



**UNIAnchieta**

Revista de

# DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ISSN 2674-5623.

## FICHA TÉCNICA

**Revista de Direito Processual Civil ISSN 2674-5623, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020**

**Capa:** Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

**Diagramação:** Gláucia Satsala

**Revisão:** Regiane Maria Pankoski

**Editora:** UNIANCHIETA

**Profa. Ma. Juliana Savoy Fornari**

*Diretora Acadêmica*

**Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos**

*Diretor de Graduação*

**Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada**

*Coordenador do Curso de Direito*

**Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo**

*Coordenador-adjunto do Curso de Direito*

**Prof. Dr. Mauro Alves de Araujo**

*Coordenador da Revista de Direito Processual Civil*

## CONSELHO EDITORIAL

**Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada** (Fadipa, TJSP)

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

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

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

**Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova** (PUC/SP, USF e FADIPA-UniAnchieta)

## PREFÁCIO

A crise de saúde que vivemos há um ano dificultou a coleta de material para a terceira edição de nossa Revista de Direito Processual Civil, mas, apesar do atraso, conseguimos editar essa nova edição com uma temática muito debatida na atualidade, daí a necessidade de dividir essa edição em três tomos.

O tema que será estudado nesta edição, nos três tomos, cuida do “*Garantismo Processual*”, que tem em no nosso corpo docente um dos mais fervorosos defensores, o professor Glauco Gumerato Ramos.

O professor Glauco é mais um dos egressos desta instituição de ensino, com uma trajetória profissional e acadêmica que demonstra a excelência do ensino de Direito, não deixando nosso curso a dever nada para as instituições de renome.

E graças ao professor Glauco, que não mediu esforços para obter o material necessário a essa edição e tema, e, pelo volume obtido, mister se fez a divisão em três tomos.

Daí ser indispensável o reconhecimento expresso ao trabalho deste professor, que aceitou, sem hesitar, a missão de elaborar a apresentação desta edição.

E não tem melhor pessoa para fazer essa apresentação, pois o professor Glauco, além de ser amigo dos autores dos artigos desta edição, com quem os conseguiu, também é um grande e efusivo defensor do “*Garantismo Processual*”.

Obrigado, professor Glauco.

Reiterando, boa leitura a todos e nossos agradecimentos 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**

## SUMÁRIO

<b>Apresentação.....</b>	<b>3</b>
<b>Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade (From “Assentos” to the precedents and its unconstitutionality) .....</b>	<b>6</b>
	<i>Araken de Assis</i>
<b>Democracias Frágeis e o Limite do Poder.....</b>	<b>25</b>
	<i>Antônio Carvalho Filho</i>
<b>Cabimento de Ação Rescisória por Suspeição: Uma Hipótese Escondida, Mas Presente no Direito Positivo Brasileiro.....</b>	<b>32</b>
	<i>Diego Crevelin de Sousa</i>
<b>O Fundamento do Ministério Público.....</b>	<b>51</b>
	<i>Eduardo José da Fonseca Costa</i>
<b>Cooperação processual: uma faceta do modelo inquisitorial de processo revestida e apresentada com ares de novidade.....</b>	<b>77</b>
	<i>Igor Raatz</i> <i>Natascha Anchieta</i>
<b>Garantismo Processual versus “Neoprocessualismo”: As Iniciativas probatórias oficiosas são constitucionais? O problema do ônus da prova é um problema de aplicação do Direito .....</b>	<b>86</b>
	<i>Leo Rosenberg</i> <i>Júlio César Rossi</i>
<b>Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? ....</b>	<b>109</b>
	<i>Lúcio Delfino</i>
<b>Processo e Ideologia (em sentido amplo e estrito): Um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual.....</b>	<b>125</b>
	<i>Mateus Costa Pereira</i>
<b>Patrono póstumo da Escola Brasileira de Garantismo Processual: José Joaquim CALMON DE PASSOS.....</b>	<b>138</b>
	<i>Glauco Gumerato Ramos</i>

## APRESENTAÇÃO

### (Tomo I)

Não há Faculdade de Direito no Brasil que esteja difundindo com tanta profusão os saberes próprios do GARANTISMO PROCESSUAL como a [além]cinquentenária FADIPA, minha *Alma mater*. E isso, reconhecamos, é um feito notável!

É notável porque o ensino do *direito processual* [civil ou penal] em nosso país segue um modelo onde se [ultra]valoriza a *jurisdição* (=Poder) em detrimento do *devido processo* (=Garantia). É comum que seja ensinado aos *Moços* que o processo é um “instrumento” da jurisdição, e não uma “garantia” contra o poder estatal que ela representa, e que invariavelmente atinge a esfera de liberdade das pessoas físicas ou jurídicas que integram a sociedade civil.

A abertura à temática *processual-garantista* novamente se faz presente, desta vez aqui na *Revista de Direito Processual Civil* da FADIPA, coordenada pelo Prof. Dr. MAURO ALVES DE ARAÚJO, ex-orientando do professor DONALDO ARMELIN, quando cursou mestrado e doutorado em processo civil na PUC-SP nos anos noventa. Generosamente, o Coordenador da *Revista* permitiu-me convidar autores, com viés sinlugar de abordagem, para recheá-la. Solicitei textos a juristas integrantes daquilo que hoje vem sendo chamada de *Escola Brasileira de Garantismo Processual*. Maiores informações sobre ela poderão ser encontradas no último texto deste volume.

O fato é que vários textos chegaram-me às mãos. A partir daí, o Professor MAURO permitiu-me apresentá-los em três *tomos*. O *Tomo I* está aqui, neste volume representativo do primeiro semestre do *pandêmico* ano de 2020; o *Tomo II*, no volume referente ao segundo semestre; o *Tomo III*, representará o volume do primeiro semestre do [*ainda pandêmico*] ano de 2021. Em miúdos: dentro dos volumes de nossa *Revista de Direito Processual Civil* haverá *três tomos*, onde estarão publicados autores e textos com estilo argumentativo próprio, o que os identifica com o GARANTISMO PROCESSUAL. Mais um feito notável, pois.

Inaugura o *Tomo I*, texto do ilustre ARAKEN DE ASSIS, professor emérito da PUC-RS. Trata-se de uma das maiores referências do direito processual civil no país, sendo autor de livros magnos de nossa disciplina. Dentre os inúmeros títulos que ostenta o professor ARAKEN, destaco o fato de ele ser Membro Honorário da *Associação Brasileira de Direito Processual* (ABDPRo).

Os textos que seguem foram produzidos por estudiosos que são mestres e/ou doutores e/ou pós-doutores, dentre advogados, juízes e procuradores. São, ainda, integrantes ou dirigentes de instituições que congregam processualistas. A qualificação completa de cada um poderá ser checada nos respectivos artigos, já no corpo da *Revista*.

Nomeio-os em ordem alfabética e indico as respectivas atuações profissionais práticas e alguma titulação. Tudo para que o leitor de nossa *Revista* pressinta o que estará por ler ao saber do título do respectivo artigo, que vem informado na sequência. Vamos lá:

- ANTONIO CARVALHO FILHO, juiz de direito no Paraná, mestre pela Universidade de Coimbra, doutorando PUC-SP: *Democracias frágeis e o limite do poder*.

- DIEGO CREVELIN, advogado, mestre pela Universidade Federal do Espírito Santo: *Cabimento da ação rescisória por suspeição: uma hipótese escondida, mas presente no direito positivo brasileiro*.

- EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, juiz federal [TRF-3], doutor PUC-SP, pós-doutor UNISINOS: *O fundamento do Ministério Público*.

- IGOR RAATZ e NATASCHA ANCHIETA, advogados, respectivamente doutor e pós-doutor UNISINO e doutoranda UNISINOS: *Cooperação processual: uma faceta do modelo inquisitorial do processo revestida e apresentada com ares de novidade*.

- JULIO CÉSAR ROSSI, Advogado da União, doutor PUC-SP, pós-doutor UNISINOS: *Garantismo Processual versus “Neoprocessualismo”: As iniciativas probatórias oficiosas são constitucionais?*

- LÚCIO DELFINO, advogado, doutor PUC-SP, pós-doutor UNISINOS: *Como construir uma interpretação Garantista do processo jurisdicional?*

- MATEUS COSTA PEREIRA, advogado, doutor Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP): *Processo e Ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual*

Fecha o *Tomo I*, texto no qual pontuo o que se deve entender por *Escola Brasileira de Garantismo Processual*, ao mesmo tempo em que evoco a memória de José Joaquim CALMON DE PASSOS, cujo centenário de nascimento foi comemorado em 2020.

Aqui, se lerá reflexões jurídicas sintonizadas com o *processual-garantismo*, onde o *fio de ouro* a coser os respectivos discursos é o irrestrito respeito ao *due process of law*, que a supremacia da Constituição nos GARANTE diante do poder.

Despeço-me, não sem antes agradecer, penhoradamente, a abertura que o Prof. Dr. MAURO ALVES DE ARAÚJO dá ao *Garantismo Processual* na *Revista* da FADIPA por ele coordenada.

Jundiaí, março de 2021.

**Glauco Gumerato Ramos**

Professor de Direito Processual Civil da FADIPA.

Egresso de sua “*Gloriosa 25ª Turma* (1997)”

**DOS ASSENTOS AOS  
PRECEDENTES E SUA  
INCONSTITUCIONALIDADE  
(FROM “ASSENTOS” TO THE  
PRECEDENTS AND ITS  
UNCONSTITUTIONALITY)**

*Araken de Assis<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente estudo investiga as origens do Instituto dos “Assentos” no Direito Português e sua repercussão no Direito Brasileiro até a República. Após explicar os mecanismos que os substituíram no regime republicano, o estudo estabelece que as mesmas razões de incompatibilidade que repeliram os “Assentos” afetam os precedentes vinculantes na forma do art. 927 do CPC vigente.

**ABSTRACT:** This present study investigates the origin of the statutory “Assentos” of Portuguese Legal System and its repercussion in Brazilian laws to the Republican time. After explaining the procedures that replaced it in the republican regime, this study establishes that the same reasons of incompatibility that repelled the “Assentos” affect the binding precedents of art. 927 of the current CPC.

---

<sup>1</sup> Professor Emérito e Professor Titular (aposentado) da PUC/RS (Graduação e Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito pela PUC/SP. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

## INTRODUÇÃO

A uniformidade na interpretação e na aplicação do direito é tanto um bem jurídico altamente desejável, quanto um antigo problema de política legislativa. Variadas soluções buscaram debelar, no tempo e no espaço, a falta de harmonia entre julgados do mesmo e de diferentes órgãos judiciários. O mal é mais profundo do que se poderia supor, conforme demonstra sua sobrevivência, e resistiu a remédios heterogêneos. A desarmonia nas decisões descansa no modo pelo qual, nos ordenamentos filiados à *Civil Law*, os homens e as mulheres que ocupam a função judicante, encaram a sua missão social.

A partir do final do Século XIX, vingou a tese que a solução dos litígios, porventura ocorridos na sociedade, mais interessava ao Estado do que aos próprios desavindos, razão por que o órgão instituído para compor a divergência deveria receber fortes e amplos poderes de direção formal do processo. Essa é a premissa do processo civil autoritário ou “social”. Nada obstante, subsistiram determinadas características liberais (v.g., a iniciativa de formar o processo não compete ao órgão judicial). Uma delas interessa ao nosso problema. À pessoa investida na função judicante, com o fito de assegurar-lhe

desempenho a contento das suas atividades, há de se reconhecer independência jurídica em dois sentidos complementares: (a) no âmbito do processo, compete-lhe selecionar a norma porventura aplicável ao litígio, geralmente apenas no momento de decidir a causa, embora o art. 357, IV, do CPC brasileiro de 2015, ao exigir a delimitação das questões de direito na oportunidade do saneamento do processo, antecipe para essa fase a seleção da norma e de suas possíveis variantes, conforme o resultado da instrução; (b) fora do processo, apesar do vínculo administrativo e hierárquico que relaciona o magistrado ao respectivo tribunal e aos tribunais superiores, a ninguém cabe ministrar-lhe instruções e sugestões no modo de julgar a causa, aplicando o direito objetivo.<sup>2</sup> Essa última possibilidade parece improvável e teórica. Porém, cumpre recordar sugestivo exemplo histórico: na Alemanha Nazista (1933-1945), o Ministro da Justiça do Reich expedia as, tristemente, célebres “cartas aos juízes”, exigindo-lhes determinadas orientações.<sup>3</sup>

Em virtude dessa autonomia, sem dúvida desejável no Estado Constitucional Democrático, a jurisprudência dominante, como fator de produção de sentido da norma, é mais que uma recomendação e menos que uma ordem. A força

do precedente, incluindo os provenientes dos tribunais superiores, é contida pelo caráter voluntário do seu acatamento. Essa liberdade na formação da convicção, quer na condução do processo, quer na formulação da regra jurídica, concreta e ulterior realização prática, constitui a fonte do problema inicialmente identificado: a heterogeneidade das decisões em casos substancialmente idênticos. Cuida-se de efeito colateral perverso, porque compromete seriamente o direito fundamental da igualdade (art. 5.º, *caput*, da CF/1988). E, na sociedade pós-moderna, atrapalha os cálculos dos agentes econômicos, tornando imprevisíveis os julgamentos. Às vezes, a sorte do litigante na causa dependerá dos azares da distribuição ao juízo X ou ao juízo Y, porque o primeiro adota entendimento favorável à tese Z, rejeitada pelo segundo.

A par de outros instrumentos de uniformização, a República confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de sobreposição tanto da Justiça Federal, então instituída, quanto da Justiça Ordinária ou Comum, a cargo dos Estados-membros, a uniformização na aplicação no direito constitucional e do direito federal. A via de impugnação hábil para o STF desempenhar essas elevadas funções chama-se recurso extraordinário. Em virtude do volume de serviço

---

<sup>2</sup> Araken de Assis, *Processo civil brasileiro*, v. 2, t. 2, n.º 923, p. 867.

---

<sup>3</sup> Peter Böhn, *Processo civile e ideologia nello stato*

do STF – inicialmente, funcionou como órgão de segundo grau da Justiça Federal –, ou da sua insolúvel “crise”, a CF/1988 passou a uniformização do direito federal ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), servindo de instrumento primário o recurso especial.

Ora, o esquema de encarregar um tribunal superior de uniformizar a jurisprudência dos tribunais inferiores não logrou sucesso. Nem sequer se verifica harmonia absoluta nos julgados dos próprios tribunais superiores. Por isso, na primeira metade do Século XX, criou-se recurso específico visando a debelar a divergência intestina, admitida a divisão do STF em turmas – questão outrora polêmica –,<sup>4</sup> ou seja, julgados divergentes de órgãos fracionários do próprio tribunal encarregado da uniformização: os embargos de divergência. E, como não raro os julgamentos do mesmo órgão fracionário variam ao longo do tempo, modificada ou não sua composição, o STF viu-se compelido a exigir diversidade orgânica, estabelecendo em sua Súmula, n.º 353, a inadmissibilidade desse recurso quando fundando em “decisões divergentes da mesma Turma do Supremo Tribunal Federal”.<sup>5</sup>

O último dado é inquietante – idêntico órgão fracionário, ignorando sua finalidade

precípua de uniformizar e de assegurar a integridade do direito, julga diferentemente causas semelhantes –, mas integra a cultura do “espaço lusófono”, no qual a jurisprudência é “particularmente instável”.<sup>6</sup> A divergência intestina recebeu franca explicação no direito português. E tem muito a ver, como já assinalado, com a ideologia prevalecente no corpo de magistrados. Com efeito, instituído um Tribunal Supremo, no caso brasileiro, e quanto ao direito infraconstitucional, o STF até 1988, caberia à semelhante corte dizer, “a propósito de cada caso particular, em que sentido devia a lei ser interpretada e aplicada; os tribunais inferiores teriam de acatar as determinações do Supremo em relação ao caso em litígio; e era natural e presumível que também as seguissem em casos semelhantes que no futuro se apresentassem”. Porém, cuidava-se de ilusão, logo desvanecida, porque “os juízes sobrepuseram os seus pontos de vista pessoais às aspirações e diretivas vindas do alto; em vez de cultivarem o espírito de corporação e da colegialidade, reivindicaram, como bem supremo, o princípio individualista da liberdade de opinião. Formados nesta escola, quando chegavam ao Supremo Tribunal de Justiça tinham criado mentalidade e hábitos pouco adequados para o sacrifício do juízo individual aos interesses da corporação de que

---

nazional-socialista, n.º 2, p. 628.

<sup>4</sup> Araken de Assis, **Manual dos recursos**, n.º 89, p. 981.

<sup>5</sup> Idem, ob. cit., n.º 98.2, p. 993.

faziam parte. Em vez de subordinarem o seu critério próprio às tradições e à doutrina do Tribunal, continuavam a afirmar a sua independência e a sua liberdade de julgamento”.<sup>7</sup> É, segundo o maior dos processualistas lusos, o “reverso da medalha” da independência jurídica, fortemente aumentada pelo já mencionado fator cultural.

O propósito do presente estudo é o de revisitar o instituto dos assentos de origem lusitana, talvez o mais efetivo remédio de uniformização, a adoção da figura no direito brasileiro e a constitucionalidade da vinculação dos órgãos judiciários inferiores às teses jurídicas firmadas nos Tribunais Superiores e prevista no art. 927 do CPC.

## **1. Origem e evolução dos assentos no direito português**

Remontam os assentos às façanhas do direito medieval.<sup>8</sup> Em tal conjuntura histórica, preexistentes regras consuetudinárias gerais e especiais,<sup>9</sup> a façanha constituía julgado sobre caso notável e duvidoso que, em virtude da autoridade

do julgador e da sua aprovação, tornava-se direito a ser imitado no futuro. Nas Ordenações Manuelinas (Livro 2, Título 17, § 23), eram as façanhas consideradas fontes do direito, já se visualizando o enfraquecimento da antiga prerrogativa real, a interpretação autêntica das leis, haja vista as numerosas atribuições do monarca. Já nas Ordenações Filipinas (Livro 1, Título 1, § 5.º), previu-se que, havendo dúvida entre os Desembargadores da Casa de Suplicação, iram com o Regedor à Mesa Grande – dir-se-ia, atualmente, o Tribunal Pleno –, a fim de conjurar a dúvida, e decidida a causa, o Regedor consignaria a tese no livro da Relação, “para depois não vir em dúvida”. Esse assento no “livrinho” (Ordenações Manuelinas, Livro 5, Título 58, § 1.º), posteriormente Livro Verde, equivalia à façanha medieval, reproduzindo Manuel de Almeida e Souza a seguinte definição: “Chamavam Façanha ao Juízo, ou Assento, que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso, que por autoridade de quem a fez, e dos que o aprovarão, ficou servindo como de Aresto para se imitar, e seguir como Lei, quando outra vez acontecesse”.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, v. 1, n.º 176, p. 622.

<sup>7</sup> José Alberto dos Reis, *Código de Processo civil anotado*, v. 6, p. 235.

<sup>8</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, v. 1, n.º 176, p. 622

<sup>9</sup> José Rogério Cruz e Tucci, *Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*, p. 188.

---

<sup>10</sup> Manuel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil*, v. 1, p. 1.

Esses assentos adquiriram força idêntica à da lei interpretada, projetando força vinculativa nos casos vindouros.<sup>11</sup>

A Lei da Boa Razão, de 18.08.1796, estabeleceu que, relativamente aos estilos da Casa de Suplicação, ou seja, a prática dos juízes nos tribunais, vigorariam os que resultassem de assento.<sup>12</sup> E, reafirmando a competência exclusiva da Casa de Suplicação para esse fim, aumentou-lhe os casos, tomando-se assento por glosa do Regedor-Mor, criado por Lei de Dom João III, de 10.10.1534, feita quando do registro do julgamento da Casa de Suplicação, mediante a aposição de selos, caso em que o julgado submetia-se a juízo de retratação ou, mantida a decisão, reenviava-se causa a outros juízes para novo julgamento. Nas duas hipóteses, lavrar-se-ia assento, fixando a “inteligência geral e perpétua da lei em comum benefício”. E, igualmente, contemplou o assento tirado em razão da divergência dos advogados quanto à lei aplicável à causa.<sup>13</sup>

Em termos gerais, e abstraindo o caso particular do Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, transformado em Casa de Suplicação do Brasil, a partir de Alvará de 10.05.1808, em decorrência da transferência da Corte de Lisboa

para o Rio, o regime dos assentos vigorou formalmente até a criação do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em 1822. A rigor, a Casa de Suplicação subsistiu até 10.07.1833, quando se transformou no Tribunal de Relação de Lisboa, instalando-se o Supremo Tribunal de Justiça somente em 14.09.1833. Assim, na prática, mais assentos foram tirados, efetivamente cessando sua edição em 1832.<sup>14</sup> A criação de tribunal supremo alterou o sistema. Ao Supremo Tribunal de Justiça competiria, mediante recurso de revista, em princípio cabível das sentenças proferidas pelos Tribunais de Relação, nos casos de nulidade e de injustiça notória, desconstituir a decisão impugnada e, mediante reenvio, encarregar outro Tribunal de Relação de julgar a causa. Nesse aspecto, há inegável similitude com o recurso de cassação de modelo francês, por sinal também adotado para o recurso de revista a cargo do Supremo Tribunal de Justiça brasileiro, este criado em 1828.

O fato é que esse sistema, baseado na persuasão dos julgados do Supremo Tribunal de Justiça, rendeu escassos frutos em termos de uniformização. Após algumas iniciativas goradas, incluindo extravagante reunião dos integrantes do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Relação em assembleia, com o intuito de arrolar

---

<sup>11</sup> José Rogério Cruz e Tucci, **Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito**, p. 133.

<sup>12</sup> António Menezes Cordeiro, **Tratado de direito civil**, v. 1, n.º 176, p. 624.

