos honorários advocatícios fixados, um verdadeiro dever a cargo do Tribunal.⁷⁵ Tratou de estabelecer honorários advocatícios na fase recursal que, para parte da doutrina, deve ter sua aplicabilidade garantida em toda e qualquer demanda, incluindo aquelas em que não houve fixação de honorários advocatícios na primeira instância, como o mandado de segurança.

Nesse cenário, a controvérsia estabelecida nos leva a indagar se, com o advento do novo Código de Processo Civil, caberia, então, a fixação de honorários advocatícios na instancia recursal do mandado de segurança.

2. O MANDADO DE SEGURANÇA: NATUREZA JURÍDICA, FUNÇÃO E REGRAMENTO

parece ser positiva, observados, à falta de autorização expressa em sentido contrário, os limites do §§ 2º e 3º do art. 85”. Novo Código de Processo Civil Anotado, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2017, p.149.

⁷⁴ Data de publicação do enunciado: DJ de 12-12-1969.

⁷⁵ Nesse sentido, cf. as observações de Cassio Scarpinella Bueno que assim dispõe: “é pertinente também questionar se a majoração é um dever a cargo do Tribunal. A resposta mais adequada

O mandado de segurança, como se sabe, é uma ação constitucional de natureza civil. Também conhecido como espécie de remédio constitucional, é criação brasileira que passou a ter *status* de norma constitucional a partir da Constituição Federal de 1934.

Na época, eclodia uma crise que culminou na revisão da "doutrina brasileira do *habeas corpus*, o qual restou restrito em alcance com a reforma constitucional de 1926. Esta restrição motivou doutrinadores e julgadores da época, que empenharam-se por demonstrar a necessidade da criação de um instrumento processual-constitucional a com o objetivo de conferir efetiva proteção judicial contra lesões a direitos subjetivos públicos não protegidos pelo *habeas corpus*.

A fim de suprir a lacuna deixada pela citada reforma, a Constituição de 1934 consagrou, logo depois do dispositivo que previa o *habeas corpus*, e com o mesmo processo deste, o mandado de segurança, cuja finalidade era proteger "direito certo e

incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade" (art. 113, 33 da Constituição de 1934).

Sendo constitucionalizado em 1934 e permanecendo nas constituições seguintes, com exceção, apenas, da Constituição de 1937, o mandado de segurança está previsto na atual Constituição, em seu art. 5º, inciso LXIX, que assim dispõe: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público".

O texto constitucional também prevê o mandado de segurança coletivo, que poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, a e b).

Atualmente, a ação do mandado de segurança está devidamente regulamentada pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 que disciplina tanto o mandado de segurança individual quanto o coletivo e dá outras providências.

O atributo de remédio constitucional conferido ao mandado de segurança⁷⁶, revela sua importância dentro do sistema constitucional de garantias e direitos fundamentais, sendo consagrado como “uma espécie de ação judiciária que visa a proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos” (Alfredo Buzaid). Partindo do pressuposto que a Constituição Federal é um sistema de normas jurídicas que regula, entre outros, os direitos fundamentais do homem e as suas respectivas

garantias⁷⁷, de nada adiantaria a Constituição proclamar direitos sem assegurá-los por meio de garantias, as quais, por sua vez, afirmariam a própria força normativa da Constituição.

De certo, conferir garantias constitucionais significa disponibilizar instrumentos que assumam caráter de verdadeiros remédios pra sanar possíveis violações a direitos constitucionais. Surge daí, a inquestionável relevância do mandado de segurança como remédio constitucional, verdadeira garantia constitucional “pelo seu caráter específico e por sua função saneadora”⁷⁸

Neste mesmo diapasão, Guilherme Peña de Moraes reafirma, ao conceituar constituição, a

⁷⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, embora não entenda ser errônea a expressão “remédio constitucional”, a qualifica como não sendo uma “das mais felizes” e observa que, “rigorosamente falando, as garantias dos direitos fundamentais são as limitações, as vedações, impostas pelo constituinte ao poder público”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 39ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 350.

⁷⁷ José Afonso da Silva considera a constituição como “um sistema de normas jurídicas, escritas ou

costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”. Curso de Direito Constitucional Positivo. 41ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p.40.

⁷⁸ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 41ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p.445.

existência dos direitos fundamentais, suas respectivas garantias e os remédios constitucionais:

“Constituição é um sistema de normas jurídicas, produzidas no exercício do poder constituinte, dirigidas precipuamente ao estabelecimento da forma de Estado, da forma de governo, do modo de aquisição e exercício do poder, da instituição e organização de seus órgãos, dos limites de sua atuação dos direitos fundamentais e respectivas garantias e remédios constitucionais e da ordem econômica e social”.

Aprofundando o tema, não se pode esquecer que o direito de impetrar mandado de segurança também é fruto do exercício do direito constitucional de ação (art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.). Desta forma, é certo que o mandado de segurança, considerado em si mesmo, é uma garantia constitucional e impetrá-lo traduz o exercício de um direito (direito de ação).

Com isso, conclui-se, com precisão, que as garantias fundamentais podem ser consideradas direitos que protegem direitos e que todo remédio constitucional é

garantia fundamental, mas nem toda garantia fundamental é um remédio constitucional.