---

<sup>13</sup> José Rogério Cruz e Tucci, **Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito**, p. 141.

as dúvidas e remeter relatório para o Governo disciplinar, o assunto legislativamente, no fim do Século XIX, e da breve instituição de recurso para o Tribunal Pleno diante de duas decisões contraditórias (Decreto 4.620, de 13.07.1918), o direito português voltou, outra vez, ao esquema de assentos. O art. 66 do Decreto 12.353, de 22.09.1926, previu que, havendo dois acórdãos contraditórios do Supremo Tribunal de Justiça, cabia recurso para o plenário e, firmada a tese jurídica correta, o acórdão era obrigatório para os tribunais inferiores e o próprio Supremo Tribunal de Justiça, ressalvada modificação posterior, sob certas condições, por outro acórdão da mesma procedência. Em caso de descumprimento da orientação fixada, nas instâncias ordinárias, “é claro que não há outro remédio de direito senão o recurso. Tudo se passa como se o tribunal decidisse contra lei expressa”.<sup>15</sup> Essa opinião favorável repercutiu no CPC português de 1939, cuja concepção se deve ao mesmo autor. Assim, a teor do art. 763 desse diploma, demonstrada a existência de dois acórdãos opostos sobre a mesma questão de direito, o vencido poderia recorrer ao Tribunal Pleno. Findo o julgamento, editava-se o assento a respeito da questão julgada, definindo a interpretação correta da norma aplicável à causa, vinculando os tribunais

---

<sup>14</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, v. 1, n.º 176, p. 624.

inferiores e o próprio Supremo Tribunal de Justiça. Resolvido o conflito de jurisprudência, sobrevém a jurisprudência uniforme, distinta da jurisprudência imutável, pois o assento comportará revisão e alterações posteriores, adaptando-se a novas circunstâncias.<sup>16</sup> Não se modificou o quadro, substancialmente, com o advento do CPC português de 1961. O art. 2.º do CC português de 1966 localizou os assentos, considerados “doutrina com força obrigatória geral”, dentre as fontes do *ius positum*.

Antes de examinar as vicissitudes posteriores dos assentos na legislação portuguesa, culminando com a declaração de inconstitucionalidade e a revogação do mencionado dispositivo, convém examinar a recepção dos assentos no Brasil.

## 2. Recepção dos assentos no direito brasileiro

O Tribunal de Relação do Rio de Janeiro foi criado em 1751. Era instância intermediária entre os juízos de primeiro grau (juízes ordinários, juízes de fora e ouvidores) e a Casa de Suplicação instalada em Lisboa até 1808.<sup>17</sup> À semelhança de

---

<sup>15</sup> José Alberto dos Reis, *Breve estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*, n.º 49, p. 267.

<sup>16</sup> José Alberto dos Reis, *A função do Supremo Tribunal de Justiça segundo o Código de Processo Civil português*, n.º 11, p. 402.

<sup>17</sup> Arno Wehling e Maria José Wehling, *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*, p. 177.

seus congêneres portugueses, arvorou-se a prerrogativa de ditar assentos, possibilidade cortada pela Lei da Boa Razão (1796). Chegando à Corte ao Rio de Janeiro, o Alvará de 10.05.1808 transformou esse tribunal na Casa de Suplicação do Brasil, com as mesmas prerrogativas da corte de Lisboa, dispondo o art. 1.º: “A Relação desta Cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil e será considerada como Superior Tribunal de Justiça, para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso que não seja o das revistas nos termos restritos do que se achada disposto nas minhas Ordenações, Leis e mais disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa de Suplicação de Lisboa”. Era natural que, sendo a Casa de Suplicação o mais alto tribunal do Reino, “e tendo, por outro lado, de funcionar onde estivesse a Corte, em caráter permanente, aqui se instalasse ela desde logo”.<sup>18</sup>

Da disposição transcrita, inferiu-se a possibilidade de a Casa de Suplicação do Brasil tirar seus próprios assentos.<sup>19</sup> Nenhuma notícia mais concreta se tem acerca do uso da prerrogativa. E se há algum indício consistente, a circunstância de o art. 1.º do Decreto 2.684, de

23.10.1875, conferir força de lei aos “assentos tomados na Casa de Suplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até à época da Independência”, salvo os revogados por legislação posterior, insinua o imobilismo do Rio de Janeiro. Nenhuma referência há aos assentos da Casa de Suplicação do Brasil. É de se presumir, já instalado o Supremo Tribunal de Justiça, a necessidade de incorporar, no mínimo, os assentos tomados até 1822, se existentes, senão até o funcionamento efetivo deste último tribunal, substituto da Casa de Suplicação. A omissão induz a inexistência de tais teses jurídicas da Casa de Suplicação do Brasil.

A Casa de Suplicação do Brasil chegou a ser extinta pelas Cortes portuguesas (Lei de 13.01.1822), mas, repelindo tal ingerência, Dom Pedro I, funcionou regularmente até depois Independência. A Constituição do Império, no seu art. 164, III, recepcionou o venerando recurso de revista (Ordenações Filipinas, Livro 3, Título 95), instituindo, ademais, o Supremo Tribunal de Justiça (art. 163), em substituição à Casa de Suplicação. A Lei de 18.09.1828 organizou o Supremo Tribunal de Justiça do Império, ocorrendo sua instalação em 1829. Nessa organização judiciária, como aconteceu no direito português, o remédio instituído para uniformizar a aplicação do direito era o recurso de revista. A

---

<sup>18</sup> José Gomes Bezerra Câmara, **Subsídios para a história do direito pátrio**, t. 2, p. 19.

---

<sup>19</sup> José Rogério Cruz e Tucci, **Perspectiva histórica do**

Constituição Imperial de 1828 repetiu a fórmula da Lei portuguesa de 03.11.1768, prevendo a revista nos casos de nulidade manifesta e de injustiça notória, reafirmando essas hipóteses o Decreto de 20.12.1830.<sup>20</sup>

Aqui cabe uma digressão, sem prejuízo do salto histórico. O recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça do art. 164, III, da Constituição Imperial de 1823 não se confunde com o recurso homônimo previsto no CPC brasileiro de 1939.<sup>21</sup> A revista do primeiro código unitário, e, *a fortiori*, o prejudgado, também aí previsto, objetivavam dissipar, no primeiro caso, e prevenir, no segundo, a divergência intestina dos tribunais de segundo grau, revelando a subsistência da aspiração à uniformização.<sup>22</sup> Consagrado semelhante recurso nas leis processuais do antigo Distrito Federal (Rio de Janeiro) e de São Paulo, a Lei 319, de 15.11.1937, já unificada a competência legislativa quanto ao direito processual civil na União, e, por fim, o art. 853 do CPC brasileiro de 1939, adotaram esse meio de uniformização. Em sua feição moderna e republicana, o recurso de revista visava a uniformizar a jurisprudência interna do tribunal, relativamente às teses jurídicas, pouco importando a matéria (privada ou pública) objeto

---

*precedente judicial como fonte do direito*, p. 146.

<sup>20</sup> Mário Guimarães, *Recurso de revista*, n.º 1, p. 8.

<sup>21</sup> Alcides de Mendonça Lima, *Recurso de revista no Supremo Tribunal Federal*, pp. 45-46.

do dissídio.<sup>23</sup> O remédio não funcionou como desejado, granjeando má fama e carreando forte antipatia dos seus contemporâneos.<sup>24</sup> Um dos críticos mais contundentes, escrevendo sobre a revista vigente no antigo Distrito Federal, antes do CPC brasileiro de 1939, verberou o seguinte: “Inútil, demorada, indigesta a revista, tal como a temos, é a mais ornamental homenagem que se pode tributar à chicana. Imprestável a mais não poder, atravancou o nosso mais alto tribunal local, roubando aos juízes e aos recorridos (vítimas desse absurdo a que se deu honras de remédio judiciário) tempo, paciência e dinheiro; multiplicou, sem proveito algum para a justiça, os trabalhos forenses, mantendo em situação instável e intranquila centenas de soluções definitivas com acerto pela justiça ordinária”.<sup>25</sup>

Seja qual for o juízo a respeito da revista, guardava coerência com a estrutura federada do Estado, pois a revista uniformizaria a jurisprudência no território do Estado-membro, além de dar a última palavra sobre direito o local, enquanto o recurso extraordinário uniformizaria a

---

<sup>22</sup> Lênio Luiz Streck, *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*, p. 101.

<sup>23</sup> Hamilton de Moraes e Barros, *A revista no sistema do Código de Processo Civil*, n.º 18, p. 19. No mesmo sentido, Vercingetorix de Castro Gams, *Recurso de revista*, n.º 1, p. 3; Vicente de Faria Coelho, *Recurso de revista*, n.º 14, p. 59.

<sup>24</sup> Em sentido contrário, entretanto, Pontes de Miranda, *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*, p. 201.

<sup>25</sup> Oscar da Cunha, *Breves considerações sobre o Código de Processo Civil brasileiro*, n.º 41, pp. 83-84.

jurisprudência entre os Estados.<sup>26</sup> E, de toda sorte, a função desempenhada pela revista não desapareceu inteiramente, pois os embargos de divergência, previstos no direito vigente (art. 994, IX, do CPC brasileiro de 2015), visam a eliminar as divergências entre os órgãos fracionários do STF e do STJ.

Igualmente, frustrou-se o prejudgado, ou assento atenuado,<sup>27</sup> inicialmente contemplado no art. 165, § 2.º, do Decreto 16.274, de 1923, para a Justiça do antigo Distrito Federal (Rio de Janeiro), definido no art. 861 do CPC brasileiro de 1939 como “pronunciamento prévio das Câmaras Reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou pode ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou Turmas”. Faltava-lhe efeito vinculativo: uniformizada a interpretação do direito num caso concreto, apesar dos grandes esforços e da imensa perda de tempo, jamais ficaram inibidos, no julgamento de processos futuros e similares, os pronunciamentos de teor contrário ao prejudgado. E na modesta finalidade de corrigir a divergência já instalada, surgia outro defeito congênito: reparava-se tão só o erro verificado no caso sob julgamento, porque verdadeira e exata a tese discrepante pretérita; todavia, não há meio para alterar os casos

anteriormente julgados, reputando-se verdadeira a tese discrepante encapada no julgamento em curso.<sup>28</sup> O prejudgado sobrevive camuflado no art. 947, § 4.º, do CPC brasileiro de 2015, ao menos sob a forma de afetação da competência pelo órgão fracionário do tribunal assinalado no regimento interno, no intuito de prevenir divergência entre turmas e câmaras.

Volvendo à antiga revista, persistindo a necessidade de uniformização da jurisprudência, e não estabelecendo a Constituição Imperial de 1823 providência concreta para estabelecer a unidade da jurisprudência nacional,<sup>29</sup> retomaram-se os assentos. Como já adiantado, o art. 1.º do Decreto 2.684, de 23.10.1875, emprestou força de lei aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, editados até 1822, sem prejuízo dos casos julgados contra ou conforme ditos assentos. E o art. 2.º, do mesmo diploma, autorizou o Supremo Tribunal de Justiça tomar assento para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, ocorrendo divergências no mesmo Tribunal, Relações e juízos de primeiro grau nas causas de alçada, exigindo-se o quórum qualificado de dois terços dos integrantes da Corte. É estranhável, para dizer o mínimo, importar a “jurisprudência

---

<sup>26</sup> Alfredo Araújo Lopes da Costa, **Direito processual civil brasileiro**, v. 3, n.º 221, p. 189.

---

<sup>27</sup> Álvaro Villaça de Azevedo, **Assentos e uniformização da jurisprudência (direito processual civil)**, n.º 4, p. 208.

<sup>28</sup> José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5, n.º 4.

<sup>29</sup> José Frederico Marques, **Instituições de direito processual civil**, v. 4, n.º 926, p. 103.

vinculante” de outro País,<sup>30</sup> aplicando-a *lex loci*, embora o exportador e o importador comungassem, até certo ponto, das fontes formais do direito. Em seguida, o Decreto 6.142, de 10.03.1876, disciplinou em pormenores (a) o procedimento, precisando a natureza e alcance do dissídio; (b) a legitimidade para provocar a uniformização (o art. 4.º, II, legitimou o Instituto da Ordem dos Advogados para semelhante finalidade); (c) o procedimento do julgamento; (d) a publicidade do assento; e, por fim, (e) a incorporação da norma à coleção das leis imperiais. O Supremo Tribunal de Justiça do Império jamais exerceu esse poder, supostamente por inclinações conservadoras.<sup>31</sup>

Na realidade, o Decreto 2.684 de 1875 foi mal recebido e, ao mesmo tempo que censurava o Supremo Tribunal de Justiça de desconhecer a “revista de graça especialíssima” e ater-se rigidamente às alçadas, Teixeira de Freitas assim se manifestou: “... como se o Supremo Tribunal de Justiça correspondesse à velha Casa de Suplicação, como se a interpretação autêntica das leis fosse da competência do poder judiciário, como se o poder legislativo pudesse delegar uma das suas constitucionais atribuições”.<sup>32</sup>

Proclamada a República em 1889, a

<sup>30</sup> Marcelo Alves Dias de Souza, **Do precedente judicial à súmula vinculante**, n.º 122, p.180.

<sup>31</sup> Paulo Macedo Garcia Neto, *O Judiciário no crepúsculo do Império (1871-1889)*, n.º 5, pp. 126-127.

<sup>32</sup> Augusto Teixeira de Freitas, *Alçadas*, p. 390.

estruturação Estado federal brasileiro mudou a orientação. Antes mesmo da CF/1891, o Decreto 848, de 11.10.1890, organizou a Justiça Federal, encimada pelo STF, e disciplinou o procedimento das causas cíveis e criminais. Inspirado no *Judiciary Act* norte-americano, de 1789, e no *writ of error* como meio de acesso à Suprema Corte (atualmente substituído pelo *writ of certiorari*), o art. 9.º, parágrafo único, do Decreto 848/1980, criou um recurso (inominado) para o STF, “quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão”. A designação de “recurso extraordinário” para esse meio de impugnação surgiu no art. 33, § 4.º, do RISTF, de 08.02.1891. Em seguida, a nomenclatura (“recurso extraordinário”) apareceu no art. 678, *d*, e no art. 744 do Dec. 3.084, de 05.11.1898, que consolidou as leis referentes à Justiça Federal, e no art. 24 da Lei 221, de 20.11.1894, diploma dotado de propósitos similares.

É tão intensa e marcante a influência norte-americana, nos albores da República, que o esquecido art. 386, segunda parte, do Decreto 848/1890, admitiu como fonte subsidiária do direito pátrio, em caso de lacuna, “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de

*common law* e *equity*”, no respeitante à jurisprudência e ao processo federais. Eis aí, posto que sob forma subsidiária, a origem do sistema de precedentes, mas sem maiores reflexos práticos. Poucos juízes e advogados dominavam a língua inglesa e a consulta aos repertórios (físicos, bem entendido) da jurisprudência norte-americana ou inglesa era particularmente difícil.

Não ficaria completo o quadro esboçado sem menção ao art. 519 do Anteprojeto de CPC, concebido por Alfredo Buzaid, no âmbito do incidente de uniformização de jurisprudência. Esse dispositivo prescrevia que, julgado o incidente, o presidente do Tribunal baixaria um assento, refletindo o entendimento esposado, o qual ostentaria “força de lei, em todo o território nacional”, quarenta e cinco dias depois da sua publicação no diário oficial. Essa sistematização da matéria foi rejeitada, “antes de mais nada, por ser inconstitucional”.<sup>33</sup> Em seu lugar, inspirado na súmula de jurisprudência dominante do STF, sobreveio o incidente de uniformização dos arts. 476 a 479 do CPC brasileiro de 1973, cujo julgamento, tomado por maioria absoluta de votos, fixaria determinada tese jurídica, passível de se transformar em súmula, constituindo “precedente na uniformização da jurisprudência” (art. 479, *caput*, parte final, do CPC de 1973). A despeito de o texto sugerir eficácia vinculante,

tomando-se a palavra precedente no sentido mais comum, semelhante proposição não vingou, dentre outras razões porque descabido “reintroduzir no Código, por via exegetica, uma eiva de que o texto se purgou a tempo”.<sup>34</sup> Assim, na opinião prevalecente, a norma vincularia o órgão julgador da espécie; porém, relativamente aos casos futuros, era imperativa só para o órgão uniformizador, “ressalvado sempre o seu poder de revogá-la, implícita, ou tacitamente, desde que observado o procedimento de sua criação”.<sup>35</sup> O sistema não convidava à uniformização da interpretação das leis federais, pois a última palavra sobre tal matéria era do STF e, após sua criação, do STJ,<sup>36</sup> motivo bastante para a relutância inicial transformar-se em inércia e tornar o incidente pouco usual.

Como quer que seja, a República renegou o instituto dos assentos; na verdade, “arrebentou-se esse funcionamento autoritário da elaboração da lei, com o que, certamente, ganhou a evolução social. O Supremo Tribunal Federal não teve o poder da antiga Casa de Suplicação ou do Supremo Tribunal de Justiça”.<sup>37</sup>

Por outro lado, o insucesso da

---

<sup>33</sup> José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5, n.º 5, p. 7.

<sup>34</sup> *Idem*, ob. cit., n.º 20, p. 27.

<sup>35</sup> José de Albuquerque Rocha, **O procedimento da uniformização da jurisprudência**, n.º 38, p. 129.

<sup>36</sup> Observação de Sidney Sanches, **Uniformização da jurisprudência**, n.º 17, p. 46.

reintrodução do venerando instituto português no CPC brasileiro de 1973, porque inconstitucional, enseja a abertura de item específico para examiná-lo sob esse ângulo.

### 3. Natureza jurídica e inconstitucionalidade dos assentos

À luz dos subsídios históricos, não há margem para dúvida: o assento é uma proposição geral e abstrata,<sup>38</sup> traduzindo norma aplicável aos casos futuros. Em determinadas hipóteses, funciona como lei interpretativa; em outras, supre lacuna legal; em ambas, atua universalmente. Formalmente, há um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, mas a ele acrescenta-se um “trecho final autonomizado que representa a fixação em termos genéricos, e com abstração do caso concreto, da solução a dar à questão de direito controvertida”.<sup>39</sup> Por essa razão, o revogado art. 2.º do CC português previu como fonte do direito, nos seguintes termos: “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”. A circunstância de o assento submeter-se, por força do art. 768, § 2.º, do CPC português de 1939, à censura governamental, comportando

revogação, modificação ou restrição por via legislativa, não elimina sua equiparação à lei em sentido formal.<sup>40</sup> Ao contrário, demonstra justamente esse fato.

Em monumental monografia dedicada ao assunto, publicada em partes e depois transformada em livro, Castanheira Neves assinala a singularidade da figura, apontando-lhe o caráter original no sentido de que “confere 1) a um *órgão judicial* (a um *tribunal*) de prescrever 2) *critérios jurídicos universalmente vinculantes*, mediante o enunciado de 3) normas (no sentido estrito de *normas gerais*, ou de ‘preceitos gerais e abstratos’), que, como tais, 4) abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formulação) dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de 5) estatuírem para o futuro, de se imporem em ordem a uma aplicação futura”.<sup>41</sup> Não há figura que lhe seja totalmente similar. No tocante ao precedente da *Common Law*, a distinção é patente. O *stare decisis* é uma decisão judicial, “vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu”, e, aplicando-se “de particular a particular, e não do geral (a norma) ao particular (ao caso)”,<sup>42</sup> como acontece com o

<sup>37</sup> Pontes de Miranda, **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, n.º 40, pp. 67-68.

<sup>38</sup> António Menezes Cordeiro, **Tratado de direito civil**, v. 1, n.º 177, p. 634.

<sup>39</sup> José de Oliveira Ascensão, **O direito – introdução e teoria geral**, n.º 174, pp. 258-259.

<sup>40</sup> Nesse sentido, porém, José Alberto dos Reis, **Código de Processo Civil anotado**, v. 6, pp. 316-317.

<sup>41</sup> A. Castanheira Neves, **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**, n.º 1, pp. 2-4.

<sup>42</sup> Idem, ob. cit., n.º 1, p. 12.

assento. O que mais se lhe assemelhava eram as diretivas emitidas pelos tribunais soviéticos, ou seja, instruções vinculativas para as jurisdições subordinadas, determinando como devem decidir casos concretos. Mas o paralelo é imperfeito, pois a diretiva integrava sistema jurídico de controle centralizado, fundado em obediência hierárquica, incapaz de distinguir as funções legislativas, jurisdicionais e administrativas do autêntico Estado Constitucional Democrático.<sup>43</sup>

Por conseguinte, no sistema jurídico da *Civil Law*, em que as referidas funções correspondem a órgãos distintos e os produtos da atividade legislativa são taxativamente enumerados (v.g., art. 59 da CF/1988), o assento é inconstitucional.<sup>44</sup> No regime constitucional português, o princípio básico da produção de normas jurídicas impede que determinada fonte atribua a outra valor idêntico ao seu, razão por que o assento, “transmutação, autorizada por lei, de um ato de jurisdição em ato de legislação praticado por autoridade sem competência legislativa”,<sup>45</sup> não poderia ser harmonizado com a Constituição. Assim reconheceu o Tribunal Constitucional português no Acórdão

810/1993.<sup>46</sup> Em decorrência, apesar da crítica feita à intervenção do legislador,<sup>47</sup> lei posterior revogou o art. 2.º do CC português de 1966.

Formula-se o problema constitucional subjacente aos assentos ou da decisão judicial vinculativa, no sistema filiado à *Civil Law*, nos seguintes termos, lançados com vista à súmula vinculante brasileira, mas pertinentes ao regime geral da vinculação: “se aspirarem a constituir uma forma de *legislatio* com efeito vinculante geral e obrigatório, é difícil compatibilizá-la (salvo credencial constitucional expressa) com o princípio da separação de poderes. Se elas forem apenas vinculantes para os tribunais integrantes da mesma ordem e suscetíveis de revisão (nos termos fixados por lei) a sua configuração ainda é a de um ato de *jurisdição* destinado a dizer-se o direito e a assegurar uma tendencial uniformização”.<sup>48</sup>

Chegado a esse estágio, é preciso examinar a vinculação estabelecida no art. 927 do CPC brasileiro de 2015 e sua compatibilidade com a CF/1988.

#### **4. Inconstitucionalidade do precedente obrigatório**

<sup>43</sup> Idem, ob. cit., n.º 1, pp. 7-10.

<sup>44</sup> Idem, ob. cit., n.º 4, pp. 618-619. Em sentido contrário, José de Oliveira Ascensão, *O direito – introdução e teoria geral*, n.º 177, pp. 262-263.

<sup>45</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 702.

<sup>46</sup> Vide, Gustavo Santana Nogueira, *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação dos precedentes no direito comparado e brasileiro*, n.º 3.5.2, pp. 132-135.

<sup>47</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, v. 1, n.º 179, pp. 539-643.

<sup>48</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, pp. 938-939.

Fitando os direitos fundamentais à igualdade e à segurança jurídica, o CPC de 2015 erigiu peculiar sistema de precedentes, considerando sua origem heterogênea. O art. 927 obriga juízes e tribunais a observar: (a) as decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); (b) os enunciados de súmula vinculante (inciso II); (c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e recurso especial repetitivos (inciso III); (d) os enunciados da súmula do STF e da súmula do STJ (inciso IV); (e) a orientação do plenário ou do órgão especial do tribunal a que esteja vinculados juízes e órgãos fracionários (inciso V).