É importante salientar que os direitos amparados pelo remédio constitucional ‘mandado de segurança’ são aqueles mais caros ao Estado, aqueles reputados como fundamentais. Esta qualificadora faz com que o mandado de segurança, como ação de caráter constitucional que é, faça jus ao tratamento jurídico diferenciado que recebe, haja vista ter seu procedimento e requisitos processuais disciplinados em lei especial, qual seja a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Esta lei, que disciplina tanto o mandado de segurança individual quanto o coletivo e dá outras providências, será denominada daqui pra frente, neste trabalho, simplesmente como Lei do Mandado de Segurança.

3. MANDADO DE SEGURANÇA E OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

3.1. DA RELAÇÃO ENTRE A LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No tocante aos honorários advocatícios, a Lei do Mandado de Segurança determinou no art. 25 que “não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.”

A inserção deste dispositivo legal foi apoiada pela Súmula nº 512, ainda vigente, do Supremo Tribunal Federal que determina o seguinte: “não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”.

Como já mencionado anteriormente, esta Súmula completa 50 anos de vigência este ano e, uma vez reproduzida em comando normativo pelo art.25 da Lei do Mandado de Segurança, tem seus efeitos ampliados, vinculando e opondo-se a todos.

Ao lado, e também com caráter vinculante e com efeito *erga omnes*, estão as disposições do novo Código de Processo Civil, na Lei nº 13.105/2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016. Entre elas, o §1º

e o §11 do art. 85 assim dispõem, respectivamente:

“São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”.

“O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

É acertado mencionar que as razões pelas quais o §11 do art. 85 foi criado foram consubstanciadas no trabalho do advogado em instância recursal e o desestímulo à interposição de recursos.

Este é, inclusive, um dos entendimentos consolidados pelo Superior Tribunal de Justiça, destacado na nova edição do Jurisprudência em Teses. O colendo Tribunal assim se manifesta sobre as razões do §11 do art. 85:

“O § 11 do art. 85 do CPC/2015, que disciplinou a hipótese de majoração da verba honorária em grau de recurso, tem dupla funcionalidade: atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir o exercício abusivo do direito de recorrer.”⁷⁹

O fundamento de atender à justa remuneração do advogado vem em consonância com o já legalizado direito do advogado de perceber os honorários sucumbenciais sem prejuízo dos convenionados e os fixados por arbitramento judicial, previstos no art. 22 do Estatuto da Advocacia.⁸⁰

O mesmo diploma legal ainda prevê que “Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor” (art.23).

⁷⁹ Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses, edição nº 128 - Dos Honorários Advocatícios I, disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp> (acesso em 16/10/2019)

Esses honorários, os sucumbenciais, são fixados de forma geral, conforme dispõe o próprio Código de Processo Civil de 2015, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da causa.

Disso resulta a alegação de que os honorários de sucumbência nas ações de mandado de segurança são injustamente negados aos advogados em detrimento do disposto no art. 22 do Estatuto da OAB e nos §§1º e 11 do art. 85 do novo Código de Processo Civil.

Um dos argumentos utilizados reside no fato de que o mandado de segurança é regido por lei especial, a Lei do Mandado de Segurança, apenas em sua fase de conhecimento, sendo que, uma vez proferida a sentença, a fase recursal deverá ser pautada pelo Código de Processo Civil.

Prevendo o Código de Processo Civil, de forma inequívoca, o cabimento de honorários sucumbenciais nos recursos

⁸⁰ Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

interpostos (art.85, §1º) e sua majoração recursal (art. 85, §11) e a Lei do Mandado de Segurança encerrando, na sentença, o rito especial, não haveria dúvidas de que seriam cabíveis honorários recursais e sua possível majoração pelo Tribunal em ação de mandado de segurança.

Ao lado deste argumento também reside a alegação de que os honorários de sucumbência em ação de mandado de segurança recebem, ao mesmo tempo, o trabalho exercido pelos advogados e o princípio genérico do ônus da sucumbência.

Não há dúvidas de que o trabalho realizado pelo advogado deve ser reconhecido, neste mesmo sentido se dá o entendimento de Giuseppe Chiovenda: “O processo deve dar, na medida do possível, a quem tem um direito [inclusive o advogado], tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito de conseguir”⁸¹

⁸¹ CHIOVENDA. Giuseppe Dell'azione nascente dal contratto preliminare, Saggi di diritto processuale civile, 1, Roma, Foro Italiano, 1930, pág. 110 (tradução livre). Ainda segundo o autor, conforme os fundamentos da teoria da sucumbência, para quem o direito há que

Também há que se ressaltar, em complemento à ideia de que os honorários sucumbenciais devem subsistir nas ação de mandado de segurança, que o estipêndio, com o advento do Estatuto da OAB, perdeu sua índole de ressarcimento pelo vencido ao vencedor, em razão dos gastos que suportou com a contratação de advogado, pela expressa disposição do art. 23 que assim dispõe: “honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado”.

Sendo assim, a natureza dos honorários advocatícios de sucumbência, nos termos do art. 85, § 14, do novo Código de Processo Civil paralisa qualquer dúvida que exista a respeito do assunto ao afirmar que os “honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho”.

ser reconhecido como se fosse no momento da ação ou da lesão: tudo que foi necessário ao seu reconhecimento e concorreu para diminuí-lo deve ser recomposto ao titular do direito, de modo que este não sofra qualquer prejuízo.

Alguns argumentos, como os de que o mandado de segurança teria a mesma natureza do *habeas corpus* e, isso, por si só, justificaria a negativa aos honorários sucumbenciais, da mesma forma são rechaçados. Isso porque, levando-se em consideração o valor específico da tutela do *habeas corpus* (liberdade de ir e vir) e sua notória natureza penal, não haveria como identificá-lo ao mandado de segurança.

O polêmico entendimento sumular angariou, mesmo antes da sua legalização, censuras de doutrinadores que na época defendiam os honorários sucumbenciais na ação do mandado de segurança.

José Cretella Júnior, em seus Comentários à Lei do Mandado de Segurança, menciona caber ao vencido “seja quem for, particular ou Estado, arcar com todas as despesas da causa, inclusive honorários, já que atribui ao vencedor o direito subjetivo

ao reembolso das custas que efetuou”⁸².

Francisco Antônio de Oliveira, em crítica mais acentuada ao enunciado sumular destacou, antecipadamente em 1996, que “a verdade é que a Súmula nº 512, da Suprema Corte, editado com apoio em julgamentos realizados há já um quarto de século não mais atende a realidade”⁸³.

Hely Lopes Meirelles também corroborou a mesma tese e ensinou, em 1995, que “na sentença (da ação mandamental) deverá o juiz decidir sobre o pedido inicial, condenando o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determina o art. 20 do CPC”⁸⁴.

Além disso, é imperioso destacar que, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro confere especial dignidade à advocacia, reconhecendo sua relevância e notória necessidade para manutenção de um Estado

⁸² CRETELLA JUNIOR. José. Comentários a Lei do mandado de segurança: de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988. 7 ed. São Rio de Janeiro: Forense, 1995.

⁸³ OLIVEIRA. Francisco Antônio de. Mandado de Segurança e controle

jurisdicional, 2. ed., Ed. RT, 1996, p. 336

⁸⁴ MEIRELLES. Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 69

democrático de direito. Tanto o faz que a Constituição Federal elencou, entre outras, a advocacia expressamente como uma das funções essenciais à Justiça (Título IV, Capítulo IV). A advocacia, nos termos do art. 133 da Constituição Federal, “é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Daí emana o entendimento de que o advogado, ainda que em exercício privado da profissão, presta serviço público e desempenha função social.

Logo, a alegação de que os honorários de sucumbência nas ações de mandado de segurança são injustamente negados aos advogados é abrigada pelos fundamentos ora expostos que abarcam, além de dispositivos legais, a própria ordem constitucional.

3.2. A POSIÇÃO DAS CORTES SUPERIORES NO BRASIL

Chamado a se manifestar no julgamento de um Agravo em Recurso Extraordinário⁸⁵, o Supremo Tribunal Federal, em 2016, fixou entendimento de que “descabe a fixação de honorários recursais, preconizados no art. 85, ^a11 do Código de Processo Civil de 2015, quando tratar-se de extraordinário formalizado no curso de processo cujo rito os exclua”.

No ano seguinte, em 2017, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar um Recurso em Mandado de Segurança⁸⁶, adotou o mesmo entendimento firmado pelo STF, no sentido de considerar descabida a fixação de honorários no rito especial do mandado de segurança diante da literalidade da norma (art.25 da Lei do Mandado de Segurança) e do entendimento sumular (Súmula nº 512 do STF).

Estas decisões demonstram, portanto, que o entendimento das cortes superiores confere cumprimento literal à Lei do Mandado de Segurança (art.25) e consequente

⁸⁵ Supremo Tribunal Federal (STF). ARE 948578 AgR/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJE 04/08/2016.

⁸⁶ Superior Tribunal de Justiça (STJ). RMS 52.204/RJ, Rel. Ministro Assuset Magalhães, DJE 11/09/2017.

efetivação do entendimento sumular quinquenário.

Ao determinar o não cabimento de honorários recursais em extraordinário formalizado no curso de processo cujo rito os exclua, a Suprema Corte confere predominância à Lei do Mandado de Segurança, lei especial que instaura procedimento próprio ao rito do remédio constitucional.

É sabido que, em um conflito entre uma norma geral e uma norma especial, esta deve prevalecer, aplicando-se o critério da especialidade ou o critério da “lex specialis derogat legi generali”⁸⁷.

Importa dizer que, quando existe um confronto entre uma lei

geral e uma lei especial, a última prevalece, sem que seja necessário declarar-se a patente invalidade da lei geral. Cuida-se da aplicação dos critérios cronológico e hierárquico que conduzem à invalidação de uma das normas, permanecendo ambas as normas no sistema, aplicando-se a lei especial em sobreposição à lei geral⁸⁸.

A própria Constituição Federal, neste mister, fundamenta o princípio da especialidade, consagrando o princípio da isonomia ou igualdade em sentido lato. De acordo com o princípio constitucional da isonomia previsto no art. 5º, a lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais.⁸⁹

⁸⁷ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2003, p.211

⁸⁸ Nesse sentido, o critério da especialidade que prescreve que a norma especial prevalece sobre a geral também encontra-se no artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

⁸⁹ Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz faz a seguinte observação: “No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma meta-regra geral, preferindo o

critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência. Todavia, segundo Bobbio, dever-se-á optar, teoricamente, pelo hierárquico; uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente, de seu conteúdo. Mas, na prática, a exigência de se adotarem as normas gerais de uma Constituição a situações novas levaria, às vezes, à

Destarte, analisando de forma crítica o entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento do referido Agravo em Recurso Extraordinário, além da patente e precisa aplicação da Lei e da solução acertada do aparente conflito na aplicação de normas, observa-se a natural impossibilidade de se majorar honorários que não existem.

Com efeito, o § 11 do art. 85 do CPC/2015, que disciplinou a hipótese de majoração da verba honorária em grau de recurso, o fez no sentido de prever, naturalmente, uma condenação anterior. Os termos do artigo são claros quando preveem que o Tribunal “majorará os honorários fixados anteriormente”.