Essa obrigatoriedade é reforçada por disposições singulares, a saber: (a) no incidente de assunção de competência, o art. 947, § 3.º, assinala: “O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão da tese”; (b) no incidente de resolução de causas repetitivas, a tese jurídica aplicar-se-á nas causas pendentes (art. 985, I) – processos individuais e coletivos – e nas causas futuras (art. 985, II), em que se discuta idêntica *questio juris*, acrescentando o art. 985, § 1.º, o cabimento da reclamação no caso da falta de observância do precedente; (c) no julgamento do recurso

extraordinário e do recurso especial repetitivo, a publicação do acórdão paradigma determinará o término da suspensão dos processos no primeiro e no segundo grau e, no julgamento, aplicar-se-á a orientação do tribunal superior (art. 1.040, III).

A observância estrita (a) das decisões do STF, no controle concentrado, haja ou não súmula vinculante, em princípio subordinada à reiteração, orientação em matéria constitucional (art. 103, *caput*, da CF/1988), mas conhecendo-se casos em que fundou-se em caso único (Súmula Vinculante, n.º 11); (b) dos enunciados da súmula vinculante; e (c) do precedente haurido de julgamento de casos repetitivos – para esse efeito, o art. 928 entende o incidente de resolução de demandas repetitivas (inciso I) e o recurso extraordinário ou recurso especial repetitivos (inciso II), versando questão de direito material ou processual (art. 928, parágrafo único) – e do incidente de assunção de competência, recebeu remédio drástico: a reclamação, consoante às hipóteses de cabimento dos incisos III e IV do art. 988. Realmente, julgada procedente a reclamação, o tribunal (superior ou de segundo grau) “cassará a decisão exorbitante de seu julgado”, determinando, ainda, as medidas adequadas à solução da controvérsia (art. 992). O emprego do verbo “cassar” denota a violência intrínseca ao remédio. Na verdade, o tribunal competente desconstituirá o provimento que

contrariou o julgado do STF, no controle concentrado, o enunciado de súmula vinculante ou o precedente, constringendo o órgão encarregado do julgamento de aplicar a tese jurídica aí consagrada.

Os enunciados de súmula do STF e do STJ vinculam os órgãos judiciários inferiores, nos termos do art. 927, IV. É de se observar que a súmula vinculante do STF apresenta essa eficácia (compreendendo-se, então, a obrigatoriedade prevista no art. 927, II, e o cabimento da reclamação, a teor do art. 988, III) em função do art. 103-A, *caput*, da CF/1988. Eventual decisão discrepante, nos casos do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 928, I) e de assunção de competência, porque vinculante a tese jurídica aí firmada, termos do art. 927, III, submetem-se, por igual, ao controle da reclamação (art. 988, IV). Já os enunciados da súmula do STF, em matéria constitucional, e da súmula do STJ, em matéria infraconstitucional, bem como o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 928), aparentemente só exibem força persuasiva, em que pesem os termos imperativos do art. 927, *caput*, e inc. III.

Logo se percebe a assimetria: nos casos do art. 927, I (controle concentrado de constitucionalidade) e do art. 927, II (súmula vinculante do STF) há previsão constitucional; nas demais hipóteses, posto que passíveis de

reclamação, inexistente essa “credencial”.

Embora jamais utilize a palavra, o CPC de 2015 reintroduziu o precedente obrigatório, ou seja, o velho assento do direito português. Essa menção fica reforçada pela menção à “tese jurídica” (v.g., art. 988, § 4.º). Em outras situações, a lei preferiu mencionar “acórdão” (art. 927, III), abstraindo que a documentação do julgamento colegiado não pode ser confundida com a norma, localizada na *ratio decidendi*, que aí porventura seja localizada. No entanto, as vacilações terminológicas e a algazarra conceitual em torno da palavra precedente,<sup>49</sup> não toca o essencial.

Com efeito, ao juiz brasileiro é dado proferir sentença *contra legem*, e até contra a própria Constituição, hipótese em que a eventual injustiça do provimento corrigir-se-á, ou não, por meio da interposição do recurso próprio, assegurando-se a última palavra, no primeiro caso, ao STJ e, no segundo, ao STF; ao invés, descumprindo o precedente (v.g., deixando de aplicá-lo sem realizar o *distinguishing* do art. 489, § 1.º, VI) ou aplicando-o erroneamente, sujeitar-se-á a embaraçosa situação de ter seu mandato cassado pelo tribunal competente, por meio de reclamação do vencido (art. 988, III e IV). Por conseguinte, a vinculação do órgão judicial ao precedente é mais intensa do que à própria

Constituição!

É verdadeiramente notável que se haja chegado a esse ponto. Não se desconheciam manifestações nesse sentido, entendendo insuficiente a força persuasiva, salvo radical mudança na mentalidade e no comportamento das pessoas investidas na função judicante,<sup>50</sup> abandonando o individualismo. Era pouco provável, realmente, sem embargo dos benefícios da lei do menor esforço, esperar que se alterasse o contexto que, no primeiro quartel do Século XX, recomendava em Portugal a adoção dos assentos. Mas, entre nós, censurava-se a preferência dada aos repertórios de jurisprudência às “exposições sistemáticas de doutrina jurídica”, sustentando o erro do método de valer-se das “palavras dos profetas” em vez “das tábuas da lei”, em termos radicais e duros: “Os julgados constituem bons auxiliares de exegese, quando manuseados criteriosamente, criticados, comparados, examinados à luz dos princípios, com os livros de doutrina, com as exposições sistemáticas do Direito em punho. A jurisprudência, só por si, isolada, não tem valor decisivo, absoluto. Basta lembrar que a formam tanto os arestos brilhantes, quanto as sentenças de colégios judiciários onde

reinem a incompetência e a preguiça”.<sup>51</sup>

Mas para alcançar conclusões satisfatórias, impõe-se algumas distinções. Em primeiro lugar, o vínculo estabelecido no art. 927 do CPC brasileiro de 2015 situa-se no plano da eficácia. Assim, o caráter vinculante ou persuasivo do precedente dependerá da natureza do vínculo imposto aos órgãos judiciários inferiores, denotado, a mais das vezes, por meio da energia da reação ao seu descumprimento. Por essa linha de raciocínio, vinculante é o precedente que, descumprido, enseja a reclamação do art. 988, I a IV, do CPC. E, ademais, o precedente agasalha uma regra jurídica, pois sem sua formulação não se resolveria o caso concreto,<sup>52</sup> passível de aplicação aos casos símiles futuros. Já não parece decisivo investigar se a *ratio decidendi* funda-se em regra legal preexistente, em princípios ou, até mesmo, a ausência de *ratio decidendi* discernível – há precedentes, na *Common Law*, desprovidos de fundamento bastante –,<sup>53</sup> porquanto (a) a universalização (aplicação aos casos futuros) e (b) a intensidade do vínculo gerado para os órgãos judiciários inferiores (reclamação) torna a norma tirada do precedente autônoma em relação às suas origens. Verdade que, na sua aplicação posterior

<sup>49</sup> Lucas Buril de Macêdo, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, n.º 2.5, pp. 89-92.

<sup>50</sup> Eduardo de Albuquerque Parente, **Jurisprudência: da divergência à uniformização**, n.º 1.6, p. p. 28.

<sup>51</sup> Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e aplicação do direito**, n.º 194, p. 182.

<sup>52</sup> Com razão, Lucas Buril de Macêdo, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, n.º 5.5.2.3, p. 244.

(problema da maior envergadura, mas alheio ao objeto do presente trabalho), o órgão judiciário há de atender à *ratio decidendi*. À semelhança de qualquer norma, o precedente atém-se a determinado esquema de fato, propiciando o *distinguishing*, existindo diferenças significativas nos fatos da causa, e, por seu intermédio, legitimar-se-á ou não sua aplicação. Ora, essa atividade é substancialmente idêntica à realizada pelo órgão judicial na subsunção (aplicação de regra) quando não houver precedente a considerar. O que varia é a sanção para o descumprimento ou *error in iudicando*. Por idêntica razão, põe-se a questão dos limites temporais do precedente. São três as espécies a considerar: (a) novo precedente não surpreendente; (b) novo precedente inovador, ou seja, cujo sentido diverge da concepção geral anterior acerca da questão de direito; (c) precedente revogador ou modificador da anterior orientação jurisprudencial. No primeiro caso, o precedente pode aplicar-se retroativamente, inclusive servindo de fundamento para ação rescisória; no segundo, em tese é possível atribuir efeito retroativo ou efeito prospectivo, conforme o prognóstico da decisão à época do seu reexame; e, por fim, no terceiro caso, só o efeito prospectivo (aplicação nos casos futuros) é

---

<sup>53</sup> Neil Duxbury, **The nature and authority of precedent**, p. 108.

admissível.<sup>54</sup>

Essas considerações demonstram que o precedente, no sistema brasileiro, constitui regra jurídica geral e obrigatória. O art. 985, § 2.º, do CPC de 2015, quanto ao caráter geral do precedente haurido do incidente de resolução de demandas repetitivas, não olvidou de estabelecer que, versando questão relativa à prestação de serviço público concedido, permitido ou autorizado, a formulação da tese jurídica será comunicada à respectiva agência reguladora, “para fiscalização da efetiva aplicação”. À semelhança de qualquer outra norma superveniente, o precedente simplesmente regulará semelhante prestação de serviço público, projetando eficácia extraprocessual,<sup>55</sup> ou melhor: extrajudiciária. Sua eficácia geral e abstrata não recebeu qualquer subterfúgio.

## CONCLUSÃO

Se o precedente formula regra jurídica geral e abstrata, vinculando os órgãos judiciários inferiores, sonogando-lhes a possibilidade de divergência, e, conseqüentemente, restringindo-lhes a independência jurídica – liberdade de seleção da norma porventura aplicável ao litígio –

---

<sup>54</sup> Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**, n.º 4.5, pp. 260-269.

<sup>55</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso, **Incidente de resolução de demandas repetitivas**, p. 193.

, necessita de autorização constitucional expressa, porque equipara-se, *in totum*, aos produtos da atividade legislativa enumerados no art. 59 da CF/1988.

Logo, afigura-se inconstitucional o art. 927, III e IV, do CPC de 2015, e, consequentemente, o art. 988, IV. Ressalvam-se (a) a súmula vinculante do STF e (b) as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade. O instituto da súmula vinculante, largamente controvertido, decorreu de emenda à CF/1988. E a Constituição garante, se não diretamente, ao menos indiretamente a independência jurídica dos órgãos judiciais. Dependeria de emenda constitucional mudança metodológica tão radical, em país cujo ordenamento compõe-se de normas gerais e abstratas, e, não, de precedentes gerais e obrigatórios.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA E SOUZA, Manuel de. **Segundas linhas sobre o processo civil**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. 2.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual dos recursos**. 8.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: RT, 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito – introdução e teoria geral**. 8.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Assentos e uniformização da jurisprudência (direito processual civil). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. V. 8. São Paulo: Saraiva, 1970-1978.

BÖHM, Peter. Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista, n.º 2, p. 628. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. V. 58. Milão: Giuffrè, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5. 15.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Subsídios para a história do direito pátrio**. V. 2. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira Editora, 1966.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

COELHO, Vicente de Faria **Recurso de revista**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. V. 1. 4.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CRUZE TUCCI, José Rogério. José Rogério Cruz e Tucci, **Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2003.

CUNHA, Oscar da. **Breves considerações sobre o Código de Processo Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1935.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova Iorque: Cambridge University

Press, 2008.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. O Judiciário no crepúsculo do Império (1871-1889). Lopes, José Reginaldo de Lima (org). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARMS, Vercingetorix de Castro. **Recurso de revista**. São Paulo: RT, 1966.

GUIMARÃES, Mário. **Recurso de revista**. São Paulo: Livraria Martins, 1942.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. **Direito processual civil brasileiro**. 2.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1948.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2.<sup>a</sup> Ed. Salvador: JusPodium, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MENDONÇA LIMA, Alcides. *Recurso de revista no Supremo Tribunal Federal*. **Direito, doutrina, legislação e jurisprudência**. V. 11, t. 58. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

MORAES E BARROS, Hamilton. *A revista no sistema do Código de Processo Civil*, n.º 18, p. 19. Rio de Janeiro, s/e, 1960.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quita movere: a vinculação dos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque.

**Jurisprudência: da divergência à uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006.

PONTES DE MIRANDA. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*, p. 201. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1937.

REIS, José Alberto dos. **Código de Processo civil anotado**. V.6. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

\_\_\_\_\_. **Breve estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial**. Coimbra: Coimbra Editora, 1917.

\_\_\_\_\_. *A função do Supremo Tribunal de Justiça segundo o Código de Processo Civil português*. **Studi in onere di Enrico Redentí nel XL Anno del suo Insegnamento**. Milão: Giuffrè, 1951.

ROCHA, José Albuquerque. **O procedimento da uniformização da jurisprudência**. São Paulo: RT, 1977.

SANCHES, Sidney. **Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: RT, 1976.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**, p. 101. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Alçadas. Monte, João José do. **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência**. V. 10. Rio de Janeiro: Tipografia teatral e comercial, 1876.

## DEMOCRACIAS FRÁGEIS E O LIMITE DO PODER

Antônio Carvalho Filho<sup>56</sup>

### 1. O estado da arte

Samuel Issacharof, jurista argentino radicado nos Estados Unidos, onde ensina direito constitucional na New York University, tem uma teoria muito interessante a respeito das democracias<sup>57</sup>. Ele estabelece que uma democracia forte precisa de quatro elementos: a) Soberania popular, b) Instituições de Estado fortes e respeitadas, c) Sociedade civil funcional e d) Manutenção da liberdade do cidadão.

Nessa ordem de ideias, assevera que a ocorrência de eleição, pura e simplesmente, não caracteriza a existência de uma democracia. A

eleição é o produto final de uma democracia e elas acontecem inclusive em democracias frágeis.

As democracias frágeis (*Fragile Democracies*) decorrem da conjugação de elementos socialmente perigosos, como o coleguismo, o clientelismo e a corrupção. Além disso, elas são inundadas por partidos fracos e sem dimensão ideológica definida e instituições frágeis ou fragilizadas. Esse tipo de democracia é alvo fácil para líderes carismáticos e populistas, que têm o poder de inflamar massas alienadas pela falta de leitura da realidade e da visão sobre o Estado e sua relação com o indivíduo, bem como para o uso exacerbado da força e o descontrole no exercício do poder estatal.

Segundo Issacharoff, o papel do Judiciário numa democracia frágil é o de garantidor das regras do jogo democrático, nomeadamente nos casos de alternância de poder, evitando rupturas institucionais tão comuns neste nível de fragilidade e, ainda, de garantidor dos direitos fundamentais, que existem, justamente, para a limitação do Estado. O mais interessante, nessa análise, é que o próprio Judiciário deve respeitar os direitos fundamentais a ele oponíveis, incluindo o devido processo legal, a necessidade de lei anterior que defina conduta como crime, a legalidade, a pressuposição de inocência, etc.

O trabalho para a construção de instituições fortes no Executivo, Legislativo e

<sup>56</sup> Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Internacional Público e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra e Instituto Ius Gentium Conimbrigae. Parecerista “ad hoc” da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Membro-Fundador e Vice-Presidente (triênio 19/22) da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP). Diretor Executivo da Associação dos Magistrados do Paraná (AMAPAR). Juiz de Direito no TJPR. E-mail: antoniocarvalho@triunfare.com.br

<sup>57</sup> ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies* – New York, Cambridge University Press, 2015.

Judiciário é bastante complexo e demanda tempo, principalmente para o amadurecimento da sociedade civil, que viveu muitos anos sob o jugo de autocracias. Como é de se esperar, a maioria do povo tem outras preocupações mais urgentes, de regra para a sua sobrevivência, delegando o exercício pleno da soberania popular para a “classe política”.<sup>58</sup>

Um Judiciário cômico de suas funções em uma Democracia Frágil presta jurisdição com vistas a incrementar rotineiramente, como um mantra normativo, o reforço institucional faltante no Executivo e no Legislativo, seja corrigindo suas práticas deficientes dessas funções, respeitando-se os limites legais, seja preservando as decisões legislativas ou administrativas que não podem ser revistas por inexistência de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Esse Judiciário atua em um círculo virtuoso institucional, prestigiando o fortalecimento das demais funções do poder estatal e dele próprio, com vistas ao desenvolvimento de um ambiente republicano-democrático robusto.

Ao contrário do que ocorre com o Executivo e com o Legislativo, que são majoritários por essência, com seus representantes eleitos em sufrágio universal e operam em diversos subsistemas sociais, como a

política, a economia, a moral etc, o Poder Judiciário atua somente no subsistema do direito, sempre sob o império da lei.

E por que é assim? Ao contrário do que se passa com os outros dois poderes da República, para ficarmos em apenas uma nota, o Judiciário não atua de ofício, mas apenas por provocação. Aqui radica o núcleo de sua imparcialidade<sup>59</sup> (vedação para o exercício do comportamento de parte). A ilicitude e a inconstitucionalidade representam agressões mais fortes e contundentes do que o ferimento da moral, ou das regras costumeiras da política, justamente porque a lei ou a constituição – corrompida pelo ato de determinada pessoa – é dotada de coerção e, por isso, obriga àquele que se esquivou do cumprimento. A atuação da jurisdição é corretiva em sua essência, aquilo que se chama de função contrafática. É nisso, a nosso ver, que se resume o império da lei (*rule of law*). O Judiciário em uma democracia, seja forte ou fraca, tem o dever constitucional e legal de dizimar qualquer resquício do governo dos homens e enaltecer sempre o governo das leis.

Mas como é a realidade no Brasil? Vivemos nos últimos 30 anos, entre curtos períodos de crescimento e tranquilidade

---

<sup>58</sup> O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa? *In* *Novos Estudos*, nº 31, Outubro de 1991, disponível em <<https://bit.ly/3sw1O5D>>, acesso realizado em 25/02/21.

---

<sup>59</sup> Para aprofundamento sobre o tema, o excelente livro de Diego Crevelin de Sousa, *Imparcialidade – A divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Coleção Devido Processo Legal, Belo Horizonte : Editora Letramento – Casa do Direito, 2021.

institucional, um estado de coisas que conspira mais e mais para o enfraquecimento institucional do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Fisiologismo partidário, inexistência de identidade e ideologia partidária, desrespeito ao orçamento do Estado, atos reiterados de corrupção e de improbidade administrativa das mais variadas ordens são algumas das razões pelas quais esses poderes sofrem para permanecerem de pé no Brasil.

Isso não passou despercebido pela doutrina jurídica brasileira, que, diante das dificuldades de realizar as correções de rumo, pela pretensa inoperância dos Legislativo e Executivo, municiou o Judiciário com poderes não previstos na Constituição, insuflando os detentores do poder contramajoritário a agirem com capacidade criativa em inovação ao próprio direito. O fenômeno pode ser percebido em doutrinas neoconstitucionalistas, instrumentalistas, cooperativistas e afins.

Essa sociedade da urgência, em que não há mais tempo para a reflexão, em que processos perante os juízos devem ser produzidos com a substância e a velocidade de salsichas – próprios da sociedade líquida de que Baumann nos fala – trouxe a noção da normatividade líquida,<sup>60</sup> ou

---

<sup>60</sup> Para aprofundamento do conceito de normatividade líquida: CARVALHO FILHO, Antônio. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. Recuperação Judicial e o voluntarismo judicial, *in* Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, ano 27, n. 106, abr./jun. 2019, Belo Horizonte, Editora Fórum, pp. 90 e 91.

seja, o direito não é o produto complexo da atuação do legislativo na aprovação da lei, do executivo em sua sanção e do judiciário na sua interpretação, após o intenso debate das partes, em um procedimento estruturado pelo contraditório e de oportunidade legalmente prevista. O direito deixou de ter referência no direito posto, pois foi colonizado por outros agentes ou sistemas. O direito perdeu a sua forma rígida e assumiu uma forma plástica e instrumental *ad hoc*, pela qual ele é apenas aquilo que os tribunais dizem, *punto e basta!*

A forma plástica possibilita a alteração do formato do direito para “cada caso”, a partir dos “interesses em jogo”, sem qualquer respeito à necessária previsibilidade, segurança e ao limite da atuação estatal. Lançam-se os slogans por meio de enunciados performativos, tais como “interesse público”, “princípio republicano”, “bem comum”, “contingências da realidade”, “necessidades extraordinárias”, “proporcionalidade e razoabilidade”, “defesa das instituições” e outras desse jaez, passando-se, como em um passe de mágica, a autorizar o Judiciário a escolher, arbitrariamente, a “decisão mais justa”, que assim bem entender!

Essa normatividade líquida somente é possível a partir de uma operação que vê o processo como um instrumento a serviço da jurisdição, seja nas suas versões mais tradicionais

ou em suas versões mais *soft*. O processo passa a ser uma simples ferramenta para servir ao juiz. Ele é entendido como uma coisa do Estado, para o Estado e pelo Estado. As partes tendem a ser coadjuvantes, os seus interesses subjetivos são vistos sempre de modo objetivado, sendo colocado, sempre, em *topoi* (lugares comuns) previamente determinados pelo juiz. Nesse ambiente, o governo das leis cede lugar para o império judicial, formando uma juristocracia.<sup>61</sup>

Mesmo que de modo inconsciente, o juiz produzido por essa ordem de valores se coloca como um ser superior, com capacidade para conhecer das situações e dos fatos de forma qualitativamente melhor que os demais e, por essa razão, é capaz de captar as aspirações da maioria e julgar de acordo com o sentimento absorvido. É ele, portanto, o arauto da justiça e da bondade suprema. Por ser imaculado e elevado, “ele pode porque decide”, como ensina Tércio Sampaio Ferraz, e tem por seu guia apenas a sua consciência e um “direito superior”, imerso em normas morais, éticas, políticas e econômicas

---

<sup>61</sup> HIRSCHL, Han. Juristocracy – Political, not Judicial, *in* The Good Society, vol. 13, nº 3, Penn State University Press, pp. 6-11. GOLDSTEIN, Leslie Friedman. From Democracy to Juristocracy, *in* Law & Society review, vol. 38, nº 3, 2004, pp. 611-629. GRANT, James. The Rise of Juristocracy, *in* The Wilson Quarterly, vol. 34, nº 2, 2010, pp. 16-22. ABBOUD, Georges. Juristocracia delegative: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial, *in* Jurisdição e Hermenêutica Constitucional – Em Homenagem a Lenio Streck, In: Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet; Nelson Nery Jr. (Org.). Jurisdição e

formadas por sua percepção, e que visa corrigir o direito legislado. Um judiciário conformado desse modo, ao contrário de dar o suporte necessário para o desenvolvimento político-social de uma democracia frágil, como a finalidade de conformar o fortalecimento das instituições estatais, acaba por depor contra essa democracia e protagonizar o governo dos homens-juizes. É a deturpação completa dos limites impostos ao próprio judiciário, pela Constituição e pelas leis. O judiciário, contramajoritário por natureza, passa a decidir em pseudo-majoritariedade, como se fosse possível a apenas um juiz, ou a um colegiado de 3, 5 ou 11, definir aquilo que a maioria da população quer.