Nessa perspectiva, o raciocínio acima exposto foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado cuja ementa foi a seguinte:

"PROCESSUAL CIVIL.
AGRAVO INTERNO NOS

aplicação de uma lei especial, ainda que ordinária, sobre a Constituição. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio da justiça: *sum cuique tribuere*, baseado na interpretação de que ‘o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente’. Esse princípio serviria numa certa medida

EMBARGOS DE
DIVERGÊNCIA EM
RECURSO ESPECIAL.
ACÓRDÃO EMBARGADO
PUBLICADO NA VIGÊNCIA
DO CPC/2015. FALTA DE
SIMILITUDE FÁTICA.
PRESCRIÇÃO.
REPARAÇÃO. DIREITOS
AUTORAIS. ILÍCITO
EXTRA CONTRATUAL.
ACÓRDÃO EMBARGADO
CONFORME A
JURISPRUDÊNCIA DO STJ.
NÃO CABIMENTO.
DECISÃO MANTIDA.

(...)

5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso”. (Grifo nosso)⁹⁰

para solucionar antinomia, tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente”. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 50.

⁹⁰ Superior Tribunal de Justiça (STJ) AgInt nos EREsp 1539725/DF, Rel.

O fato de não terem sido fixados honorários advocatícios na decisão recorrida importa, necessariamente, a impossibilidade de majoração em fase recursal, pois o § 11 do art. 85 trata da majoração de honorários e não da fixação ou arbitramento de honorários em sede recursal. Não é possível majorar algo que não existe.

Em recente decisão, a mais alta corte do nosso país, o Supremo Tribunal Federal, foi chamada a se pronunciar em um caso concreto, no qual o recorrente pedia, em Recurso Extraordinário, o arbitramento de honorários de sucumbência recursal com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015⁹¹. Na oportunidade, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em simetria com o entendimento já exarado anteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça, que não é possível fixar honorários

sucumbenciais recursais se não houver arbitramento de honorários de sucumbência na decisão recorrida⁹².

Nesse contexto, na ação de mandado de segurança, não havendo fixação de honorários na sentença recorrida por expressa disposição legal (art. 25 da Lei do Mandado de Segurança), em sede recursal, não faz o menor sentido a majoração.

Esse, do mesmo modo, é o entendimento de Daniel Amorim Assunção Neves que, no seu Manual de Direito Processual Civil, assim trata do assunto quando analisa o cabimento da majoração da verba honorária em grau de recurso:

“Parece lógico concluir-se que se tratando de norma que prevê a majoração de honorários advocatícios não se aplica o art. 85, §11, do Novo CPC, a recursos proferidos contra decisões que não fixam honorários advocatícios, como é o caso,

sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei. Tampouco cabe aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015, no tocante ao arbitramento dessa verba em fase recursal, na medida em que tal prática pressupõe previsão de honorários na origem, o que não se verifica no caso” (grifo nosso). In ARE 1014675 AGR / MG, rel. Min. Alexandre de Moraes, DJE 12/04/2018, p. 2.

Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJE 19/10/2017.

⁹¹ Supremo Tribunal Federal (STF). ARE 1014675 AGR / MG, rel. Min. Alexandre de Moraes, DJE 12/04/2018.

⁹² “O direito aos honorários advocatícios sucumbenciais surge no instante da prolação da sentença. Se tal crédito não era previsto no ordenamento jurídico nesse momento processual, não cabe sua estipulação com base em lei posterior,

ao menos em regra, do agravo de instrumento”⁹³.

Nessa mesma lógica, foi definido o Enunciado nº 8 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “Não cabe majoração de honorários advocatícios em agravo de instrumento, salvo se interposto contra decisão interlocutória que tenha fixado honorários na origem, respeitados os limites estabelecidos no art. 85, §§ 2º, 3º e 8º, do CPC”.⁹⁴

4. CONCLUSÃO

Sem dúvidas, a fixação de honorários na origem, ou seja, na sentença recorrida, é pressuposto mandatório para a majoração que trata o § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil⁹⁵. Estabelecendo a lei que não cabe, no processo de mandado de segurança, a condenação ao pagamento dos honorários

advocatícios⁹⁶, não há que se falar na aplicação do quanto disposto no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil.

Concluimos a reflexão proposta no início deste artigo, consubstanciada na indagação sobre o advento do novo Código de Processo Civil e o cabimento da fixação de honorários advocatícios na instância recursal do mandado de segurança, afirmando que a melhor resposta é aquela que pressupõe a aplicação da Lei do Mandado de Segurança, mais precisamente o seu art. 25, agregada à técnica hermenêutica da primazia da lei especial sobre a geral e aos princípios e garantias constitucionais da isonomia e dos direitos fundamentais, bem como seus instrumentos de salvaguarda, tais como o Mandado de Segurança.

REFERÊNCIAS

⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 285.

⁹⁴ I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, 2017. Disponível no link a seguir, acesso em 23/10/2019: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>.

⁹⁵ Nesse mesmo sentido os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: EDcl no AgInt no REsp 1.456.140/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJE 14/10/2016 e EDcl no AgInt no AREsp 1.000.107/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJE 01/08/2017.

⁹⁶ Art. 25 da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009).

- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10a. ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- _____. Curso de Direito Constitucional. 10a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2017.
- CHIOVENDA. Giuseppe *Dell'azione nascente dal contratto preliminare, Saggi di diritto processuale civile*, 1, Roma, Foro Italiano, 1930.
- _____. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3.
- CRETELLA JUNIOR. José. Comentários a Lei do mandado de segurança: de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988. 7 ed. São Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DINIZ. Maria Helena. Conflito de Normas. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 39ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FONTELES. Samuel Sales. Remédios Constitucionais Conforme o CPC/2015 e a Lei do Mandado de Injunção. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Comentários ao Código de Ética e Disciplina da OAB: análise do Código de 2015, pelo relator do anteprojeto e da sistematização final do texto. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MEIRELLES. Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MENDES, Anderson Cortez, TOKASHIKI, André Shinji, KÜHL, Emílio Frederico Perilo. Teoria Geral do Processo 1. Os honorários advocatícios sucumbenciais e o novo Código de Processo Civil in Revista de Processo 2016 -16/12/2016, vol. 258 (Agosto de 2016). Disponível no link a seguir, acesso em 20/10/2019: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.258.03.PDF
- NERY. Nelson, NERY. Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 16ª ed. São Paulo: Ed Saraiva, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- OLIVEIRA. Francisco Antônio de. Mandado de Segurança e controle jurisdicional, 2. ed., Ed. RT, 1996.
- SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 41ª.

ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses, edição nº 128 - Dos Honorários Advocatícios I, disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp> (acesso em 16/10/2019)

I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, 2017. Disponível no link a seguir, acesso em 23/10/2019:
<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>.

Decisões do Supremo Tribunal Federal (STF):
ARE 948578 AgR/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJE 04/08/2016.
ARE 1014675 AGR / MG, rel. Min. Alexandre de Moraes, DJE 12/04/2018.

Decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ):
RMS 52.204/RJ, Rel. Ministro Assuset Magalhães, DJE 11/09/2017.
AgInt nos EREsp 1539725/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJE 19/10/2017.
EDcl no AgInt no REsp 1.456.140/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJE 14/10/2016.
EDcl no AgInt no AREsp 1.000.107/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJE 01/08/2017.

A IMPORTÂNCIA DAS TESES FIRMADAS EM RECURSOS REPETITIVOS

MAURO ALVES DE ARAUJO

Professor e advogado, Bacharel em Direito pela FADIPA e Mestre e Doutor pela PUC/SP

RESUMO

A problemática do artigo resume-se a definir se as teses firmadas em recursos repetitivos têm importância para o processo civil brasileiro. Para tanto, mostra-se a dinâmica do processo civil em primeiro e segundo graus de jurisdição, bem como a possibilidade dos recursos extremos. Demonstra-se, no curso do artigo, e também nas considerações finais, as conclusões a que se chegou e a razão da importância das mencionadas teses firmadas em recursos repetitivos.

Palavras-chave: recurso repetitivo; recurso especial; recurso extraordinário

ABSTRACT

The problematic of the subject boils down to defining if the theses established in repetitive appeals are important for the Brazilian civil process. To this end, we show the dynamics of civil proceedings in the first and second degrees of jurisdiction, as well as the possibility of extreme appeals. It is demonstrated in the course of the article, and also in the final considerations, the conclusions reached and the reason for the importance of these theses established in repetitive resources

Key words: repetitive appeal; special appeal; extraordinary appeal

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para esse artigo surgiu durante a Semana Jurídica da UniAnchieta, mais precisamente motivado pela palestra do dia 20 de setembro de 2019, ministrada pelo prof. Nelson Nery Jr., quando esse manifestou posição sobre a inconstitucionalidade dos recursos repetitivos, criados pela legislação processual em vigor.

Para melhor compreensão e análise da importância deste novel instituto, é imperioso estudar a dinâmica de um processo de conhecimento, embora a tese possa também ser firmada em questão executiva, até o grau de recursos extremos, visando a observar como ocorre, ou deveria ocorrer, o final da prestação jurisdicional perseguida pelas partes.

Por isso, essa dinâmica é tratada separadamente entre as instâncias, com o que se busca demonstrar, sucintamente, cada fase processual, até e quando necessária a interposição dos recursos extremos, ante o não reconhecimento da existência deste nas instâncias inferiores.

Nos recursos extremos, nas hipóteses permissivas, é demonstrada a necessidade desses recursos para uma justa aplicação do direito.

A busca, entretanto, não é fácil, diante do que se tem chamado de jurisprudência defensiva, aplicada, principalmente, nos Tribunais Superiores, em nome de uma celeridade processual, ante o grande número de recursos que chegam ao

Superior Tribunal de Justiça, os quais se somam à expressiva quantidade de ações de sua competência originária, não havendo, contudo, infraestrutura para tamanha demanda.

Assim, é necessário o estudo, ainda que sucinto, do devido processo legal previsto como essencial em nossa Constituição Federal, para que se possa, igualmente, observar se há, efetivamente, essa inconstitucionalidade das teses firmadas em sede de recursos repetitivos.

Não deixando de traçar algumas linhas sobre a competência para legislar na área de direito processual civil, torna-se indispensável para análise da constitucionalidade do novo instituto processual, em estudo.

DINÂMICA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO - PRIMEIRA INSTÂNCIA

É sabido por todo operador de Direito, desde a sua época de estudante, que o processo somente surge motivado por um litígio, também conhecida como lide, conflito de interesses ou pretensão resistida,

que depende do Estado-Juiz para solução, quando não alcançada a resolução pelos meios alternativos, perseguidos não apenas pelo nosso Direito⁹⁷.