É assim que estamos imersos no Brasil. Poderes Executivo e Legislativo esfacelados e um Judiciário que engole os demais poderes e o próprio direito, realizando assim a sua própria predação.

## 2. O abuso do poder

O Judiciário brasileiro nos dá demonstrações flagrantes de como utiliza o processo como instrumento para exacerbar o exercício do seu poder. O limite (processo) serve de mola propulsora do exercício descontrolado do poder estatal (arbítrio). Os exemplos estão à

---

Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck.

disposição de quem quiser, basta estar atento ao noticiário nacional, ou ao foro em geral. Essa postura decorre, em grande parte, por culpa da doutrina. Hoje, quando “os grandes processualistas” falam de processo, ouve-se muito mais sobre jurisdição descontrolada. O exemplo claro decorre do esforço descomunal de grande parte da doutrina em defender poderes de adaptação do procedimento pelo juiz. Por trás do verniz moral da necessidade de efetividade e de tutela do direito (via de regra, do autor), o magistrado se torna o “senhor-supremo” do procedimento e passa a ditar as suas regras estabelecidas *ex post facto*. A segurança e o limite, que são características comuns no direito, são abandonados pela vontade do julgador.

O pior de tudo é que o excesso no exercício do Poder é altamente estimulado não apenas pelos Tribunais de Apelação e Superiores, mas principalmente pela doutrina, que possibilita ao juiz ser o predador do próprio direito.

### 3. A necessidade de limitação do Poder

É contra tudo isso que nos levantamos.

Desde a formação do Estado Moderno e do processo de conquista da soberania popular, nomeadamente a parte das Revoluções Americana e Francesa, as Constituições no

---

Rio de Janeiro: GZ, 2017.

mundo democrático possuem uma dicotomia interessante. Elas prescrevem direitos fundamentais e a organização do poder em seções diferentes. Isso não é apenas um jogo de palavras, representa a lição nº 01 da Teoria do Estado, ou seja, o Estado é fundado pelo povo, para o povo e em favor do povo, estabelecendo-se, desde já, as liberdades individuais – formais e reais – as quais são o primeiro e o último limite ao Poder Estatal. O Estado, portanto, em uma democracia, já nasce com o seu poder limitado.

Dentre os inúmeros direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Brasileira, nós encontramos o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), que deita suas raízes em conquistas históricas e passou no tempo e no espaço por inúmeros testes de erros e acertos, até chegarmos à conjuntura político-jurídica atual. Nada obstante a clareza solar de sua fundamentalidade, o processo sempre foi tratado como algo pertencente ao Estado, seja na doutrina processual, seja na doutrina constitucional. É necessário dar um basta a esta visão estatalista do processo. O processo deve ser visto como um direito fundamental, digno da imposição de limites ao exercício do poder estatal. Trata-se de verdadeiro “direito de resistência”,<sup>62</sup> chamado de

---

<sup>62</sup> DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020. DALLA BARBA, Rafael Giorgio. #46 – Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa, *in* Empório do Direito, Coluna Garantismo Processual,

*Abwehrrecht*<sup>63</sup> na tradição dogmática alemã, e, por isso, visto na relação Judiciário-indivíduo, representa um LIMITE para o exercício da jurisdição, em prol da liberdade das partes.

Não é por outra razão que Eduardo José da Fonseca Costa cunhou a expressão, repleta de conteúdo: o processo é uma garantia de liberdade contrajurisdicional. Isso pode parecer um pouco abstrato demais, mas não é. As implicações práticas são evidentes. Suspenda de sua mente, por um instante, a noção de processo como relação processual, ou como situação jurídica de meio para produção normativa. O processo é, antes de qualquer coisa, um direito fundamental com substância constitucional, que tem por finalidade o exercício das liberdades das partes. É essa noção que serve de matéria-prima para que o legislador estabeleça os procedimentos cíveis, penais, trabalhistas, eleitorais etc, sempre à vista dos direitos materiais que devem ser debatidos e tutelados.

Não raro, o legislador, por influência de movimentos estatelistas e arbitrários, deixa de aplicar a matéria-prima do direito fundamental e utiliza a matéria-prima do poder para enxertar o procedimento com regras voltadas ao empoderamento do juiz, em contraste com os

limites constitucional impostos. O CPC/15 está recheado desses casos: cooperação processual, boa-fé objetiva, medidas executivas atípicas, poderes probatórios de ofício, são apenas alguns exemplos de deturpação do processo pelo poder.

O respeito ao direito fundamental do processo é o primeiro passo para o exercício pleno de uma jurisdição constitucionalmente adequada e civilizadamente democrática.

Não há dúvida de que a independência judicial é um ganho civilizatório sem precedentes, não apenas para afastar do juiz quaisquer pressões internas ou externas para a decisão das causas, mas, principalmente, por garantir-lhe a plena capacidade de interpretação sobre as leis, na resolução dos casos que lhe são submetidos. Já há muito a filosofia nos mostra que é impossível conhecer sem interpretar. Todos os signos são objetos de interpretação e aplicação, e com os textos legais e constitucionais, não é diferente.

Desse modo, o juiz está limitado à interpretação do texto, não podendo inovar a partir dali, principalmente por elementos metafísicos ou metajurídicos, como a moral, a política, a economia e outros domínios. Dentro do grande sistema social, como descrito por Luhmann,<sup>64</sup> temos inúmeros subsistemas interligados entre si. Esses subsistemas existem

---

disponível em < <http://bit.ly/3bHxMF2>>, acesso realizado em 25/02/2021.

<sup>63</sup> PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*, 2. ed., São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

---

POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte – Tübingen* : Mohr, 2003.

para diminuir a complexidade nas relações sociais, já que reduzem a solução dos problemas a binômios antagônicos. Assim, o sistema da moral funciona segundo o binômio certo (justo) e errado (íngusto). O sistema da política aplica o binômio oportuno e inoportuno. O sistema da economia utiliza o binômio lucro e prejuízo, e por aí vai. O sistema do Direito, por sua vez, rege-se pelo binômio lícito e ilícito. A lei, dotada de coerção, generalidade e abstração, é a responsável pela definição do binômio.

O Judiciário é o poder circunscrito apenas ao subsistema do direito, e isso justifica a sua atuação irrecusável e contramajoritária. É a coerção da lei, aplicada e confirmada pelo juiz, que garante às suas decisões força equivalente à da própria lei. O sistema da moral, contudo, não é dotado de coerção, da obrigatoriedade que a lei possui. Como pode o Juiz utilizar-se de uma regra moral, sem coerção, e alterar uma regra legal com coerção? Isso subverte totalmente o sistema do direito e o poder exercido pelo juiz. Cria-se, assim, uma decisão com força de lei sem a lei, ou melhor, contra a lei. Um paradoxo. É exatamente aí que reside a eternidade das democracias frágeis, no berço do Poder Judiciário ilimitado.

---

<sup>64</sup> LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas,

---

Mexico, D.F.: Universidade Iberoamericana, 1996.

**CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA  
POR SUSPEIÇÃO: UMA HIPÓTESE  
ESCONDIDA, MAS PRESENTE NO  
DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

*Diego Crevelin de Sousa*<sup>65</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A doutrina reconhece tranquilamente que a garantia da imparcialidade é tutelada pelas hipóteses de impedimento e suspeição. Objetivamente, juiz impedido ou suspeito é parcial<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro Conselheiro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Parecerista *ad hoc* da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Professor do curso de Direito das FAACZ (Aracruz-ES). Advogado.

<sup>66</sup> Ilustrativamente, ver: ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, versão eletrônica; BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 604; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 18 ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 681; GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. V. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 322; LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 199; MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 288; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 96; ROCHA, Márcio Oliveira. **Por uma Nova Dogmática da Ordem Pública no Direito Processual Civil Contemporâneo**. Tese (doutorado em direito). Data da defesa: 18/12/2017. 231f. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p. 201; SÁ,

Nada obstante, prevalece o entendimento de que há diferenças entre impedimento e suspeição. Fala-se que o impedimento é objetivo, tutela o interesse público, gera presunção absoluta de parcialidade (o reconhecimento do impedimento exige *apenas* a demonstração da hipótese legal), não se submete a preclusão e constitui vício rescisório; já a suspeição é subjetiva, tutela o interesse privado, gera presunção relativa de parcialidade (o reconhecimento da suspeição exige, *além* da demonstração da hipótese legal, a efetiva prática de atos de beneficiamento ou perseguição pelo juiz), submete-se à preclusão e não constitui vício rescisório<sup>67</sup>.

Discordo desse entendimento. Estou com os que defendem – de *lege lata*, friso – a existência de um regime jurídico unitário para a tutela da imparcialidade. Não há distinção «ontológica» (quero com isso dizer uma

---

Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 615.

<sup>67</sup> Defendendo o regime jurídico binário: NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, págs. 595 e 602; GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. V. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 330. Defendendo o regime jurídico unitário: PEREIRA, Mateus Costa. **Código de Processo Civil Comentado**. Coord. Helder Moroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016, págs. 236-237. Denunciando a artificialidade do regime binário de vícios de parcialidade: GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020, págs. 326-327. Reconhecendo o regime jurídico binário de *lege lata*, mas criticando-o: ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, versão

«essência» particular que individualiza, particulariza, diferencia um ente de todos os demais) entre impedimento e suspeição<sup>68</sup>. Nada há de ínsito e passível de apreensão no impedimento e na suspeição. Se alguma «essência» há, ela atine à imparcialidade. Impedimento e suspeição são apenas expressões metonímicas da parcialidade.

Já tratei desse assunto noutra ocasião, por isso não retomarei essa discussão<sup>69</sup>. Sei que meu posicionamento é francamente minoritário e minha estratégia argumentativa, pouquíssimo convincente para os que aceitam as distinções entre impedimento e suspeição e, *a fortiori*, o regime jurídico binário para tais violações da garantia da imparcialidade. Meu objetivo aqui é mais pontual: insistirei na tese de que cabe ação rescisória contra sentença proferida por juiz suspeito, mas agora argumentando que o juiz suspeito pelas hipóteses do art. 145, II, primeira parte, CPC, necessariamente comete crime de concussão; que o juiz suspeito pelas hipóteses do art. 145, II, primeira parte, comete crime de corrupção passiva; e que o juiz suspeito pelas

hipóteses do art. 145, I, II, segunda e terceira partes, III e IV, comete crime de prevaricação – ainda que com temperamentos. Se meu argumento estiver correto, será forçoso reconhecer, mesmo aqueles que concebem a validade do regime binário de vícios de parcialidade, que o art. 966, I, CPC consagra, posto que indiretamente, o cabimento de ação rescisória contra decisões proferidas por juiz suspeito.

Atentei para isso lendo a obra de Leonardo Greco, a quem, por isso, agradeço. Tenho, porém, concordâncias e discordâncias com seu posicionamento, como demonstrarei abaixo. E nisto, no diálogo e no debate, rendo minha homenagem ao professor.

## 2. O POSICIONAMENTO DE LEONARDO GRECO: SUSPEIÇÃO DO ART. 145, I, CPC E HIPÓTESE DE RESCINDIBILIDADE DO ART. 966, I, CPC

Ao tratar da suspeição, Leonardo Greco coarcta os arts. 145, I, e 966, CPC para sustentar que quem argui a suspeição do juiz deve demonstrar, além da hipótese prevista em lei, que o vínculo subjetivo de amizade íntima ou inimizade do juiz com a parte ou o respectivo advogado foi determinante para o julgamento, por

---

eletrônica; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245.

<sup>68</sup> No mesmo sentido: COSTA, Eduardo José da Fonseca. As garantias arqui-fundamentais do processo: não-criatividade e imparcialidade. **Empório do Direito**, Florianópolis, 19 abr. 2018. Coluna Garantismo Processual. Disponível em: <https://bit.ly/32WIEM5>, acesso em 21.09.2020.

<sup>69</sup> SOUSA, Diego Crevelin de. Distinção entre impedimento e suspeição. **Empório do Direito**, Florianópolis, 29 jul. 2019.

---

Coluna Garantismo Processual. Disponível em:

meio da prática de algum dos crimes vertidos nos arts. 316, 317 e 319, CP.

Diz ele:

nos casos de suspeição, como a amizade íntima, o interessado, além de provar a existência concreta do motivo indicado na lei, deve demonstrar que essa amizade com a parte adversa foi determinante ou influenciou decisivamente o juiz no julgamento da causa em seu desfavor, através da prática de algum dos crimes mencionados no inciso I dos artigos 485 do Código de 1973 e 966 do Código de 2015, e definidos nos artigos 316, 317 e 319 do Código Penal. Assim, embora os artigos 966 do Código de 2015 não tenham enumerado a suspeição como causa de rescisão da sentença, o inciso I dos dois artigos indica que a sentença pode ser rescindida nos casos de prevaricação, concussão ou corrupção<sup>70</sup>.

Considero que essa leitura possui uma intuição poderosa e correta, mas também prenhe de generalizações apressadas e equívocos. Vejamos.

### **3. REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA SUSPEIÇÃO: ALEGAÇÃO E COMPROVAÇÃO DE UMA HIPÓTESE LEGAL DE SUSPEIÇÃO, NADA MAIS**

---

<https://bit.ly/2DUNslq>, acesso em 21.09.2020.

<sup>70</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. V. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 330.

À luz da estrutura normativa imputacional “se A, então C”, minha leitura do art. 145, I do CPC pode ser assim exposta: “se (i) é juiz (ii) amigo íntimo ou inimigo da parte ou do advogado (A), então deve ser considerado suspeito (C)”.

A leitura de Leonardo Greco, por sua vez, é a seguinte: “se (i) é juiz (ii) amigo íntimo ou inimigo da parte ou do advogado e (iii) proferiu decisão (iv) prejudicial ao arguente (v) mediante o cometimento dos crimes de prevaricação, concussão ou corrupção passiva (A), então deve ser considerado suspeito (C)”.

Nota-se que nossos antecedentes (A) da norma de suspeição são distintos: a minha, menos exigente; a dele, mais.

A passagem, antes transcrita, parece explicar o porquê de Leonardo Greco chegar àquela conclusão: partindo das corretas premissas de que (a) o direito positivo admite a rescisão da sentença proferida por juiz que comete prevaricação, concussão e corrupção passiva (premissa explícita), os quais (b) só se consumam quando presente o elemento subjetivo do dolo (premissa implícita), e que (c) o juiz pode cometer aqueles crimes em razão do vínculo subjetivo de amizade íntima ou inimizade, hipótese em que é suspeito, concluiu que só há suspeição quando o juiz comete um daqueles crimes.

Se é esse mesmo o seu posicionamento, então parece que ele incorre na *falácia da composição*: tomando o todo pela parte, identifica uma hipótese em que se pode falar (indiretamente) em suspeição e reduz todo o fenômeno à ela.

Há aí um *insight* correto: pode haver relação de implicação normativa entre os crimes indicados no art. 966, I, CPC e as hipóteses de suspeição do art. 145, CPC. Há casos em que os antecedentes de tais hipóteses de suspeição e dos referidos crimes são idênticos, não podendo haver um sem o outro.

Não é defensável, entretanto, o argumento de que o antecedente da norma jurídica de suspeição exige os pressupostos (iii), (iv) e (v).

A prévia prolação de decisão pelo juiz recusado – (iii) – não é pressuposto da arguição de suspeição pelo simples e suficiente motivo de que a lei não formula tal exigência. Além disso, é perfeitamente possível que todas as hipóteses de suspeição sejam *preexistentes* ao procedimento.

Com efeito, facilmente se pode imaginar que podem ser anteriores ao ajuizamento da demanda as relações de amizade íntima ou inimizade com qualquer das partes ou de seus advogados (art. 145, I), o recebimento de presentes de pessoas que tiverem interesse na causa (art. 145, II, primeira parte) e a condição de

credor ou devedor, dele, seu cônjuge, ou companheiro, ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive (art. 145, III). Embora menos evidente, igualmente pode ser precedente o interesse no julgamento do processo em favor de qualquer das partes (art. 145, IV). Considere-se o juiz que manifesta, reiteradamente, em suas postagens abertas em redes sociais, seu posicionamento intransigente sobre dada questão de direito do consumidor, em sentido contrário àquele consolidado na doutrina e na jurisprudência, afirmando que rechaça e rechaçará todas as demandas daquele tipo que lhe sejam distribuídas. E se essa mesma conduta for adotada pelo juiz em relação a uma pessoa específica, *v. g.*, ao cidadão que se encontra no setor de atermação dos J.E. Cíveis, para propor demanda da espécie, estará caracterizado o aconselhamento a alguma das partes acerca do objeto do processo (art. 145, II, segunda parte). Por fim, um juiz pode ser abordado por alguém que relata dificuldades financeiras para conduzir uma demanda e, comovido, oferecer-lhe o quanto necessário ao pagamento das custas processuais, vindo, posteriormente e por coincidência, a petição inicial a ser distribuída justamente para a Vara da qual ele é titular (art. 145, II, terceira parte).

Portanto, se, *v. g.*, desde a distribuição, o autor sabe e tem provas de que o titular da Vara

sorteada é seu inimigo, ou de seu advogado, ou amigo íntimo do réu, pode recusá-lo desde já, independentemente de remessa dos autos à serventia do juízo, e nem deste ao juiz, para o juízo de admissibilidade da petição inicial.

A suspeição pode se manifestar no curso do procedimento quando já fora proferida decisão benéfica ao arguente. Por exemplo: autor que teve admitida a petição inicial e deferido o pleito de tutela liminar de urgência, pode recusar o juiz que aconselhou o réu sobre o objeto do processo durante a audiência de saneamento e organização. O que afasta os pressupostos (iv) e (v).

Por outro lado, pode haver suspeição no curso do procedimento com decisão prejudicial ao arguente, embora sem configurar um dos crimes indicados no art. 966, I, CPC, quando há apenas ilícito procedimental, incidindo os §§ 5º a 7º do art. 146, CPC. O que afasta o pressuposto (v).

E, claro, a suspeição pode se manifestar no curso do procedimento com decisão prejudicial ao arguente e que constitui um dos crimes indicados no art. 966, I, CPC. Nesse caso, porém, deve-se perceber que há aí, simultaneamente, diversos ilícitos: procedimental, para fins de incidência das consequências dos §§ 5º a 7º do art. 146, CPC, e administrativo-disciplinares e penais, para aplicação das respectivas sanções, sempre mediante apuração

nas vias próprias. Dito de outro modo, suspeição e infração administrativo-disciplinar e/ou crime.

Com todas essas considerações, quero demonstrar que, para os estritos fins de arguição da suspeição e aplicação dos §§ 5º a 7º do art. 146, CPC, basta ao arguente alegar e comprovar uma das hipóteses do art. 145, CPC. São elementos meramente acidentais, ter o juiz recusado (i) conhecimento do procedimento, (ii) proferido decisão (iii) contrária aos interesses do arguente (iv) mediante o cometimento de algum dos crimes do art. 966, CPC. Todos esses elementos acidentais para fins de suspeição podem facilitar a sua demonstração *in casu*, mas não são seus pressupostos. Eles são imprescindíveis para, indo além do reconhecimento da suspeição, verificar-se outros fatos jurídicos e efeitos jurídicos, a saber, a prática de ilícitos administrativo-disciplinares e criminais e as respectivas sanções.

Tudo é diferente quando se fala de ação rescisória. O direito positivo é expresso quanto aos requisitos (iii), (iv) e (v) – acrescente-se mais um: (vi) o trânsito em julgado. Só se concebe o cabimento e a procedência de ação rescisória fundada no art. 966, I, CPC tirada da hipótese de suspeição do art. 145, I, CPC quando o houver decisão, passado em julgado, contrária aos interesses do autor (da ação rescisória) e fruto de

crime – que, como veremos adiante, nesse caso só pode ser o de prevaricação.

As razões encimadas demonstram como é equivocado pretender transplantar os requisitos da ação rescisória do art. 966, I, CPC para o reconhecimento das hipóteses de suspeição do art. 145, I, CPC, ambição de Leonardo Greco.

Por outro lado, a intuição do nosso autor está correta: há pontos de contato normativo entre as hipóteses de suspeição – não apenas a do art. 145, I – e os crimes indicados no art. 966, I, do CPC. No próximo capítulo tentarei evidenciá-los.

#### **4. ANÁLISE DOGMÁTICA DAS POSSÍVEIS E IMPOSSÍVEIS RELAÇÕES NORMATIVAS ENTRE AS HIPÓTESES DE SUSPEIÇÃO DO ART. 145, CPC, E A HIPÓTESE DE AÇÃO RESCISÓRIA DO ART. 966, I, CPC**

Passo a demonstrar como, em minha visão, *se e em que medida* uma mesma conduta é valorada pelo sistema do direito positivo como antecedente tanto de uma hipótese de crime – e, *a fortiori*, de cabimento da ação rescisória – quanto de suspeição.

##### **4.1. Concussão e Suspeição**

Nos termos do art. 316, CP, concussão é exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

Grosso modo, o juiz comete concussão quando se vale do cargo para exigir de outrem vantagem indevida. Basta que exija a vantagem indevida. Não são elementares do tipo, nem o motivo e nem o resultado da investida. É irrelevante para a configuração do crime de concussão que o juiz formule tal exigência, movido por qualquer espécie de sentimento e que em razão dele obtenha a vantagem indevida.

O elemento normativo especial da ilicitude – «vantagem indevida» –, “é aquela que é ilícita, ilegal, injusta, *contra lege*, enfim, que não é amparada pelo ordenamento jurídico. Normalmente, a *ilegalidade da vantagem* é determinada por norma extra penal. Ademais, a vantagem pode ser presente ou futura”. Diverge-se quanto à necessidade de a vantagem ter natureza econômico-patrimonial ou possuir também natureza imaterial<sup>71</sup>.

Nem sempre é fácil definir se aquilo que o juiz recebe é «vantagem indevida» ou simples recordação, regalo ou mimo – lícito aqui; ilícito

---

<sup>71</sup> BITENCOURT, César Roberto. Cit. p. 100. Na opinião do autor, “a vantagem indevida (ilícita, ilegal) pode ser atual ou futura; pode ser patrimonial ou não patrimonial, para si ou para terceiro, direta ou indireta, e a exigência indevida deve ser feita em razão da função, ainda que fora dela”. (Op. cit., p. 101).

ali. Não enveredarei na distinção, porque é desnecessário ao argumento que pretendo desenvolver. Partindo da premissa de que o juiz é suspeito quando recebe «presentes» de quem tem interesse na causa (art. 145, II, primeira parte, CPC) e que «presentes» são reconduzíveis à noção de «vantagem indevida», do art. 316, CP, aqui o fundamental é responder à seguinte questão: há graus de intensidade da reprovabilidade que variam do juridicamente irrelevante, avançam para o juridicamente relevante apenas para fins de suspeição e, finalmente, alcançam o juridicamente relevante também para fins de concussão?

Penso que a resposta é negativa. Sem mediação legislativa, a construção de *standards* dogmáticos pela doutrina e pela jurisprudência esbarraria em dois problemas: de um lado, afrontaria a separação dos poderes e o princípio democrático, e, de outro, não conseguiria mais do que disfarçar e blindar critérios subjetivos com pretensa capa de racionalidade, por maiores e mais honestos que sejam os esforços envidados. Daí por que só se pode aceitar uma variação: ou a vantagem é devida ou a vantagem é indevida – lícita ali; ilícita aqui. Em suma, o esforço deve ser reduzido a discernir o que é juridicamente relevante ou não, tanto para fins de suspeição quanto de concussão.

Um ponto deve ser aclarado para estabelecer nexo normativo entre o crime do art. 316, CP e a hipótese de suspeição do art. 145, II, primeira parte, CPC: este fala do juiz que «recebe» presente/vantagem indevida; aquele, do juiz que «exige» presente/vantagem indevida. Se é certo que «receber» é diferente de «exigir», não é menos correto que se se recusa o juiz que «recebe» vantagem indevida, com muito maior razão há de se recusar o juiz que «exige» presente/vantagem indevida. Ora, em rigorosamente nada o juiz que é corrompido por iniciativa de outrem é menos hostil ao direito do que o juiz que, corrompendo a si mesmo e a terceiros, sai à cata de vantagens indevidas.

Essa hipótese escancara os insolúveis paradoxos produzidos pelos que defendem que os róis de impedimento e suspeição são taxativos e de interpretação restritiva. Por esse regime, o juiz que «exige» presente/vantagem indevida de uma parte não é suspeito e não pode ser recusado, mas suas decisões passadas em julgado podem ser desconstituídas pela via extrema da ação rescisória, dada a concussão. A recusa por suspeição, que é *minus*, torna-se mais difícil que a desconstituição da coisa julgada, que é *majus*. Como se dá na análise por microscópio, quanto mais de perto se fita esse posicionamento, mais nítidas se mostram as suas irregularidades.

Nem se diga que o juiz que «exige» vantagem indevida poderia ser recusado por incurso na hipótese do art. 145, IV, CPC. Não digo que a proposta interpretativa é totalmente implausível, mas conta com a desvantagem de extrapolar nitidamente os limites semânticos do texto legal. Mais: o juiz interessado no julgamento do processo, em favor de qualquer das partes, satisfaz seu desiderato, sem formular qualquer exigência de vantagem indevida daquele a quem pretende beneficiar – basta que decida tendenciosamente. E principalmente: juiz que «exige» vantagem indevida de uma das partes, não tem interesse altruísta no resultado do processo em favor de uma delas, mas interesse egoístico nos resultados que da sua investida criminosa podem advir para ele próprio. Por essas razões, penso que a solução adequada para considerar suspeito o juiz que «exige» vantagem indevida é aplicar, por interpretação extensiva, o art. 145, II, primeira parte, CPC.

Retomando o diálogo com Leonardo Greco, se o juiz exigir «vantagem indevida» de seu inimigo ou de seu amigo íntimo, haverá suspeição e concussão, mas não se estabelecerá nexos normativos entre o crime do art. 316, CP à hipótese de suspeição do art. 145, I, CPC. Aquele específico vínculo subjetivo será *necessário* e *suficiente* à consumação da suspeição do art. 145, I, CPC, mas *meramente accidental* à consumação

da concussão. Suspeição do art. 145, I, CPC *já há apenas* em razão da existência da relação de amizade íntima ou inimizade, *independentemente de qualquer exigência de vantagem indevida pelo juiz*. Concussão *só há* porque exigiu vantagem indevida, *independentemente de haver ou não relação de amizade íntima ou inimizade*. Em casos assim, pode-se dizer que há *suspeição dobrada*: o juiz é suspeito porque exigiu vantagem indevida (hipótese do art. 145, II, primeira parte, CPC) e *também* porque é amigo íntimo ou inimigo da parte e/ou do advogado (hipótese do art. 145, I, CPC). E é tão verdade que as figuras são distintas e autônomas entre si, que se o juiz formular a exigência e não possuir o referido vínculo subjetivo, haverá crime de concussão e a hipótese de suspeição do art. 145, II, primeira parte, CPC, e, por outro lado, se ele possuir o referido vínculo subjetivo e não exigir vantagem indevida, haverá apenas a suspeição do art. 145, I, CPC – e poderá haver, como se verá, crime de prevaricação. Portanto, relação de amizade íntima ou inimizade e solicitação ou recebimento de vantagem indevida são hipóteses distintas de suspeição e se relacionam (necessária ou episodicamente) com crimes igualmente distintos. De modo que é certa a inexistência de nexos normativos entre a hipótese de suspeição do art. 145, I, CPC e o crime de concussão.

Conclusão: *há nexa normativo insolúvel entre o art. 316, CP e o art. 145, II, primeira parte, CPC*. O juiz que exige vantagem indevida, necessariamente, comete crime de concussão e é suspeito. A mesma conduta constitui ilícito penal e procedimental. Inexiste o cometimento daquele crime sem incorrer em tal hipótese de suspeição – e vice-versa. Pela via do crime de concussão, o art. 966, I, CPC consagra hipótese de ação rescisória contra decisão proferida por juiz suspeito. A causa é simultaneamente de concussão e suspeição.

#### 4.2. Corrupção Passiva e Suspeição

Nos termos do art. 317, CP, corrupção passiva é solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

Grosso modo, o juiz comete corrupção passiva quando se vale do cargo para solicitar, receber ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem indevida. Não é elementar do tipo o motivo por que pratica tais condutas. É irrelevante para a configuração do crime de corrupção passiva que o juiz solicite ou receba vantagem ou promessa de vantagem

indevida, impulsionado por essa ou aquela espécie de sentimento.

O elemento normativo especial da ilicitude – «vantagem indevida» – é aquela “ilícita, ilegal, injusta ou *contra lege*, isto é, não amparada pelo ordenamento jurídico”, podendo ser determinada por norma extrapenal; de gozo presente ou futuro e ter qualquer natureza, ou seja, “patrimonial, quando a vantagem exigida referir-se a bens ou valores materiais; não patrimonial, de valor imaterial, simplesmente para satisfazer sentimento pessoal, buscar uma forma de reconhecimento, por pura vaidade, como, por exemplo, a concessão de um título honorífico, a conferência de um título de graduação, enfim, a vantagem indevida pode não ter necessariamente valor econômico”<sup>72</sup>.

Fala-se que “não é qualquer *oferta*, qualquer *regalo* ou qualquer *mimo* que terá idoneidade material ou, se preferirem, *relevância social*, de forma a lesar o bem jurídico tutelado, materializando a tipicidade do crime de corrupção”. Sem prejuízo das inescapáveis particularidades do caso concreto, argumenta-se que não constituem crime, exemplificativamente, as gratificações usuais, de pequena monta, por serviços extraordinários, as tradicionais “boas

---

<sup>72</sup> BITENCOURT, César Roberto. Cit. p. 118 e ss.

festas” de Natal ou Ano Novo, as dádivas de galardão de um mérito excepcionais etc.<sup>73</sup>

Nem sempre é fácil definir se aquilo que o juiz recebe é «vantagem indevida» ou simples recordação, regalo ou mimo – lícito aqui; ilícito ali. Não enveredarei na distinção, porque é desnecessário ao argumento que pretendo desenvolver. Partindo da premissa de que o juiz é suspeito quando recebe «presentes» de quem tem interesse na causa (art. 145, II, primeira parte, CPC) e que «presentes» são reconduzíveis à noção de «vantagem indevida», do art. 316, CP, a questão que se coloca é: há graus de intensidade da reprovabilidade que variam do juridicamente irrelevante, avançam para o juridicamente relevante apenas para fins de suspeição e, finalmente, alcançam o juridicamente relevante também para fins de caracterização de corrupção passiva?

Penso que a resposta é negativa. Sem mediação legislativa, a construção de *standards* dogmáticos pela doutrina e pela jurisprudência esbarraria em dois problemas: de um lado, afrontaria a separação dos poderes e o princípio democrático, e, de outro, não conseguiria mais do que disfarçar e blindar critérios subjetivos com pretensa capa de racionalidade, por maiores e mais honestos que sejam os esforços envidados. De modo que só se pode aceitar uma variação: ou

a vantagem é devida – e, portanto, lícita – ou é indevida – e, portanto, ilícita. O esforço deve ser reduzido a discernir o que é ou não juridicamente relevante, tanto para fins de suspeição quanto de corrupção passiva.

Tudo considerado, há claro nexo normativo entre o art. 317, CP e o art. 145, II, primeira parte, CPC, segundo o qual é suspeito o juiz que *receber* presentes de pessoas que tiverem interesse na causa. Não é nada forçado defender que os “presentes” que configuram suspeição podem ser facilmente reconduzidos a pelo menos uma das hipóteses de “vantagem indevida”, que configura crime de corrupção passiva.

Tenho como inevitável *estender* essa hipótese de suspeição à outra conduta do juiz, a de «solicitar» vantagem indevida. A hipótese não é contemplada textual e expressamente nos incisos do art. 145 do CPC, mas se é recusável o juiz que «recebe» presente/vantagem indevida, muito mais sujeito à recusa deve ser aquele que a «solicita», caso em que a corrupção é praticada por iniciativa dele. Em nada o juiz que é corrompido por iniciativa de outrem é menos hostil ao direito do que o juiz que corrompe a si mesmo e a terceiros – como, aliás, deixa claro, para fins criminais, o art. 317, CP. Inexiste razão para não incidir o mesmo raciocínio à suspeição do art. 145, II, primeira parte, CPC.

---

<sup>73</sup> Op. cit., p. 121.

Se assim não for, reaparecerão os insolúveis paradoxos produzidos por aqueles que defendem que os róis de impedimento e suspeição são taxativos e de interpretação restritiva. Teremos que o juiz que «solicita» presente/vantagem indevida de uma parte não é suspeito e não pode ser recusado, mas suas decisões passadas em julgado podem ser desconstituídas pela via extrema da ação rescisória, dada a corrupção passiva. E assim, a recusa por suspeição, que é *minus*, torna-se mais difícil que a desconstituição da coisa julgada, que é *majus*. De novo, avultam as irregularidades desde uma mirada no detalhe.

Nem se diga que o juiz que solicita vantagem indevida poderia ser recusado por incurso na hipótese do art. 145, IV, CPC. A proposta extrapola claramente os limites semânticos dos enunciados em liça. Ora, o juiz interessado no julgamento do processo, em favor de qualquer das partes, satisfaz seu desiderato sem formular qualquer solicitação de vantagem indevida daquele a quem pretende beneficiar. Para tanto, basta que decida tendenciosamente. O juiz que solicita vantagem indevida de uma das partes não tem interesse altruísta no resultado do processo em favor de uma das partes, mas interesse egoístico nos resultados que da sua investida criminosa podem advir. Daí por que a solução para considerar suspeito o juiz que

solicita vantagem indevida é aplicar, por interpretação extensiva, o art. 145, II, primeira parte, CPC.

Resgatando o diálogo com Leonardo Greco, se o juiz solicitar ou receber «vantagem indevida» ou promessa de «vantagem indevida» de um inimigo ou sentir-se encorajado a formulá-la a seu amigo íntimo, haverá suspeição e corrupção passiva, mas não se estabelecerá nexo normativo entre o art. 145, I, CPC e o art. 317, CP. Aquele específico vínculo subjetivo será *necessário e suficiente* à consumação da suspeição do art. 145, I, CPC, mas *meramente accidental* à consumação da corrupção passiva. Suspeição do art. 145, I, CPC *já há apenas* em razão da existência da relação de amizade íntima ou inimizade, *independentemente de qualquer solicitação ou recebimento de vantagem indevida pelo juiz*. Corrupção passiva *só há* porque solicitou ou recebeu vantagem indevida, *independentemente de haver ou não relação de amizade íntima ou inimizade*. Em casos assim, pode-se até dizer que há *suspeição dobrada*: o juiz é suspeito porque solicitou ou recebeu vantagem indevida (hipótese do art. 145, II, primeira parte, CPC) e porque é amigo íntimo ou inimigo da parte e/ou do advogado (hipótese do art. 145, I, CPC). Tanto as figuras são distintas e autônomas entre si que se o juiz solicitar ou receber efetiva ou promessa vantagem indevida

haverá crime de corrupção passiva e a hipótese de suspeição do art. 145, II, primeira parte, CPC, mas se ele possuir o referido vínculo subjetivo e não solicitar nem receber vantagem indevida, haverá apenas a suspeição do art. 145, I, CPC – e poderá haver, como se verá, crime de prevaricação. Portanto, a relação de amizade íntima ou inimizade, e solicitação ou recebimento de vantagem indevida, são hipóteses distintas de suspeição e que se relacionam (necessária ou episodicamente) com o cometimento de crimes igualmente distintos. De modo que é certa a inexistência de nexó normativo entre a hipótese de suspeição do art. 145, I, CPC e o crime de corrupção passiva.

Conclusão: *há nexó normativo insolúvel entre o art. 317, CP e o art. 145, II, primeira parte, CPC.* O juiz que solicita vantagem indevida necessariamente comete crime de corrupção passiva e é suspeito. A mesma conduta constitui ilícito penal e procedimental. Não há um sem o outro. Inexiste o cometimento daquele crime sem incorrer em tal hipótese de suspeição – e vice-versa. Assim, pela via do crime de corrupção passiva o art. 966, I, CPC consagra hipótese de ação rescisória contra decisão proferida por juiz suspeito.

#### 4.3. Prevaricação e Suspeição

Nos termos do art. 319, CP, prevaricação é retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Grosso modo, o juiz comete prevaricação quando retarda ou deixa de praticar ato de ofício, ou pratica-o contra disposição expressa de lei, com a finalidade de satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Ao correlacionar o retardar, o omitir e o praticar ato de ofício contra disposição expressa de lei à «satisfação de interesse ou sentimento pessoal», o dispositivo arrola a finalidade da conduta do agente como elemento do tipo. Aqui, o «interesse ou sentimento pessoal do juiz», que pode ser material ou moral e deve ser doloso – esse tipo penal não admite a modalidade culposa<sup>74</sup> – é elemento subjetivo do tipo, imprescindível à consumação do crime. A prevaricação suplica a demonstração da conduta (retardar, omitir ou praticar ato de ofício contra disposição expressa de lei) e do “especial fim de agir”, que é “satisfazer interesse ou sentimento pessoal” – do juiz<sup>75</sup>.

A elementar subjetiva do «satisfazer interesse ou sentimento pessoal» pode decorrer de piedade, paixão, emoção, afeição, simpatia,

<sup>74</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal**. V. 3. São Paulo: Método, 2020, versão eletrônica, posição 632.

<sup>75</sup> BITENCOURT, César Roberto. **Tratado...** p. 144.

dedicação, benevolência, caridade, ódio, parcialidade, despeito, desejo de vingança, paixão política, prazer da prepotência ou do mandonismo, subserviência, receio de molestar os poderosos, etc.<sup>76</sup>

Claramente, o juiz pode praticar atos de beneficiamento para «satisfazer interesse ou sentimento pessoal» de amizade íntima ou inimizade. Como visto, a doutrina arrola a *parcialidade* como um dos sentimentos pessoais que podem configurar prevaricação, e o juiz é suspeito quando é amigo íntimo ou inimigo da parte e/ou do advogado, *ex vi* do art. 145, I, CPC. Não por acaso, aponta-se como exemplo de prevaricação cometida por juiz, a sua permanência no procedimento, praticando atos em geral, quando é sabidamente impedido<sup>77</sup>.

Por identidade de razões, o mesmo vale para os casos de suspeição. Ainda que, como já se viu, seja possível – e necessário – fazer uma abordagem mais abrangente da garantia da imparcialidade<sup>78</sup>, é certo que *as hipóteses de*

*impedimento e suspeição atuam no interior do sistema de direito positivo como imputações normativas de parcialidade.* À luz do art. 319, CP c/c o art. 145, I, CPC, comete crime de prevaricação o juiz que, sabendo-se suspeito, permanece no procedimento, praticando atos em geral, inclusive decisórios, para «satisfazer interesse ou sentimento pessoal» de amizade íntima ou inimizade com a parte e/ou o respectivo advogado.

Portanto, entre os interesses ou sentimentos pessoais que levam o juiz a prevaricar, inserem-se os de amizade íntima ou inimizade do juiz com os litigantes ou seus respectivos patronos. Destarte, estabelece-se um inequívoco nexos normativo entre o art. 319, CP e o art. 145, I, CPC. O juiz que prevarica motivo por interesse ou sentimento pessoal de amizade íntima com as partes ou seus advogados é suspeito.

Mas ainda é necessário esclarecer um ponto: *para fins criminais*, isto é, de caracterização do crime de prevaricação, o elemento subjetivo estará satisfeito com a mera ciência da causa de suspeição do art. 145, I, CPC e permanência do juiz no processo ou, além disso, também é necessária a efetiva prática de atos de beneficiamento ou perseguição da parte e/ou do respectivo advogado?

<sup>76</sup> BITENCOURT, César Roberto. Cit., p. 145; PRADO, Luis Régis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020, versão eletrônica, posição 362.

<sup>77</sup> BITENCOURT, César Roberto. Cit., p. 143.

<sup>78</sup> A propósito, conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a Imparcialidade a Sério**. Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018, *passim*; RITTER, Ruiz. **A Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (mestrado em Direito). 197/f. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, *passim*; NUNES, Dierle. LUD, Natanael. PEDRON, Flávio. **Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a

mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: JusPodivm,

Pedro Ferreira Leite Neto enfrentou a questão. Destaco as seguintes conclusões:

a) A garantia fundamental do devido processo legal não prescinde em hipótese alguma do rigoroso respeito, pelo juiz de direito, às regras de processo civil e de processo penal disciplinadoras do impedimento e da suspeição; b) A previsão criminal da prevaricação constitui importante e necessário mecanismo de controle social a bem da proteção do devido processo legal; c) A prevaricação pode se configurar como desdobramento de uma hipótese de impedimento ou de suspeição do juiz, embora nem toda causa destas espécies conduza, automaticamente, àquela figura penal; d) Haverá claro indicador de prevaricação no comportamento do juiz que traduzir doloso e inaceitável desrespeito a alguma hipótese legal processual indicativa de parcialidade (de impedimento ou de suspeição), e que permita ser associado ao propósito do mesmo magistrado de satisfazer um interesse ou um sentimento pessoal que lhe seja próprio, assim se aperfeiçoando o elemento subjetivo do tipo penal; e) Tal elemento subjetivo do tipo de prevaricação não precisa ser necessariamente distinto daquele que revista a própria causa configuradora do dever (não respeitado) de afastamento do processo; f) A contrariedade à expressa disposição legal, prevista no artigo 319 do CP, não precisa sempre envolver preceito normativo substantivo. Daí porque não é impossível a incursão na prevaricação mesmo quando o magistrado aplique sem qualquer mácula o direito material ao caso que lhe é submetido.<sup>79</sup>

2018, *passim*.

<sup>79</sup> LEITE NETO, Pedro Ferreira. Prevaricação, imparcialidade do juiz e o devido processo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25

Quanto às conclusões a), b) e f), só posso manifestar minha concordância. Quanto à última, aliás, nada mais acertado: se a imparcialidade é uma garantia contrapoder do cidadão – e a parcialidade constitui *abuso de poder por desvio de finalidade*<sup>80</sup> –, a decisão proferida por juiz impedido ou suspeito é inválida *per se*, ainda que seu conteúdo seja irretocável.

Parece-me, porém, que a conclusão c), notadamente por sua ressalva final – “embora nem toda causa destas espécies conduza, automaticamente, àquela figura penal” – é algo incompatível com a conclusão d), segundo a qual a permanência de juiz que se enquadra em hipótese de impedimento e suspeição é “claro indicador” do “propósito do mesmo magistrado de satisfazer um interesse ou sentimento pessoal que lhe seja próprio”, e também com a conclusão e), notadamente quando diz que o elemento subjetivo do tipo de prevaricação “não precisa ser necessariamente distinto daquele que revista a própria causa configuradora do dever (não respeitado) de afastamento do processo”.

A interpretação dessas conclusões deve levar em consideração os argumentos lançados no

---

set. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/35ZIFRp>, acesso em 21.09.2020.

<sup>80</sup> Diferenciando arbítrio em sentido estrito, usurpação e disfunção (esta subdividida em abuso de poder – que, por sua vez, se subdivide em excesso de poder ou desvio de finalidade –, deficiência e negligência – que, por sua vez, se subdivide em

corpo do texto. E de lá, destaco duas: “a mera configuração de suspeição ou impedimento não leva, invariavelmente, a uma prevaricação. É preciso na maioria dos casos que venha associada a outros elementos concretos, evidenciando que o julgador esteja ‘torcendo a ordem natural do feito’, praticando atos manifestamente desarrazoados”; e “O controle social que é reclamado em defesa da igualdade e da justiça quando a parcialidade manifesta do juiz resulta em prejuízo ao devido processo legal nos parece justificar plenamente a intervenção do direito penal, colocando seu oneroso instrumental em combate desta forma de agressão mais significativa de interesses humanos fundamentais”<sup>81</sup>.

Tudo considerado, não há outra conclusão: a caracterização do impedimento ou da suspeição, por si só, isto é, sem o reconhecimento da prática de efetivos atos de beneficiamento ou perseguição, configura parcialidade para fins procedimentais de suspeição, mas não para fins criminais de prevaricação. É como devem ser interpretadas as conclusões c), d) e e). Adotarei esse posicionamento – e se não é o do autor, fica sendo o meu.