Tal conflito de interesses, quando a questão depende de uma cognição de fatos e provas, é resolvido por meio de um processo de conhecimento, regido “*pelos normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte*” (artigo 13 do CPC), normas essas que têm aplicação imediata nos processos em curso, não retroagindo, e “*respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*” (artigo 14 do CPC).

Não é pretensão do presente trabalho o aprofundamento do estudo do processo de conhecimento e dos procedimentos especiais, mas apenas uma breve análise de seu início, desenvolvimento e fim, para melhor

compreensão do tema, considerando o procedimento comum (artigo 318 do CPC).

E, para início de um processo de conhecimento que chegará ao conhecimento do mérito, basta haver a legitimidade material e o interesse de agir, não mais se discutindo como condição da ação a impossibilidade jurídica do pedido, outrora também condição. Hoje, a impossibilidade jurídica do pedido é mérito e, portanto, conhecida como tal no momento oportuno, saneamento ou sentença.

Proposta a ação, na forma do artigo 312 do CPC, por quem preenche as condições da ação e os pressupostos processuais, o que permite o conhecimento do mérito, cabe ao Juiz determinar o processamento, com a citação e intimação do réu, para os termos da ação e a audiência de tentativa de conciliação, que, se infrutífera, abrirá prazo para defesa do réu.

⁹⁷ É o que se constata no trabalho publicado pelo Supremo Tribunal Federal, “*Métodos alternativos de resolução de conflito*”, Macarena Paz Gaete Jiménez, Universidade Alberto

Hurtado, Santiago – Chile, publicado no sítio http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfCooperacao_pt_br/anexo/Macarena.pdf

Partindo-se da premissa de que o réu apresentou sua defesa, afastando a revelia e os seus possíveis efeitos (artigos 344 e 345, do CPC), se houver alguma exceção processual e/ou material, bem como alguma preliminar arguida pelo réu, ou, ainda, algum documento juntado na defesa, torna-se imperiosa a manifestação do autor sobre essa defesa e eventuais documentos (artigos 350, 351 e 437, do CPC).

E, se não for o caso de extinção prematura do processo (artigos 354 a 356, do CPC), este é saneado, com a designação das provas, que devem ser produzidas para instrução do processo (artigo 357 do CPC), diversas da oral, já que esta é produzida na audiência de instrução e julgamento (artigos 358 a 368, do CPC).

Com as provas produzidas e as alegações finais apresentadas pelas partes, o processo parte para a sua extinção em primeiro grau.

A sua extinção com resolução do mérito (artigo 487 do CPC), desde que superadas quaisquer das hipóteses permissivas para a sua extinção sem resolução, na forma do artigo 485 do CPC, dar-se-á sempre por sentença

(artigo 316 do CPC), encerrando-se, assim, a primeira fase do processo de conhecimento, na primeira instância, exercendo o juiz as atividades necessárias ao processamento e remessa de eventual recurso interposto pela parte vencida.

DINÂMICA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO - SEGUNDA INSTÂNCIA

É inerente à parte vencida não aceitar o resultado do processo, e na maioria das vezes, exerce o seu direito de recorrer, visando a uma nova análise dos fatos e do direito por um órgão colegiado, que se presume mais experiente para dizer o Direito, embora, na prática, tenham-se sentenças brilhantes sendo reformadas por acórdãos medíocres.

Mas, em se tratando de um direito processual, devidamente previsto na lei, e assegurado por nossa Constituição Federal, a parte vencida poderá interpor o seu recurso de apelação contra a sentença proferida.

Neste recurso de apelação, o recorrente buscará demonstrar ao

Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, conforme a matéria decidida, que houve um “*error in judicando*”⁹⁸, seja quanto à análise dos fatos e/ou provas, seja quanto à aplicação do direito ao caso discutido nos autos, almejando a reforma da sentença recorrida, total ou parcialmente.

Esse recurso de apelação pode ser julgado monocraticamente pelo Relator (artigo 932, III, IV e V, do CPC), cabendo, nesse caso, o agravo interno (artigo 1021, do CPC), chegando-se, com o julgamento deste agravo interno ou da apelação, pelo órgão colegiado, ao fim do procedimento perante a segunda instância, caso não haja oposição de embargos de declaração. É certo que, com o julgamento monocrático da apelação, sem interposição do recurso de agravo interno, chega-se, também, ao fim do procedimento, eis que daí não se abre a possibilidade dos recursos extremos.

Com o julgamento deste recurso de apelação, pelo colegiado, incidente

uma das hipóteses do artigo 102, III, ou do artigo 105, III, ambos da Constituição Federal, pode a parte vencida se insurgir contra o acórdão da apelação ou do agravo interno por meio dos recursos extremos.

Assim, encontra-se o Recurso Especial como o último suspiro da parte vencida, a fim de ver o seu direito reconhecido conforme a interpretação da lei federal invocada na sua defesa, ou a uniformização de jurisprudência quanto ao mesmo assunto. O mesmo vale para o Recurso Extraordinário, em que a parte vencida pretende o conhecimento de seu direito consoante a Constituição Federal.

Para uma melhor compreensão desses recursos extremos, torna-se importante traçar algumas linhas a respeito de cada um deles.

CONCEITO, FINALIDADE E POSSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL.

⁹⁸ O “*error in procedendo*”, igualmente, permite a interposição do recurso de apelação, mas no presente estudo vamos

nos ater à decisão de mérito, para evitar um trabalho mais extenso, inviável à publicação.

Como mencionado anteriormente, o Recurso Especial é um recurso extremo, interposto contra julgado de Tribunal Estadual ou Federal em última instância, quando ofendida Lei Federal, julga-se válida lei ou ato do governo local em face de lei federal, ou esta é interpretada de maneira diversa de outro Tribunal (artigo 105, III, da Constituição Federal).