---

omissão, insuficiência e ineficiência): COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Arbitrio*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

<sup>81</sup> LEITE NETO, Pedro Ferreira. *Cit.*

Conclusão: (i) demonstrado que o juiz é amigo íntimo e/ou inimigo das partes ou dos respectivos advogados, isso, por si só, configura parcialidade para fins procedimentais de suspeição; (ii) demonstrado que o juiz é amigo íntimo ou inimigo das partes ou dos respectivos advogados e que praticou efetivos atos de beneficiamento ou de perseguição, há parcialidade tanto para fins procedimentais de suspeição e, se for o caso, de acolhimento de ação rescisória e para fins criminais de condenação por crime de prevaricação.

À guisa de sistematização, pode-se dizer: *é suspeito e prevaricador* o juiz que atua com a intenção deliberada de afagar o sentimento pessoal de amizade íntima ou inimizade com a parte e/ou com o respectivo advogado, praticando efetivos atos de beneficiamento ou de perseguição, atando-se indissolavelmente os arts. 145, I, CPC e 319, CP; *é apenas suspeito* o juiz que, embora seja amigo íntimo ou inimigo de uma das partes e/ou dos respectivos advogados, não pratica nenhum efetivo ato de beneficiamento ou de perseguição, incidindo apenas o art. 145, I, CPC.

O sistema do direito positivo estrutura racionalmente a intensidade das sanções aplicáveis em tais casos. Como a procedência da ação rescisória produz efeitos jurídicos mais drásticos (rescisão de decisão passada em julgado

– sem prejuízo da responsabilização criminal e administrativo-disciplinar do juiz), é racional exigir um *standard* de prova mais elevado: o cometimento do crime de prevaricação. Diversamente, como a procedência da arguição de suspeição produz, ao menos em princípio, efeitos menos drásticos (de ordinário, aqueles vertidos nos §§ 5º a 7º do art. 146 do CPC, sem punições penais e administrativo-disciplinares, que exigem o elemento subjetivo do dolo), é racional exigir um *standard* de prova menos elevado: basta comprovar que o juiz é amigo íntimo ou inimigo da parte ou do advogado, ou que atua para satisfazer interesse ou sentimento pessoal de qualquer outra natureza, independentemente da prova de qualquer ato concreto de beneficiamento ou perseguição.

Eventual demonstração da hipótese de suspeição, acompanhada de provas, de que o juiz efetivamente atuou para acudir seu interesse ou sentimento pessoal de amizade íntima, inimizade ou de qualquer outra natureza é *acidental e desnecessária* para fins de reconhecimento da suspeição, mas *imprescindível* para o acolhimento da ação rescisória. Por isso, caso se descubra, depois do trânsito em julgado, que o juiz sentenciante era amigo íntimo ou inimigo das partes e/ou dos advogados, mas que não praticou nenhum ato de efetivo beneficiamento ou perseguição, não haverá crime de prevaricação e

não se poderá falar em ação rescisória fincada no art. 966, I, CPC.

Retomando o diálogo com Leonardo Greco, percebe-se que há uma nítida relação possível entre a hipótese de suspeição do art. 145, I, CPC e o crime do art. 319, CP. Sem dúvida, a relação de amizade íntima ou inimizade é um dos tipos de «interesse ou sentimento pessoal» cuja realização pode inquirir de prevaricador o juiz. Mas mesmo aqui é impossível concordar com o autor no que concerne ao reconhecimento da suspeição. Para esses estritos fins, é *suficiente* demonstrar que o juiz possui aquele vínculo subjetivo com a parte e/ou com o seu advogado, ou seja, *não é necessário* demonstrar que foram praticados efetivos atos de beneficiamento ou de perseguição, com decisões frutos de prevaricação.

#### **4.4. Nexos normativos entre o crime de prevaricação e outras hipóteses de suspeição**

Parece-me possível identificar nexo normativo entre o art. 319, CP e outras hipóteses de suspeição do art. 145, CPC.

Com efeito, o juiz é suspeito quando aconselha uma das partes acerca do objeto da causa (art. 145, II, segunda parte, CPC). Reforça essa reprimenda a vedação ao magistrado de manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento,

seu ou de outrem (art. 36, III, primeira parte, LOMAN). Comprovado que o juiz praticou essas condutas para atender “interesse ou sentimento pessoal”, diferente da relação de amizade íntima ou inimizade com as partes ou com seus advogados, com efetivo beneficiamento ou perseguição de qualquer deles, haverá prevaricação e suspeição. *Mutatis mutandis*, aplicam-se ao art. 145, II, segunda parte, CPC as mesmas considerações que identificam o nexo normativo entre o art. 319, CP e o art. 145, I, CPC.

O juiz também é suspeito quando subministra meios para atender às despesas do litígio (art. 145, II, terceira parte, CPC). Comprovado que o juiz praticou essas condutas para atender “interesse ou sentimento pessoal”, diferente da relação de amizade íntima ou inimizade com as partes e/ou com seus advogados, com efetivo beneficiamento ou perseguição de qualquer deles, haverá prevaricação e suspeição. *Mutatis mutandis*, aplicam-se ao art. 145, II, terceira parte, CPC, as mesmas considerações que identificam o nexo normativo entre o art. 319, CP e o art. 145, I, CPC.

O juiz também é suspeito quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro, ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive

(art. 145, III, CPC). Comprovado que o juiz permaneceu no processo e praticou efetivos atos de beneficiamento ou perseguição, conforme o caso, para atender “interesse ou sentimento pessoal”, diferente da relação de amizade íntima ou inimizade com as partes e/ou com seus advogados, haverá prevaricação e suspeição. *Mutatis mutandis*, aplicam-se ao art. 145, III, CPC as mesmas considerações que identificam o nexo normativo entre o art. 319, CP e o art. 145, I, CPC.

Finalmente, o juiz é suspeito quando interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes (art. 145, IV, CPC). Comprovado que o juiz praticou efetivos atos de beneficiamento ou de perseguição das partes para atender “interesse ou sentimento pessoal”, diferente da relação de amizade íntima ou inimizade com as partes e/ou com seus advogados, haverá prevaricação e suspeição. *Mutatis mutandis*, aplicam-se ao art. 145, IV, CPC as mesmas considerações que identificam o nexo normativo entre o art. 319, CP e o art. 145, I, CPC.

Em suma, é possível entrever nexo normativo entre o art. 319, CP e os incisos I, II, segunda e terceira partes, III e IV, do art. 145, CPC. Mas não se pode perder de vista que, para fins procedimentais de suspeição, *basta* demonstrar a hipótese legal (suporte fático menos

complexo), ao passo em que para fins criminais de prevaricação *deve se somar* a demonstração da prática de efetivos atos de beneficiamento (suporte fático mais complexo).

## 5. CONCLUSÃO

Em face de tudo o que disse acima e tentando sistematizar o diálogo com Leonardo Greco, posso concluir que há com ele concordâncias e discordâncias em relação à sua coarctação do art. 966, I, CPC e do art. 145, I, CPC.

Concordo com ele quando diz que a procedência da ação rescisória baseada no art. 966, I, CPC, especificamente por crime de prevaricação, exige a demonstração da relação de amizade íntima ou inimizade com as partes ou com os seus advogados, *mais* a efetiva prática de atos de beneficiamento ou de perseguição. Pode-se dizer que os *standards* argumentativos e probatórios dessa ação autônoma de impugnação de decisão judicial são rigorosamente os mesmos exigidos na respectiva ação penal.

Discordo dele quando diz que o acolhimento da arguição da suspeição exige os mesmos requisitos, pois penso que nesse caso basta demonstrar a existência daquele específico vínculo subjetivo. Como tantas vezes já referido, para esses fins basta a comprovação da hipótese

descrita nos róis legais de suspeição, independentemente de o juiz já ter proferido decisão contrária aos interesses do arguente e fruto de prevaricação.

Considero um erro, ainda, defender que a hipótese de suspeição do art. 145, I, CPC, implica nos crimes de prevaricação, concussão e corrupção passiva – o que, como se viu, é totalmente insustentável em relação aos dois últimos tipos penais.

Mesmo quem aceita o sistema binário de impedimento e suspeição tem de reconhecer que, pelo menos em alguns casos, cabe ação rescisória contra decisão proferida por juiz suspeito, isso pela via do art. 966, I, CPC, dada a imbricação normativa entre os tipos penais ali referidos e as hipóteses de suspeição do art. 145, CPC.

Não é possível afirmar categoricamente que o antecedente da norma de rescindibilidade do art. 966, I, CPC *é/não é* o mesmo da norma de suspeição. Há casos em que eles *coincidem integralmente*, mas outros em que eles *coincidem eventual e parcialmente*. É possível sistematizar assim:

a) Há nexos normativos entre o art. 966, I, CPC, pelo crime de concussão (art. 316, CP), com a hipótese de suspeição do art. 145, II, primeira parte, CPC, por interpretação extensiva (quanto à conduta de exigir presente/vantagem indevida), caso em que há *coincidência integral*

entre os elementos do suporte fático das hipóteses de suspeição e de rescindibilidade. Quando o juiz é suspeito (por interpretação extensiva) porque exige presente/vantagem indevida, ele também comete crime de concussão. Não há um sem o outro.

b) Há nexos normativos entre o art. 966, I, CPC, pelo crime de corrupção passiva (art. 317, CP), com a hipótese de suspeição do art. 145, II, primeira parte, CPC, por interpretação literal (quando há conduta de receber presente/vantagem indevida) e extensiva (quanto à conduta de solicitar presente/vantagem indevida), caso em que há *coincidência integral* entre os elementos do suporte fático das hipóteses de suspeição e de rescindibilidade. Quando o juiz é suspeito porque recebe e (por interpretação extensiva) solicita presente/vantagem indevida ele, também comete crime de corrupção passiva. Não há um sem o outro.

c) Há nexos normativos entre o art. 966, I, CPC, pelo crime de prevaricação (art. 319, CP) com as hipóteses de suspeição do art. 145, I, II, segunda e terceira partes, III e IV, mas há *coincidência parcial* entre os elementos do suporte fático das hipóteses de suspeição e de rescindibilidade. Quando o juiz é suspeito porque é amigo íntimo ou inimigo das partes ou dos respectivos advogados, aconselha alguma das partes acerca do objeto da causa, subministra

meios para atender às despesas do litígio, é credor ou devedor de qualquer das partes ele, seu cônjuge ou companheiro ou parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive, e é interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes, ele não necessariamente comete crime de prevaricação. Para tanto, é necessário demonstrar que ele praticou efetivos atos de beneficiamento ou perseguição. Sem estes, haverá apenas suspeição; com eles, também crime de prevaricação.

É *incorreto* dizer que o juiz só é suspeito quando tiver cometido os crimes indicados no art. 966, I, CPC. Há casos em que sim, mas há casos em que não. É *correto* dizer que em todas as hipóteses de cabimento da ação rescisória previstas no art. 966, I, CPC, a sentença foi proferida por juiz suspeito.

Nem toda decisão proferida por juiz suspeito configura crime, nem dá ensejo à ação rescisória, mas todo juiz que comete os crimes de concussão, corrupção passiva e prevaricação é suspeito. O juiz pode ser suspeito sem cometer tais crimes, mas ele não pode cometer tais crimes sem ser suspeito.

Com esses cuidados, é correto dizer que o art. 966, I, CPC consagra o cabimento de ação rescisória contra decisão proferida por juiz suspeito.

## O FUNDAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Eduardo José Da Fonseca Costa*

### I

Na profundidade interior dos fenômenos está o centro; na camada exterior, a periferia. Aqui, sobrejuz a complexidade contingente do múltiplo; ali, subjuz a simplicidade essencial do uno. Pois a ciência pós-moderna do direito é isto: periférica. Navega o movimento superficial da contingência. Por conseguinte, assim é a ciência atual do direito constitucional. Nela, vigora uma superficialidade metodológica na análise das instituições jurídico-políticas. Exemplo crasso é o estudo dogmático-constitucional do Ministério Público. A doutrina especializada - bastante escassa, diga-se - tece considerações isoladas e particularizadas sobre cada atribuição ministerial prevista na Constituição Federal de 1988 [art. 127, caput; art. 129, I a IX], sem divisar entre elas qualquer entrelaçamento. Não raro, essas considerações estão presas a exegeses parafrásticas e transcrições doutrinário-jurisprudenciais. Entretanto, elas são prolixas, rasas, tópicas e fragmentárias. Dentre a variedade (aparentemente) desordenada e dividida de funções constitucionais do Ministério Público,

não sabem ascender a uma função originária, sólida, estável e absoluta, que transcenda todas as demais, que esteja sobrepensada nelas, que as abarque qualitativamente em si mesma e da qual todas elas derivem. Não têm o olhar intelectual para um fundamento último, inescrito, que explique «a» *ratio essendi* do Ministério Público, que o organize e que lhe constitua um modelo ou paradigma institucional permanente. São incapazes de captar uma «atribuição-μονάδα», uma «atribuição atribuidora», que seja um elemento comum e, portanto, um *Angelpunkt* para as demais. Enfim, não despertam para o supremo grau do conhecimento clássico, que é a descoberta da «unidade na multiplicidade» [η ενότητα μέσα στην πολλαπλότητα]. Logo, não passam de uma elaboração intelectual inútil, que se perde em minudência.

Decididamente, tem faltado à constitucionalística brasileira uma visão sinóptica do Ministério Público, que: a) resuma-o num princípio-fonte; b) posicione-o com exatidão no concerto político-institucional do País; c) garanta-lhe um estatuto claro; d) propicie-lhe uma compreensão doutrinário-jurisprudencial coerente; e) facilite o controle externo dos seus atos pelos cidadãos; f) oriente internamente a atuação funcional dos seus membros no cotidiano profissional; g) sirva de diretriz para eventuais futuras reformulações institucionais.

Essa penúria jurídico-dogmática sobre o MP tem a sua razão de ser: “[...] los orígenes tan poco claros y las obvias finalidades políticas - que no jurídicas - que se tuvieron en miras al crear la institución la han convertido en el tema menos estudiado por los autores de la materia.”<sup>82</sup> Não obstante, é possível entrever um «invariante» no confuso inventário de atribuições do MP brasileiro, um dado funcional imutável, que lhe defina a essência e para o qual a ciência jurídica ainda não despertou. A tarefa não é fácil, dado que tanto no Brasil como no exterior o MP é tido como uma “figura proteiforme”<sup>83</sup> e, conseqüentemente, proteiformes são as reflexões dogmáticas que sobre ele se produzem. Dessa maneira, a consulta à doutrina especializada não é um ponto de partida seguro.

## II

Uma estratégia de abordagem para se fazer aparecer o fundamento último do Ministério Público é a compreensão do processo - do «devido processo legal» - como garantia de liberdade [CF, art. 5º, LIV]. Por um lado, garante-se à parte a liberdade [*freedom*] de decidir pelo que entende e pelo que lhe convém, podendo autodeterminar-se por sua própria vontade e, a partir dela, escolher autonomamente os seus

<sup>82</sup> VELLOSO, Alvarado. **Sistema procesal: garantía de la libertad**. t. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.431.

comportamentos no processo; por outro lado, todas essas escolhas, próprias à atividade de parte, se devem fazer sem qualquer interferência do juiz, *i. e.*, com «liberdade» [*liberty*], pois o juiz é alheio, não-parte, im-parte, imparcial, imparcial, neutro. Nesse sentido, o processo se faz mediante uma divisão equilibrada de papéis: o juiz não se arvora nas liberdades da parte, nem lhes controla o exercício; a parte não se arvora nos poderes do juiz, posto que lhes controla o exercício (para um aprofundamento do tema, v. nosso Processo: garantia de liberdade [*freedom*] e garantia de «liberdade» [*liberty*]).<sup>84</sup> *A fortiori*, tendo as partes a liberdade de provar os fatos por elas alegados como fundamento [liberdade = *freedom*], não pode o juiz reduzir-lhes a «liberdade» [«liberdade» = *liberty*] produzindo prova de ofício como se parte fosse. O juiz descairia em parcialidade [= condição de quem é parte] e, portanto, em parcialidade [= condição de quem toma partido].

No âmbito procedimental civil, *v. g.*, se o autor não prova o fato constitutivo do direito que deveras tem, há a improcedência do pedido; por outro lado, se o autor prova o fato constitutivo do

<sup>83</sup> AROCA, Juan Montero. **Proceso (civil y penal) y garantía**. Valência: Tirant lo Blanch, 2006. p.642.

<sup>84</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Processo: garantia de liberdade [*freedom*] e garantia de «liberdade» [*liberty*]. **Empório do Direito.com.br**. 21 de agosto de 2018. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>. Acesso em: março de 2021.

seu direito, mas o réu não prova o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, há a procedência do pedido. Isso mostra que a tutela jurisdicional civil favorável de mérito tende a realizar direitos subjetivos [*facultas agendi*], não propriamente o direito objetivo [*norma agendi*]. O julgamento contra quem tem razão não se coaduna com a aplicação correta da lei. Todavia, isso não significa que o subsistema procedimental civil sempre denegue cuidado ao direito objetivo. A lei pré-exclui determinadas causas da autonomia exclusiva da parte; nelas, impõe a presença oficial do MP [ex.: Lei 6.015/1973, artigos 57, 58, parágrafo único, 67, 68, § 1º, 69, § 2º, 76, 97, parágrafo único, 109, 200, 274, 284; Lei 9.507/1997, art. 12; Lei 10.257/2001, art. 12, § 1º; Lei 12.016/2009, art. 22; CPC, art. 178, I a III, 948; Código de Águas, art. 149, I]. «Na defesa da ordem jurídica» [= na defesa do direito objetivo] [CF, artigos 127, *caput*, e 129, IX], o MP pode produzir provas, requerer medidas processuais pertinentes e recorrer [CPC, art. 179, II]. Ou seja, a lei elege as causas excepcionais em que, apesar das partes, se deve velar pelo exato cumprimento da Constituição e da lei.

Sem essa explicação garantístico-processual, a atividade do MP aparentaria um inútil *bis in idem*, tendo em vista que ao juiz já compete a aplicação do direito objetivo. Nesse

sentido, o artigo 736 da CLT é cirúrgico quando diz que o Ministério Público do Trabalho tem «por função zelar pela exata observância da Constituição Federal, das leis e demais atos emanados dos poderes públicos, na esfera de suas atribuições». Enfim, faz-se do MP um *custos legis* [= «fiscal da lei» = «zelador da ordem jurídica» = «Curador do Direito Objetivo»]. Segundo Rordof, em editorial ao fascículo 1 de 2018 da revista trimestral *Questione Giustizia*, “La funzione di tutela del diritto oggettivo affidata al pubblico ministero risalta ancor più evidentemente quando egli interviene nel processo civile. In una contesa che vede contrapposte due o più parti private, ciascuna portatrice di un proprio interesse individuale, la presenza del pubblico ministero è indice sicuro della rilevanza pubblicistica della vicenda.”<sup>85</sup> Em idêntico sentido, STF, Pleno, ADI-MC 758/RJ, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 154/426: “A qualificação do Ministério Público como órgão interveniente defere-lhe posição de grande eminência no contexto da relação processual, na medida em que lhe incumbe o desempenho imparcial da atividade fiscalizadora pertinente à correta aplicação do direito objetivo”.

---

<sup>85</sup> RORDOF, Renato. Gli obiettivi di questo numero: “Il pubblico ministero nella giurisdizione”, “La responsabilità civile fra il giudice e la legge”. *Revista Questione Giustizia*. Editorial do n.1, p.3-5, 2018. Disponível em: [https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/23/qg\\_2018-1.pdf](https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/23/qg_2018-1.pdf). Acesso em: março de 2021.

Nesses casos, por exemplo: 1) se o autor não prova o fato constitutivo do seu direito, o MP pode prová-lo, evitando a injusta improcedência; 2) se o réu não prova o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, o MP pode prová-lo, evitando a injusta procedência; 3) se o autor prova o fato constitutivo do seu direito, o MP pode recorrer da injusta improcedência; 4) se o réu prova o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, o MP pode recorrer da injusta procedência; 5) se o juiz aplica norma de direito material que não incidiu porque interpretou mal o texto normativo pertinente, ou porque interpretou o texto normativo impertinente, o MP pode recorrer da injusta decisão, ainda que a parte interessada não recorra; 6) se o juiz injustamente profere sentença definitiva em lugar de terminativa, ou sentença terminativa em lugar de definitiva, pode o MP apelar, ainda que a parte interessada não apele [obs.: mesmo em processo que envolva interesse de capaz (CPC, art. 178, II), o MP pode provar contra o incapaz e contra ele recorrer, desde que isso seja necessário à correta aplicação do direito objetivo]. Frise-se que «injusto» se usa aqui em sentido estritamente formal [injustiça formal = discrepância entre a norma incidente sobre o caso e a norma aplicada pelo juiz = aplicação incorreta do direito objetivo; justiça formal = coincidência entre a norma incidente sobre o caso e a norma

aplicada pelo juiz = aplicação correta do direito objetivo]. Assim sendo, o MP é o paladino da justiça formal (jamais da justiça material!). Sublinhe-se, ademais, que ele não zela apenas pela aplicação escoreita do direito objetivo material, mas também do direito objetivo processual. Interessa-lhe erradicar tanto o *error in iudicando* quanto o *error in procedendo*.

### III

O processo serve ao cidadão em juízo como garantia individual [CF/1988, art. 5º, LIV], não ao Estado-juiz como instrumento de poder.<sup>86</sup> Logo, a tutela jurisdicional civil favorável de mérito tende a realizar o direito subjetivo, não o direito objetivo. A correta aplicação da legalidade estatal sobre a «verdade verdadeira» dos fatos - conquanto desejável - é um traço acidental, não essencial do sistema. Assim, a presença do Ministério Público como *custos legis* deve ser EXCEPCIONALÍSSIMA. Rege-se por um princípio de intervenção mínima ou de seletividade. Isso porque se injeta no procedimento civil um quê pontual de autoridade. Procura-se conciliar a tutela do direito subjetivo, afirmado pelo autor, com a salvaguarda do direito objetivo posto pelo Estado, intrometendo-se no

---

<sup>86</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. **Consultor Jurídico (conjur.com.br)**, 16 de novembro de 2016, 6h52. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em: março de 2021.

debate *inter partes*, o presentante de um órgão público, que é estranho à relação jurídica de direito material controvertida e que não guarda com ela qualquer vínculo de prejudicialidade-dependência. Ressalte-se, contudo, que o MP cuida do ordenamento jurídico do Estado [*«lo Stato-ordinamento»*], segundo VEZIO CRISAFULLI, não necessariamente do próprio Estado [*«lo Stato-soggetto»*]: «a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público» [CPC, art. 178, parágrafo único]. Na verdade, é a advocacia pública que cuida dos direitos subjetivos estatais; do direito objetivo estatal [= «ordem jurídica»] cuida o Ministério Público. Por isso, é possível dizer que: a) a maior presença do MP como «fiscal da ordem jurídica» aumenta no processo a nuance autoritativa; b) a menor ou nenhuma presença do MP como «fiscal da ordem jurídica» densifica no processo o primado da liberdade das partes. *In extremis*: i) a «*omni-presença*» do MP caracterizaria um sistema procedimental civil puramente publicista; ii) a «*omni-ausência*» do MP caracterizaria um sistema procedimental civil puramente privatista.

No procedimento civil da extinta U.R.S.S., “el juez no es el garante de unos inexistentes derechos subjetivos de los ciudadanos”, mas “del exacto cumplimiento de la

legalidad socialista”<sup>87</sup>; logo, não sem motivo, o Ministério Público soviético - a *Prokuratura* [Προκυράτσα] - tinha a faculdade de intervir em toda e qualquer causa civil<sup>88</sup>. Em contrapartida, a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (a «Comissão de Veneza»), órgão consultivo do Conselho da Europa sobre questões constitucionais, adotou em sua 85ª sessão plenária, realizada nos dias 17 e 18 de dezembro de 2010, o *European standards as regards the independence of the judicial system: part II - the prosecution service*, cuja Recomendação n. 25 estabelece que o Ministério Público deve ter como foco principal a atuação penal, não civil (“*The prosecution service should have its primary focus on the criminal law field*”)<sup>89</sup>. Nesse sentido, fundado na primazia da liberdade sobre a autoridade, é possível dizer que o procedimento civil brasileiro é um sistema preponderantemente privatista, mas não puro: somente nas raras hipóteses previstas em lei, o MP intervém como curador do ramo da legalidade aplicável ao caso. Ainda assim, a criação do Ministério Público é

<sup>87</sup> AROCA, Juan Montero. **La paradoja procesal del siglo XXI**: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero). Valência: Tirant lo Blanch, 2014. p.39.

<sup>88</sup> TEREBILOV, V.; POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIÁN, V.. **Princípios de processo civil da U.R.S.S. e das Repúblicas Federadas**. Tradução de Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1978. p.87-89.

<sup>89</sup> VENICE COMMISSION. European Commission For Democracy Through Law. Strasbourg, 3 January 2011. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)040-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)040-e). Acesso em: março de 2021.

uma maneira inteligente de tutelar o direito objetivo, sem afetar a inércia funcional do juiz [*ne iudex procedat ex officio*] e, portanto, a sua imparcialidade. Liebmann<sup>90</sup>, em sinal de respeito à imparcialidade judicial, propunha a presença no procedimento civil de um “*apposito e distinto organo pubblico requirente ed inquirente*” como forma de se evitarem as iniciativas probatórias *per officium iudicis*. Afinal de contas, imputa-se a um terceiro interveniente imparcial a missão de atuar probatoriamente em lugar do juiz. Mais: em nome da aplicação correta do direito objetivo, esse terceiro - além de 1) produzir provas relevantes não produzidas pelas partes - pode 2) requerer as medidas processuais pertinentes não requeridas pelas partes e 3) recorrer de decisões injustas de que não recorreu a parte interessada. De *lege ferenda*, a presença do MP atenderia ao problema do vulnerável mal patrocinado, que propõe demanda alimentícia, educacional, habitacional, previdenciária, assistencial ou de saúde.

#### IV

Como já dito, a presença do Ministério Público como «fiscal da ordem jurídica» deve ser mínima. No entanto, é preciso melhor entender o objeto dessa minimidade. O Poder Legislativo,

---

<sup>90</sup> LIEBMANN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. *Rivista di diritto processuale*. n.15. p.565, 1960.

não o Ministério Público, é o «juiz natural» da conveniência e da oportunidade de se cuidar do direito objetivo. Cabe ao legislador - não ao promotor, ao Procurador-Geral, ao CNMP ou a quem quer que seja - a escolha das excepcionalidades que justificam a intervenção oficial do MP. Essa escolha se dá *ope legis*, não *ope voluntatis custodis legis*. Advém do exercício político de poder legislativo, não da suscitação jurídica de uma prerrogativa ministerial. É lamentável esse «descomedimento legislativo», que infunde a profusão do MP como *custos legis* no Brasil e, com isso, diminui a autonomia individual das partes no processo. Além do mais, essa presença exagerada do MP em causas civis alheias rouba tempo e energia que se poderiam canalizar em atuações mais estratégicas aos interesses da sociedade. Lembre-se, outrossim, que os órgãos internacionais recomendam o foco do MP na atuação penal. Todavia, a racionalização do ofício ministerial e o enxugamento econômico das hipóteses de intervenção são competências discricionárias exclusivas de quem as editou [= legislador], não de quem as deveria observar [= promotor]. Quem investe o MP em funções e quem o desveste delas são «apenas» a Constituição e a lei. A agenda ocupacional cotidiana do MP é heterodefinida omnilateralmente pelos representantes legislativos

do povo, não autodefinida unilateralmente pelos próprios membros da carreira.

Portanto, uma vez instituída a causa de intervenção (aqui há exercício de dever funcional, não mera faculdade), ao MP não é dado esquivar, sob pena de se caracterizar INFRAÇÃO À LEI. Pior: praticada justamente por quem tem a missão excelsa de por ela zelar. Daí a inconstitucionalidade da Recomendação do CNMP nº 34, de 05/04/2016, que dispõe sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil e cujo artigo 6º atribui às «unidades do Ministério Público, respeitada a autonomia administrativa e funcional», a disciplina da «matéria da intervenção cível, *por ato interno*, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter vinculante, nos termos desta Recomendação» (d. n.). Ora, a esquivas só se justifica, caso se negue vigência à lei mediante as ressalvas - devidamente fundamentadas - de 1) inconstitucionalidade, 2) caducidade, 3) revogação, 4) não recepção (revogação de lei pré-constitucional por incompatibilidade com a nova Constituição), 5) interpretação conforme a Constituição, 6) nulidade parcial sem redução de texto, 7) inconstitucionalidade com redução parcial de texto ou 8) invocação de norma jurídica implícita pré-excludente da aplicação da lei (sobre hipóteses em que se pode deixar de aplicar uma

lei).<sup>91</sup> Nisto consiste a independência técnica dos promotores: se eles reputarem motivadamente inválida determinada intervenção como *custos legis*, não se submeterão a qualquer ato interno (portaria, instrução, ordem de serviço etc.) que a exijam deles. De qualquer modo, em regra, *não há independência funcional contra texto legal expresso*. Porquanto, às vezes se ignora essa máxima, aqui e ali se assiste a comportamentos incoerentes: o MP investindo-se em funções discutivelmente implícitas (ex.: investigar crimes), mas desvestindo-se de funções indiscutivelmente explícitas (ex.: opinar em mandado de segurança); comparecendo a audiências quando é parte, mas ausentando-se delas quando é fiscal da ordem jurídica; atuando como fiscal da ordem jurídica, em processo que envolva interesse de incapaz, em vara comum, mas negando-se em juizado especial cível.

Decerto é do mandado de segurança que o MP mais se tem eximido. De acordo com o artigo 12 da Lei 12.016/2009, o MP será ouvido após as informações da autoridade impetrada e antes de proferida a sentença. Contudo, não raro, deixa de opinar por não divisar *in casu* «interesse social e individual indisponível». Olvida-se, porém, que ao MP cabe igualmente «a defesa da ordem jurídica» [= direito objetivo] [CF, art. 127,

---

<sup>91</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1. p.171-172, jan/abr 2010.

*caput*; LC 75/1993, artigos 1º, 5º, I, 6º, XIV; Lei 8.625/1993, art. 1º], devendo «exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade» [CF, art. 129, IX]. Logo, pouco importam a) o ramo do direito que regula a relação jurídica de direito material controvertida, b) a eventual disponibilidade do interesse envolvido, c) o tipo de autoridade pública impetrada, d) a natureza pública ou privada da pessoa jurídica à qual a autoridade se vincula, e) o grau da ilegalidade ou abusividade supostamente cometida, e f) a maior ou menor repercussão social do caso. Impetrado e admitido o *writ*, o MP deve opinar sobre o *meritum causae*, laborando para a correta aplicação do ramo do direito objetivo material aplicável. A *ratio legis* dessa intervenção ministerial é simples: sendo elidível - em via excepcionalmente expedita - a legitimidade pressuposta do ato público impugnado, quis-se reforçar a probabilidade de aplicação correta do direito objetivo. Por isso, é preciso cautela na interpretação do parágrafo único do artigo 12 da Lei 12.016/2009 e do § 1º do artigo 180 do CPC, que prescrevem o andamento processual sem o parecer do MP, caso transcorrido *in albis* o prazo que lhe fora fixado. Não se concretiza aí a independência funcional do MP (que, como já visto, não o isenta de imposições legais inequívocas), mas a duração razoável do

processo.<sup>92</sup> Prefere-se a continuidade processual ao desfecho - talvez demorado - da recalitrância ministerial. Aliás, a experiência mostra o acerto da solução, pois o aguardo do impasse prejudica o demandante e, muitas vezes, indispõe entre si o Poder Judiciário e o Ministério Público. Ainda assim, nada impede a responsabilização funcional do promotor por afronta ao art. 43, IV e VI, da Lei 8.625/1993, devendo o juiz oficial à respectiva corregedoria mediante aplicação analógica do art. 77, § 6º, do CPC, nesse sentido, por exemplo, Pereira<sup>93</sup> e Stefani.<sup>94</sup> Interpretação diversa faria do *custos legis* um extravagante instituto de «beija-mão»: o juiz obrigado a dar vista, o promotor desobrigado a honrar a vista dada.

## V

O Ministério Público zela pelo direito objetivo, não somente como terceiro interveniente imparcial, mas também como acionante ou autor de ação. Nela, o MP não atua para que o Estado-juíz eventualmente conceda a tutela de um direito subjetivo, mas a tutela de uma Instituição, *i. e.*, de um segmento temático do direito objetivo. Instituição é uma unidade sistemática, superior,

<sup>92</sup> RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **Comentários ao novo CPC**. 2. ed. Coord. Antonio do P. Cabral et al. RJ: Forense, 2016. p.301.

<sup>93</sup> PEREIRA, Mateus Costa. **CPC comentado**. Coord. Hélder M. Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 291-292.

<sup>94</sup> STEFANI, Marcos. **Breves comentários ao novo CPC**. Coord. Teresa A. A. Wambier. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p.624.

orgânica e viva, de normas jurídicas, que regulam entidade [ex.: organizações públicas, escolas, museus], bem [ex.: patrimônios histórico e artístico, patrimônio público e social; meio ambiente], relação [ex.: família, casamento], valor [ex.: lisura das eleições, fé pública, segurança dos registros públicos, veracidade da propaganda, lealdade concorrencial, moralidade pública, probidade administrativa, eficiência dos serviços públicos, bem-estar da criança e do adolescente, importância dos idosos], agrupamento [ex.: comunidades tradicionais, populações indígenas, reminiscências quilombolas], hábito [ex.: tradições, festas, costumes], utilidade [ex.: saúde, esporte, segurança, educação, previdência social, assistência social], norma [ex.: lei, Constituição] ou atividade [ex.: trabalho, livre iniciativa], cuja preservação estrutural e cujo bom funcionamento são essenciais à existência e à identidade de determinada sociedade e ao bem-estar de seus cidadãos (v. nosso Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *RePro* 244/247-284). No âmbito penal, o conceito correspondente é o de BEM JURÍDICO: “[...] são realidades vitais, cuja diminuição prejudica, de forma duradoura, a capacidade de rendimento da sociedade e a vida dos cidadãos.”<sup>95</sup> Note-se a similitude das duas noções: quem fala de

---

<sup>95</sup> ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.18.

instituição, privilegia o aspecto normativo do fenômeno; quem fala de bem jurídico, os aspectos fático e valorativo. Ou seja, «instituição» e «bem jurídico» são manifestações do próprio direito objetivo. Tutela de instituição ou bem jurídico implica tutela (de parte) do próprio ordenamento jurídico.

Com razão, portanto, o privatista alemão Ludwig Raiser<sup>96</sup>, compreende que o direito se orienta segundo duas concepções de sistema, que se complementam: 1) a tutela do círculo de atividades da pessoa através da atribuição dos direitos subjetivos («*Schutz des Wirkungsbereiches der Einzelperson durch die Zuteilung subjektiver Rechte*»); 2) o desenvolvimento e a proteção das instituições que comandam a nossa sociedade, com o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos correspondentes, por força do direito objetivo («*Entfaltung und Sicherung der unser gesellschaftliches Leben durchziehenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts*»). Daí se percebe que a tutela jurídica dos interesses não se faz apenas a partir da noção de direito subjetivo [*subjektiver Rechtsschutz*], mas também de instituição [*objektiver Rechtsschutz*]; assim, supera-se o velho dogma de que o direito

---

<sup>96</sup> RAISER, Ludwig. **Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht. Summum ius summa iniuria**. Tübingen: Mohr, 1963. p.145-167.

subjetivo é o único elemento para a construção sistemática do direito. Dentro desse sistema de tutela do direito objetivo, o Ministério Público desempenha «o» papel primacial. a) Na esfera procedimental penal, o MP aciona como «cuidador das instituições ou bens jurídicos penalmente tutelados» [CF/1988, art. 129, I; LC 75/1993, art. 6º, V; Lei 8.625/1993, art. 25, III; CP, art. 100, § 1º; CPP, art. 24; CPM, art. 121; CPPM, art. 29; Código Eleitoral, art. 357; Lei 8.038/1990, art. 1º]. b) Já na esfera procedimental civil, aciona como «cuidador das instituições ou bens jurídicos civilmente tutelados», ao redor dos quais gravitam os chamados «interesses difusos», que não são formalmente uma situação jurídica ativa, um «direito subjetivo difuso», mas uma dispersão amorfa de pessoas indeterminadas, que se interessam pela tutela jurídica da instituição; na dicção de Pontes de Miranda<sup>97</sup> e Bernardes de Mello<sup>98</sup>, são “direitos não subjetivados”, que não sofrem precisão, localização e individuação rigorosas, e que, por conseguinte, são o próprio direito objetivo [CF/1988, art. 129, III; LC 75/1993, art. 6º, VII; Lei 8.625/1993, art. Lei 8.625/1993, art. 25, IV; Lei 7.347/1985, art. 5º, I; Lei 7.913/1989, art. 1º; Lei 8.429/1992, art. 17, *caput*; CDC, art. 82, I; Lei 13.146/2018, art. 79, §

<sup>97</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 - com a EC 1/1969. t. I.** RJ: Forense, 1987. p.129.

<sup>98</sup> BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** SP: Saraiva, 2003. p.74.

3º], nesse sentido, por exemplo, Tesheiner.<sup>99</sup> c) Na esfera da jurisdição constitucional, aciona como «cuidador da Constituição» (a qual também é uma instituição, uma instituição sobre instituições, uma meta-instituição) [CF/1988, artigos 103, VI, e 129, IV; LC 75/1993, artigos 6º, I a III, e 46, parágrafo único, I; Lei 8.625/1993, art. 25, I; Lei 9.868/1999, artigos 2º, VI, 12-A e 13, IV; Lei 9.882/1999, art. 2º, I]. Em todos esses casos, o MP possui *legitimidade autônoma para a condução do processo* [*selbständige Prozeßführungsbefugnis*], não havendo de se falar em “legitimidade extraordinária” ou “substituição processual”<sup>100</sup>; afinal, não se retira a legitimidade ativa da estrutura subjetiva de uma relação jurídica de direito material afirmada em juízo. Além do mais, nessas esferas jurisdicionais, sempre que não seja o autor ou requerente, o MP deve intervir como *custos legis* [CPP, artigos 29 e 45; CPC, art. 976, § 2º, 991; Lei 7.347/1985, art. 5º, § 1º; Lei 4.717/1965, art. 6º, § 4º; CF/1988, art. 103, § 1º; Lei 8.038/1990, art. 5º, parágrafo único; Lei 9.868/1999, artigos 8º, 10, § 1º, 12, 12-E, § 3º, 12-F, § 2º, 19; Lei 9.882/1999, art. 4º, § 2º; Lei 8.429/1992, art. 17, § 4º; CDC, art. 92]. Aliás, mesmo na esfera administrativa em que se busca

<sup>99</sup> TESHEINER, José Maria. Aplicação do direito objetivo e tutela de direitos subjetivos nas ações transindividuais e homogeneizantes. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, v.20, n.78, Belo Horizonte, abril/junho de 2012, p.16.

<sup>100</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. **Comentários ao CPC.** SP: RT, 2015. p.663.

a tutela parajurisdicional de instituições, pode o MP intervir como *custos legis*; é o que se passa, por exemplo, nos procedimentos junto ao CADE para a defesa da concorrência (Lei 12.529/2011, art. 20).

## VI

Para além dos planos da 1) unidade e da 2) multiplicidade, há o plano da 3) complementaridade. Nem sempre uma multiplicidade aparentemente desordenada e dividida, que habita determinada realidade, pode ser explicada a partir de uma unidade originária-originante. Por vezes, existem «sobras», «impurezas», que convivem com outros múltiplos contingentes, mas não se explicam a partir de uma unidade essencial; porém, sem esses «detritos», a realidade fica incompleta e porosa. Da mesma forma, aqui e ali existem Funções Complementares, que preenchem o conjunto atribucional do Ministério Público, mas que não se extraem da função uma primordial. Muitas vezes, imputam-se ao MP funções dissonantes, que nada dizem com a curatela de bens jurídicos, instituições ou fatias temáticas do direito objetivo, e que, em consequência, lhe conferem um certo hibridismo centáurico. São elas: α) a **defesa de interesses sociais** [CF/1988, art. 127, *caput*; LC 75/1993, artigos 1º e 5º, I; Lei 8.625/1993, art. 1º] (ex.: ajuizamento de reclamação trabalhista em

favor de menor de 18 anos sem representante legal - CLT, art. 793; ajuizamento de ação para a tutela de interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, de alto relevo social); β) a **defesa de interesses individuais indisponíveis** [CF/1988, art. 127, *caput*; LC 75/1993, artigos 1º e 5º, I, e 6º, VII, c e d; Lei 8.625/1993, artigos 1º e 25, IV, a] (ex.: ajuizamento de ação de alimentos internacionais - Decreto Legislativo 10/1958; Decreto 58.826/1965; Lei 5.478/1968, art. 26; ajuizamento de ação de alimentos em favor de criança ou adolescente - ECA, art. 201, III; ajuizamento de ação de investigação de paternidade - Lei 8.560/1992, art. 2º, § 4º); γ) a **defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas** [CF/1988, art. 129, V; LC 75/1993, artigos 6º, VII, c, e XI, 5º, III, e, 37, II]; δ) o **controle externo da atividade policial** [CF/1988, art. 129, VII; LC 75/1993, artigos 9º, 10, 38, IV, 117, II, e 150, IV]. Em (α), (β) e (γ), o MP atua como substituto processual [*rectius*: pré-processual, pois ainda não há processo quando do ajuizamento] em ações voltadas à tutela de direitos subjetivos; em (δ), como auditor externo operacional. Trata-se de atribuições válidas *ex vi constitutionis*, não *ex vi essentiae suae*. Destoam da linha mestra que justifica a existência do MP; entretanto, espessam o inventário das missões ministeriais, visto que a CF/1988 assim impõe.

Dúvidas podem surgir, porém, quanto à natureza da função de «defensor do povo» ou «provedor de justiça» atribuída ao MP pelo art. 129, II, da CF/1988 («zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia»). Segundo Silva,

[...] ao contrário dos doutrinadores, geralmente membros da Instituição, a função de defensor do povo não é compatível com a função de Ministério Público. Não se podem misturar num órgão funções tão díspares. Alguma coisa acabará ficando sacrificada, dando-se relevo àquelas atribuições que tenham mais visibilidade nos meios de comunicação. Isso até já tem ocorrido. [...] A função de defensor do povo ou de provedor de justiça não é compatível com estruturas burocráticas, nem com investiduras vitalícias, porque deve ser desempenhada por órgão de confiança da representação popular com investidura a tempo certo.<sup>101</sup>

Realmente, na tradição hispano-americana, o *defensor del pueblo* é um órgão de controle independente e com autonomia funcional para a promoção da cidadania (recebimento de queixas, petições, notícias de irregularidade e reclamações do público, investigação de injustiças e erros administrativos, defesa dos direitos fundamentais, controle e vigilância da Administração Pública, supervisão

da eficiência dos serviços públicos, publicização de críticas e recomendações ao aprimoramento e ao saneamento dos serviços públicos, realização de seminários e campanhas de conscientização em prol da legalidade e da moralidade pública, promoção de audiências públicas, etc.), dotado de capacidade de atuar em juízo e fora dele, não raro com imunidades e prerrogativas próprias aos congressistas, cujo ocupante é escolhido pelo Parlamento para mandato com prazo determinado (v., e. g., Constituição argentina de 1995, art. 86; Constituição colombiana de 1991, artigos 178-1, 277-2, 281 a 284; Constituição peruana de 1993, artigos 161 e 162; Constituição equatoriana de 1998, artigo 216; Constituição boliviana de 2009, artigos 162-8 e 218 a 224). Instituições congêneres são também previstas, por exemplo, na Espanha [*Defensor del Pueblo*] - Constituição de 1978, artigos 54 e 70, 1, c], em Portugal [*Provedor de Justiça*] - Constituição de 1976, art. 23º] e na União Europeia [*Provedor de Justiça Europeu*] - Tratado da União Europeia ou Tratado de Maastricht de 1992, art. 138-E]. Como cediço, após resistir contundentemente à criação da Defensoria do Povo durante o processo de elaboração da CF/1988, o MP logrou para si a função, hoje desempenhada pelas famosas «Procuradorias dos Direitos dos Cidadãos» [LC 75/1993, artigos 11 a 26, 42; Lei 8.625/1993, art.

<sup>101</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à**

27]. No entanto, segundo os críticos, a função ainda tem sido exercida com baixa desenvoltura (sobre o tema, v., p. ex., Bezerra<sup>102</sup>).

De todo modo, embora desejável que a provedoria de justiça seja encabeçada por um órgão não-ministerial autônomo e independente, isso não desnatura a função: trata-se efetivamente de uma *zeladoria de bens jurídicos, instituições ou fatias temáticas do direito objetivo*. Na verdade, zela-se por bens jurídicos ou valores institucionais como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, transparência, eficiência, boa-fé, probidade, motivação, não-discriminação, contraditório, proporcionalidade, razoabilidade, urbanidade, duração razoável dos procedimentos administrativos e respeito aos direitos individuais, os quais, uma vez subjetivizados, redundam na disseminação aos cidadãos de garantias contra-administrativas. Ou seja, zela-se pelo segmento do direito objetivo que cuida da chamada «Boa Administração Pública», sem que se promova em juízo a defesa de direitos individuais lesados (sobre o tema, v., p. ex., Carvalho<sup>103</sup> e Teixeira e Neves<sup>104</sup>).