Tem esse recurso a finalidade de reexame da decisão recorrida nas referidas hipóteses constitucionais, a fim de manter uniformizado o entendimento da lei federal no País. Não pode esse recurso ser confundido com o exercício do terceiro grau de jurisdição, mas deve ser entendido como uma instância especial para, reiterando, manter a uniformidade da interpretação da lei e da jurisprudência.

Assim, como se denota da previsão constitucional de cabimento do Recurso Especial, o primeiro e mais importante requisito para admissibilidade do Recurso Especial é a existência de uma decisão colegiada em única ou última

instância por um tribunal estadual ou federal.

Isso implica dizer que não cabe o Recurso Especial contra decisão que não seja proferida por Tribunal inferior, de forma colegiada.

Quando presente a possibilidade recursal, ante a existência de uma das hipóteses do artigo 105, III, da Constituição Federal, os requisitos de admissibilidade deste recurso estão previstos no Código de Processo Civil (artigo 1029), inovando a legislação processual ao admitir os recursos extremos (especial e extraordinário), ainda que exista algum vício formal, desde que não grave (artigo 1029, § 3º, do CPC).

O recurso extremo tem seu primeiro juízo de admissibilidade no próprio Tribunal “*a quo*” (artigo 1030, do CPC), onde foi proferido o acórdão recorrido, e, se negado seguimento ao mesmo, será possível à parte vencida interpor o agravo em recurso especial (artigo 1042, do CPC), que subirá ao Superior Tribunal de Justiça, independentemente de análise dos pressupostos processuais necessários.

Superado o primeiro juízo de admissibilidade do recurso especial, cabe ao ministro relator sorteado o segundo juízo de admissibilidade, e vencido este, o processo será julgado, aplicando-se o direito no caso (artigo 1034, do CPC).

Com isso, se reconhecida divergência jurisprudencial ou ofensa à lei federal, tem-se a última palavra nos autos quanto à questão infraconstitucional; vale dizer que é do Superior Tribunal de Justiça a interpretação final de um dispositivo legal infraconstitucional.

CONCEITO, FINALIDADE E POSSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Recurso Extraordinário, por sua vez, também é um recurso extremo, interposto contra julgado de Tribunal Estadual ou Federal em última instância, ou único juízo, quando ofendida a Constituição

Federal (artigo 102, III, da Constituição Federal).

A finalidade de reexame da decisão recorrida nas referidas hipóteses constitucionais é a de ter melhor interpretação da nossa Carta Magna. Igualmente, não pode esse recurso ser confundido com o exercício do terceiro grau de jurisdição, sendo uma instância especial para, reiterando, manter a uniformidade da interpretação da Constituição Federal.

Diverso do Recurso Especial, a admissibilidade do Recurso Extraordinário exige apenas uma decisão colegiada em única ou última instância, não necessariamente de um tribunal estadual ou federal. Os requisitos de admissibilidade deste recurso também estão no Código de Processo Civil (artigo 1029), desde que, igualmente, haja a possibilidade recursal (artigo 102, III, da Constituição Federal), e exista repercussão geral⁹⁹, consoante o

⁹⁹ “*Instituto processual pelo qual se reserva ao STF o julgamento de temas trazidos em recursos extraordinários que apresentem questões relevantes sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Foi incluído no*

ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulamentado pelos arts. 322 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pelos arts. 1.035 a 1.041 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).”

tratamento dado a esse instituto pela hodierna legislação processual (artigo 1035, do CPC).

Igual ao outro recurso extremo, este tem o seu primeiro juízo de admissibilidade no próprio Tribunal “*a quo*” (artigo 1030, do CPC), onde foi proferido o acórdão recorrido, e, se negado a ele seguimento, será possível à parte vencida interpor o agravo em recurso extraordinário (artigo 1042, do CPC), que subirá ao Supremo Tribunal Federal independentemente de análise dos pressupostos processuais necessários.

Além disso, superado o primeiro juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, cabe ao ministro relator sorteado o segundo juízo de admissibilidade, e vencido este, o processo será julgado, aplicando-se o direito no caso (artigo 1034, do CPC).

O conhecimento desse recurso, no entanto, é raro, ante a

jurisprudência defensiva aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, chegando ao ponto de não reconhecer a violação do devido processo legal, assegurado constitucionalmente, sob o fundamento de depender de apreciação da verificação de normas infraconstitucionais¹⁰⁰.

Entretanto, se reconhecida a ofensa à Constituição Federal, tem-se igualmente, a última palavra nos autos, aqui quanto à questão constitucional, vale dizer, a interpretação final de um dispositivo constitucional é do Supremo Tribunal Federal.

RECURSOS REPETITIVOS

A idéia deste novo instituto deriva da exigência processual de que os “*tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”¹⁰¹, o que é

(<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg>)

¹⁰⁰ “*Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido*

processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.” (ARE 748371 RG / MT, julgado em 06.06.2013, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes)

¹⁰¹ Artigo 926 do CPC.

perpetuado por meio de enunciados ou súmulas^{102 103}.