---

**Constituição.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.601-602.

<sup>102</sup> BEZERRA, Helga Maria Saboia. Defensor do Povo: origens do instituto *Ombudsman* e a malograda experiência brasileira. **Direito, Estado e Sociedade**, n.36, p.46-73, jan-jun de 2010.

<sup>103</sup> CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração.** Dissertação de mestrado, Niterói: UFF, 2013.

<sup>104</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. O direito fundamental à boa administração pública e o mito da supremacia do interesse público: os direitos fundamentais

## VII

Já se viu que o Ministério Público pode atuar como 1) fiscal da ordem jurídica, 2) acionante civil e 3) acionante penal. No entanto, pode ele ainda atuar como 4) pré-acionante civil e 5) pré-acionante penal. (4) Como PRÉ-ACIONANTE CIVIL, o MP pode instaurar procedimentos para a averiguação de fato determinado, ouvindo testemunhas, realizando inspeções, promovendo diligências investigatórias, solicitando perícias e expedindo notificações a entidades públicas ou privadas para a requisição de certidões, informações e documentos. Como isso, colhem-se elementos para a expedição de recomendações, a celebração de termos de ajustamento de conduta ou o ajuizamento de ação extrapenal [CF/1988, art. 129, III e VI; LC 75/1993, artigos 6º, VII, 7º, I, 38, I, 84, II, 150, I; Lei 8.625/1993, artigos 25, IV, e 26, I]. Pouco importa o nome dado a esses autos («inquérito civil», «procedimento preparatório» etc.): importa ao MP dispor de um procedimento inquisitivo e informal, que viabilize o desempenho *pré-* ou *extra-jurisdicional* de suas funções como i) substituto processual [*rectius*: pré-processual], ii) controlador externo da atividade policial, iii) curador civil de bens jurídicos em geral e iv) «defensor do povo» [= curador civil dos bens jurídicos atinentes

---

como delimitação do interesse público. **Revista Jurídica – CCJ**,

especificamente à «boa administração pública»]. Ainda assim, nada impede que, dispondo de peças de informação suficientes produzidas alhures, o MP já possa *per saltum* tomar providências perante o Poder Judiciário ou fora dele.

Por sua vez, (5) como PRÉ-ACIONANTE PENAL, o MP pode «requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais» [CF/1988, art. 129, VIII; LC 75/1993, artigos 7º, II, 38, II, 117, I, 150, II; Lei 8.625/1993, art. 26, IV]. Por falta de amparos expressos na Constituição e na lei procedimental penal, não pode o MP presidir investigação criminal. A apuração de infrações penais é atribuição exclusiva das polícias federal [CF/1988, art. 144, § 1º, I e IV] e civil [CF/1988, art. 144, § 4º]. E há razão de ser nisso: a) o domínio da ciência e da arte investigatório-criminal não é exigido dos candidatos nos concursos de provas e títulos para ingresso no Ministério Público, nem é transmitido nos cursos de formação de promotores substitutos; b) para se resguardar a imparcialidade da acusação, é desejável que a autoridade investigadora não coincida com a autoridade acionante; c) o MP não dispõe de burocracia operacional - munida, v. g., de quadros auxiliares

---

v.20, n.41, p.79-102, jan-abr de 2016.

de investigadores e assistentes técnicos - para a atividade investigativa. Não se nega que a permissão à investigação ministerial é tendência mundial. Ademais, o modelo de investigação policial exclusiva expõe a autoridade policial a pressões, mormente quando os investigados são políticos poderosos. Todavia, é preciso aí reformar a CF/1988, não desprezá-la. Há quem sustente que o poder ministerial de investigação criminal é «poder implícito», que deflui do princípio acusatório. A própria Lei Orgânica do Ministério Público da União [LC 75/1993] confere à instituição o poder de «realizar inspeções e diligências investigatórias» (art. 8º, V).

Sem razão, porém, ante a primazia da liberdade sobre a autoridade<sup>105</sup>, tem-se que: **A) texto sobre garantia do cidadão se interpreta ampliativamente e, por correlação, texto sobre poder do Estado se interpreta restritivamente [princípio da expansão da garantia]**; a fim de se superar eventual penúria da Constituição e não haver poder sem contraste, reserva-se às garantias o maior âmbito de aplicação possível e aos

---

<sup>105</sup> Sobre a aludida primazia, vide: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Liberdade e autoridade no direito processual: uma combinação legislativa em proporções discricionárias? (ou ensaio sobre uma hermenêutica topológico-constitucional do processo). **Empório do Direito.com.br**, 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/liberdade-e-autoridade-no-direito-processual-uma-combinacao-legislativa-em-proporcoes-discricionarias-ou-ensaio-sobre-uma-hermeneutica-topologico-constitucional-do-processo>. Acesso em: março de 2021.

poderes, o menor; logo, é antirrepublicana, e. g., a chamada «teoria dos poderes implícitos» [*inherent powers*], que se justifica, quando muito, nas constituições sintéticas (como a Constituição americana de 1787), não nas analíticas (como a Constituição brasileira de 1988); mais republicano é uma teoria das garantias implícitas [ex.: garantias implícitas da proporcionalidade, da razoabilidade, da motivação dos atos administrativos, da presunção de inocência civil ou extrapenal, do duplo grau de jurisdição, do promotor natural, da imparcialidade judicial], que instala o «reino do subentendido» *ex parte populi*, não *ex parte principis*; **B) texto sobre garantia do cidadão se interpreta para fortalecer a garantia, não o correlato poder do Estado [princípio da maximização da garantia]**; logo, não se pode invocar, p. ex., a garantia da proporcionalidade para aumentar os poderes do Estado ao invés de lhe coibir os excessos, a garantia do devido processo legal - sob a roupagem prostituída do «processo justo» - para imputar aos juízes poderes não expressos nas leis procedimentais, a garantia da eficiência administrativa para inchar o Estado, mediante a criação de agências reguladoras não expressas na Constituição, a garantia acusatória [*nullum iudicium sine accusatione*] para conferir ao órgão

acusador poderes investigatórios não expressos na Constituição, nem na lei procedimental penal.

Errou, portanto, o Pleno do STF no julgamento do RE-RG 593.727/MG (rel. Min. Cezar Peluso, rel. p/ acórdão rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.2015, maioria: «O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição»).

## VIII

Quando se fala do direito (em sentido) objetivo, fala-se de um sistema normativo subsistente por si próprio, cuja estrutura e cujo conteúdo independem das convicções pessoais dos aplicadores e das circunstâncias individuais

dos destinatários. Uma das garantias de respeito à objetividade do direito é a imparcialidade de quem o interpreta-aplica. Ser imparcial é sempre ficar entre a neutralidade asséptica e o subjetivismo voluntarista. Na prática, somente há imparcialidade possível, não «imparcialidade total», «grau zero de parcialidade», «atmosfera pura de objetividade». Nada obstante, o esforço por ela é fundamental. Logo, para exercer com sereno desvelo o mister de zelar pelo direito objetivo, o membro do Ministério Público necessita das garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios [CF/1988, art. 128, § 5º, I; LC 75/1993, art. 17; Lei 8.625/1993, art. 38]. Além disso, estão vedados: a) o recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de honorários, percentagens ou custas processuais; b) o exercício da advocacia; c) a participação em sociedade comercial, na forma da lei; d) o exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) o exercício da atividade político-partidária; f) o recebimento, a qualquer título ou pretexto, de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei [CF/1988, art. 128, § 5º, II; LC 75/1993, art. 237, III]. Por fim, deve ele: i) não ter interesse jurídico, moral ou econômico no desfecho da causa; ii) não ter conexão de afeição,

aversão ou envolvimento profissional com qualquer dos sujeitos do processo (ascendente, descendente, cônjuge, companheiro, noivo, namorado, amigo íntimo, inimigo, sócio etc.); iii) lutar contra predisposição, preferência, antipatia ou preconceito que nutra por qualquer dos sujeitos do processo em razão de raça, cor, religião, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, ideologia política, status socioeconômico, grau de escolaridade etc.; iv) não externar em público predisposição, preferência, antipatia ou preconceito por qualquer dos sujeitos do processo; v) não sofrer interferências nem pressão interna ou externa, direta ou indireta, de ordem política ou técnica, para beneficiar ou prejudicar qualquer dos sujeitos do processo; vi) ser incorruptível e aparentar em sua conduta pública essa incorruptibilidade; vii) tratar os sujeitos do processo com urbanidade e lhanza, evitando atritos que o indisponham contra eles; viii) integrar órgão com atribuição definida em lei *ante factum* por critérios impessoais e objetivos, impedindo-se nomeações *ad hoc*; ix) ser substituído por iniciativa sua ou a pedido do interessado caso não queira, não possa ou não consiga atender às exigências anteriores.

Em suma, o MP deve ser imparcial (cf. *Normas de responsabilidade profissional e declaração de direitos e deveres fundamentais dos promotores*, da Associação Internacional dos

Promotores, item 3.a: «Los fiscales desempeñarán sus funciones sin temor, favoritismo ni prejuicios. En particular los fiscales deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial».<sup>106</sup> Imparcialidade é atributo exigível dos exercícios tanto jurisdicional quanto ministerial [LC 75/1993, art. 239; CPC, art. 148, I; CPP, art. 112; CPPM, artigos 57 a 59]. Contudo, aí, o esforço ministerial é muito maior<sup>107</sup>. Afinal de contas, nem sempre o MP é *custos legis* e, portanto, terceiro ao conflito. Como sujeito acionante, é inevitável que o promotor se envies. E frequentemente isso ocorre. Por isso, não se pode exigir do promotor o mesmo grau de imparcialidade-neutralidade do juiz. Ainda assim, para se interromper ou diminuir essa contaminação psíquico-cognitiva, recomenda-se, por exemplo, que o promotor pré-acionante não seja o promotor acionante, que entre eles haja uma divisão funcional de tarefas. Em todo caso, é importante que o promotor aja sempre com um padrão mais elevado que um litigante civil (cf. Comissão de Veneza, *European*

<sup>106</sup> Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Naciones Unidas, Nueva York, 2008. Disponível em: [https://www.iap-association.org/getattachment/Spanish/Resources-Dokumentation/IAP-Standards/UN-Resolution/RESOLUCION\\_ONU\\_2008.pdf.aspx](https://www.iap-association.org/getattachment/Spanish/Resources-Dokumentation/IAP-Standards/UN-Resolution/RESOLUCION_ONU_2008.pdf.aspx). Acesso em: março de 2021.

<sup>107</sup> Observação: note-se que imparcialidade não é «virtude» nem «condição moral», mas resultado - sequer pleno - de um esforço técnico de autocontenção. Sobre o tema, vide nosso artigo: COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito

*standards as regards the independence of the judicial system: part II - the prosecution service*, item V.14: «The prosecutor [...] must act to a higher standard than a litigant in a civil matter»<sup>108</sup>. Daí por que não lhe compete uma condenação *à tout prix*. Em nome da tutela de bens jurídicos, instituições ou setores temáticos do direito objetivo, o MP pode: a) como *custos legis*, atuar contra os fundamentos aduzidos pelas partes ou contra as resoluções do juiz; b) como acionante penal, pedir a absolvição do próprio réu contra quem ofereceu denúncia e recorrer em favor dele (cf. CPPM, art. 54, parágrafo único: «A função de órgão de acusação não impede o Ministério Público de opinar pela absolvição do acusado, quando entender que, para aquele efeito, existem fundadas razões de fato ou de direito»); c) como acionante civil, pedir o julgamento de improcedência da própria demanda que propôs e recorrer em favor do demandado (em sentido similar, em Vitotrelli<sup>109</sup>). Nisso reside a grandeza do MP, a qual lhe é fundamento para «sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem» [LC

processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2019, p.203-204.

<sup>108</sup> VENICE COMMISSION. European Commission For Democracy Through Law. Strasbourg, 3 January 2011. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)040-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)040-e). Acesso em: março de 2021.

<sup>109</sup> VITOTRELLI, Edilson. **Novo CPC comentado**. t. I. Coord. Sérgio L. A. Ribeiro. SP: Lualri, 2017. p. 273.

75/1993, art. 18, I, a. Em sentido similar: Lei 8.625/1993, art. 41, XI].

Para alguns, parte imparcial constitui um “disparate lógico”<sup>110</sup>. De qualquer forma, o esforço pela imparcialidade ministerial - ao menos no sistema de direito positivo brasileiro - é imperativo. O ser não desconstitui o dever-ser. A parcialidade comezinha não revoga a imparcialidade ansiada, mesmo que na prática o promotor só atinja uma *proto-*, *para-* ou *semi-*imparcialidade, atuando como um estranho medial entre um «juiz parcial» e uma «parte imparcial». Portanto, que se instituem todos os meios possíveis ao desviesamento dos promotores<sup>111</sup>. Deixe-se claro que, quando o MP atua como autor, exercendo a função acionante [= dever-poder de acionar ante a presença dos pressupostos fáticos e jurídicos], fá-lo sempre sob a suposição metodológica interina de culpabilidade penal/civil do acusado/demandado. Jamais afirma na denúncia/petição inicial com o dedo em riste - tomado pela paixão de um advogado - a existência da ação de direito material que porventura o Estado-juiz tenha de substitutivamente realizar. Tão somente ao final da instrução, o MP transita da *sub*-posição [plano da provisoriedade] para a assunção de uma

posição [plano da definitividade], pedindo *in fine* a condenação/procedência ou a absolvição/improcedência (para uma distinção entre pressuposição, suposição e posição, vide<sup>112</sup>). Não é de se estranhar que assim seja: sendo o MP curador do direito objetivo, compete-lhe ao final reconhecer se incidiu ou não a norma de direito material por ele aventada, se há ou não nos autos prova do suporte fático da ação de direito material cuja existência foi por ele suposta ao longo da instrução. Daí a desnecessidade de intervenção do MP como *custos legis* em ação por ele próprio aforada: seja como autor, seja como fiscal da ordem jurídica, deve ele igualmente zelar com imparcialidade pelo direito objetivo. Isso mostra que as duas atividades são «consubstanciais». Elas têm idênticos conteúdo e objeto, embora formalmente sejam distintas.

## IX

De acordo com o princípio da soberania popular, todo poder é emanado do povo, devotado para o povo e exercido pelo povo diretamente [= democracia direta ou participativa], nos termos da Constituição, ou mediante representantes [= democracia indireta ou representativa]. Sob um ponto de vista

<sup>110</sup> VELLOSO, Alvarado. **Sistema procesal: garantía de la libertad**. t. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.433. AROCA, Juan Montero. **Proceso penal y libertad**. Pamplona: Civitas, 2009. p.122-123.

<sup>111</sup> BURKE, Alafair. Neutralizing cognitive bias: an invitation to prosecutors. *NYU Journal & Liberty*, v. 2, p.512-530, 2007.

<sup>112</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, ano 25, n. 100, p.129-144, Belo Horizonte, out./dez. 2017.

eminentemente jurídico, o poder consiste em criar o direito e aplicar o direito. De maneira mais refinada, pode-se dizer que o poder consiste 1) na edição do direito [= poder jurislativo], 2) na aplicação do direito por terceiro à relação discutida, revestido de garantias de imparcialidade, cujos méritos decisórios sejam incontroláveis *ab extra* [= poder jurisdicional], e 3) na aplicação do direito pela própria parte da relação discutida, ou por terceiro, revestido ou não de garantias de imparcialidade, cujos méritos decisórios sejam controláveis *ab extra* [= poder administrativo]. Assim, os legisladores são os representantes legislativos do povo [representantes eleitos ou com legitimidade democrática originária]; os juízes e tribunais, os representantes judiciários do povo [representantes não eleitos ou com legitimidade democrática derivada]; os governantes, os representantes executivos do povo [representantes eleitos ou com legitimidade democrática originária]<sup>113</sup>.

Logo, só existem três Poderes instituídos pela CF/1988: i) o Poder Legislativo [Título IV, Capítulo I], que desempenha preponderantemente o poder jurislativo; ii) o Poder Executivo [Título IV, Capítulo II], que desempenha

---

<sup>113</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O Poder Judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e a aristocracia*. Empório do Direito.com.br. 13 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-71-o-poder-judiciario-diante-da-soberania-popular-o-impasse-entre-a-democracia-e-a-aristocracia>. Acesso em: março de 2021.

preponderantemente o poder administrativo; iii) o Poder Judiciário [Título IV, Capítulo III], que desempenha preponderantemente o poder jurisdicional. *Quartum non datur*. Não pode o Ministério Público ser um «Quarto Poder». Em sentido político-constitucional, exerce funções, não autêntico poder. Não emanam elas do povo. O exercício das funções ministeriais não implica edição nem aplicação do direito. Como autor, o MP exerce função procuratória e propulsora da atividade jurisdicional, pedindo a aplicação do direito pelo juiz; como *custos legis*, atua pela correta aplicação do direito pelo juiz, mediante oferecimento de parecer, produção de prova e interposição de recurso; só por vezes, no desempenho de função administrativa, ele próprio aplica o direito nos procedimentos administrativos de sua competência. Na verdade, trata-se de uma função anexa [*ad-nexa*], não inexo [*in-nexa*]; não flui de dentro do povo, do íntimo popular, embora se junte por fora aos poderes que do povo fluem; o nexa com o povo e, por via reflexa, com os três Poderes, é externo, não interno; é função criada pela Constituição para acoplar-se desde fora [*«from outside»*], não emanada do povo para concertar desde dentro [*«from inside»*]. Logo, o MP não é um órgão de soberania popular. Não age em nome do povo e, por isso, não tem representatividade popular. Apesar de surtos populistas que acometem setores

«progressistas» da carreira ministerial, um promotor não é um «representante do povo». Não possui nem busca possuir legitimidade democrática. Não é, em essência, um «advogado direto do povo» (em sentido contrário: COMPARATO<sup>114</sup>; DALLARI)<sup>115</sup>. Quando muito é um «advogado indireto», que trabalha pelo cumprimento exato da Constituição e das leis aprovadas pelos representantes democraticamente eleitos. Não patrocina direitos subjetivos do povo, mas o direito objetivo do Estado. Assim sendo, o MP é um órgão menos democrático que aristocrático, apesar de que, num Estado Democrático de Direito, tenha a incumbência de defender o próprio regime democrático [CF/1988, art. 127, *caput*; LC 75/1993, artigos 1º, 5º, I, e 6º, XIV; Lei 8.625/1993, art. 1º].

De todo modo, a função ministerial se desempenha perante o Poder Judiciário e em razão dele. Atuando de forma judicial ou extrajudicial, mas sempre tendo o Poder Judiciário como ponto referencial, o MP vela pelo ordenamento jurídico do Estado. Por isso, posiciona-se institucionalmente ao redor da jurisdição. Tem natureza jurídica

circunjurisdicional. É - na dicção da CF/1988 - uma «função essencial à Justiça» [Título IV, Capítulo IV, Seção I]. Nesse sentido, coloca-se ao lado da Advocacia Pública [Título IV, Capítulo IV, Seção II], da Advocacia [Título IV, Capítulo IV, Seção III] e da Defensoria Pública [Título IV, Capítulo IV, Seção IV]: em regra, a Defensoria Pública cuidando dos direitos subjetivos dos cidadãos necessitados; a Advocacia, dos direitos subjetivos dos cidadãos em geral; a Advocacia Pública, dos direitos subjetivos do Estado; o Ministério Público, do direito objetivo do Estado. É importante sublinhar que, à luz da CF/1988, o MP brasileiro não é órgão de qualquer dos três Poderes, conquanto de todos eles equidiste. Nalguns países, o MP integra ou já integrou: a) o Poder Judiciário [ex.: Constituição italiana de 1948; Constituição espanhola de 1978]; noutros, b) o Poder Executivo [ex.: Constituição brasileira de 1967; «Constituição brasileira de 1969»]; noutros, ainda, c) o Poder Legislativo [ex.: Constituição da Alemanha Oriental de 1974; Constituição búlgara de 1971]. a) Como órgão judiciário, olha-se o MP pela imparcialidade, que de seus membros se exige; b) como órgão executivo, pela fiscalização, que exerce sobre a incolumidade dos bens jurídicos; c) como órgão legislativo, pela legalidade, por cuja exata observância zela. No Brasil de hoje, porém, o MP é um órgão público insolitamente «solto», sem

<sup>114</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 40, p.80, 2001.

<sup>115</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. Ministério Público: advogado do povo. **Justiça, cidadania e democracia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado; Ministério Público Democrático, 2006. p.84.

personalidade jurídica, desvinculado de qualquer Poder, posto que pertença ao Estado. Não lhes é um «setor» nem uma «repartição». Tem “Localização Xenotópica” no edifício institucional brasileiro. Padece de *out-of-placeness*. Por isso, possui um regime jurídico-político sui generis: vaga num limbo organizativo-constitucional, embora tenha para si «assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo [...] propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira» [CF/1988, art. 127, § 2º]. E é bom que assim seja, pois permite que desde fora o MP controle o cumprimento fiel do direito objetivo pelos três Poderes.

## X

O Ministério Público não é «representante da sociedade». Quando se diz que a sociedade é «representada» pelo MP, deve-se saber que a afirmação é menos técnico-jurídica que retórico-política. O MP cuida de “instituições, bens jurídicos ou fatias temáticas do direito objetivo”, ao redor das quais gravitam interesses ostentados por uma dispersão amorfa de pessoas indeterminadas espalhadas por toda a sociedade. Por isso, de ordinário, cuidando civil ou

penalmente desses valores institucionais, o MP cuida dos interesses reflexos da própria sociedade. Só nesse impreciso sentido, portanto, se pode dizer que o MP a «representa». Ainda assim, nada impede que, ante a necessidade de se tutelar o ordenamento jurídico do Estado, a sociedade - mormente a maioria - seja contrariada em seus interesses pelo MP. Isso mostra mais uma vez que ele serve variavelmente à sociedade e invariavelmente ao direito objetivo. Num Estado democrático, o MP defende o regime democrático porque defende a democraticidade que lhe impregna a legalidade; igualmente, num Estado autocrático (socialista, nazista, fascista etc.), defende o regime autocrático porque defende a autocraticidade que lhe impregna a legalidade. Logo, no caso brasileiro, o MP não é funcionalmente democrático *ex vocatione & donis extraordinariis*, mas *ex vi constitutionis*. Aliás, não se pode olvidar que se trata de uma instituição de poder. Pudera: é tratado