Não se trata de novel instituto do hodierno Código de Processo Civil, eis que no anterior já era conhecido¹⁰⁴, por força da Lei nº 11.418/2006, que acrescentou ao recurso extraordinário o requisito da repercussão geral, e da Lei nº 11.672/2008, que incluiu o instituto do recurso especial repetitivo. Contudo, foi no vigente CPC que se deu a unificação dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

A razão de ser desta norma é transparente, evitar que processos se arrastem por vários anos, por vezes, por mais de duas instâncias, para que, em um Tribunal, seja a sentença reformada, por ser diverso o entendimento do Tribunal. Com isso, ainda evita-se, principalmente, que casos análogos sejam julgados de forma diversa, causando aos

jurisdicionados uma sensação de injustiça, quando um é beneficiado pela decisão judicial e o outro não, embora idênticas as lides.

O artigo 928 do CPC, por sua vez, deixa claro que o julgamento de casos repetitivos pode ocorrer não apenas nas hipóteses de recurso especial e extraordinário repetitivos, mas também na hipótese de incidente de resolução de demandas repetitivas¹⁰⁵, importando afirmar que as teses podem ser firmadas também nos tribunais inferiores.

Tais teses, tanto em tribunais inferiores como em tribunais superiores, são formadas, teoricamente, a partir de reiterados processos com a mesma controvérsia da matéria exclusivamente de direito, que possam implicar “*risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*”¹⁰⁶¹⁰⁷, e sendo deferida a tese jurídica, esta será aplicada a todos os processos pendentes de julgamento e

¹⁰² Parágrafo primeiro de referido artigo 926 do CPC.

¹⁰³ Artigo 1036 do CPC, no caso de recursos especial e extraordinário repetitivos.

¹⁰⁴ Artigo 543-B, § 1º, e artigo 543-C, §§ 1º e 2º, do CPC/1973.

¹⁰⁵ Artigos 976 a 987, do CPC.

¹⁰⁶ Incisos I e II do artigo 976 do CPC.

¹⁰⁷ No caso de recursos especial e extraordinário repetitivos, há, também, a exigência de “*multiplicidade de recurso extraordinário ou especial com fundamento em idêntica questão de direito*”.

aos futuros, sob pena de reclamação¹⁰⁸
109.

Tais fatos não implicam que a tese não possa vir a ser revista¹¹⁰, na hipótese de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, e na hipótese de Recurso Especial Repetitivo. A revisão decorre de regulamentação do Regimento Interno do STJ, que trata como Revisão de Entendimento Firmado em Tema Repetitivo¹¹¹. No STF, o pedido de revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante está prevista, também, no seu Regimento Interno¹¹².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, foram tecidas algumas considerações que serão resgatas aqui de forma pontuada, a fim de facilitar a conclusão:

1. É inevitável à vida em sociedade o surgimento de conflitos de interesses, nem sempre por

belicoidade das partes, mas, muitas vezes, por diversidade de interpretação da lei que ampara o seu direito;

2. Essa diversidade de interpretação da lei, utilizada como fundamento jurídico na ação, ocorre também nas decisões judiciais, em que situações fáticas/jurídicas idênticas recebem decisões diferentes, causando aos jurisdicionados a sensação de tratamento desigual para situações iguais;

3. Nos tribunais inferiores, compostos que são de várias câmaras/turmas julgadoras, também há decisões diversas a recursos idênticos no aspecto fático-jurídico, aumentando o descontentamento dos jurisdicionados;

4. O Recurso Especial, que tem como finalidade a interpretação final da norma federal, ou a pacificação no entendimento jurisprudencial desta interpretação, possibilita,

consoante o disposto nos artigos 1039 e 1040, do CPC.

¹¹⁰ Artigo 986 do CPC.

¹¹¹ Artigos 256-S a 256-V, do Regimento Interno do STJ.

¹¹² Artigos 354-A a 354-G, do Regimento Interno do STF.

¹⁰⁸ Artigo 985 do CPC.

¹⁰⁹ Quando se tratar de recursos especial e extraordinário repetitivos, os recursos afetados serão considerados prejudicados se tiverem a mesma controvérsia ou serão decididos com a aplicação da mesma tese firmada,

igualmente, decisões diversas, ante, também, a existência de várias turmas julgadoras no Superior Tribunal de Justiça;

5. No Recurso Extraordinário, por sua vez, que tem o objetivo de dar à interpretação final da Constituição Federal, é inegável a possibilidade de decisões diversas, embora em menor grau, ante o menor tamanho do Supremo Tribunal Federal;

6. A idéia de serem adotadas teses em recursos repetitivos, portanto, tem o objetivo de evitar que haja decisões diversas para situações de fato e de direito idênticas, dando aos jurisdicionados uma segurança jurídica, além de evitar tratamento desigual para casos idênticos;

7. Ademais, com as teses firmadas em recursos repetitivos, há a possibilidade de diminuição dos litígios, ante o conhecimento prévio da interpretação da lei para o possível caso, e, assim, torna-se possível uma maior celeridade processual para os demais processos judiciais, diante da diminuição destes.

Assim, com o devido respeito aos contrários à possibilidade de serem firmadas teses em recursos

repetitivos, estas são insofismavelmente de grande importância para a verdadeira distribuição da Justiça, já que, nelas, a casos idênticos é dado o mesmo tratamento, além de acelerarem a prestação jurisdicional, com a não discussão insana sobre a interpretação da norma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JIMÉNEZ, Macarena Paz Gaete. “*Métodos alternativos de resolução de conflito*”, Universidade Alberto Hurtado, Santiago – Chile, Supremo Tribunal Federal do Brasil, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Macarena.pdf

Sítios consultados na internet
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg>

Julgado
Agravado em Recurso Extraordinário nº 748371 RG / MT, julgado em 06.06.2013, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes.

Textos Legais
Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal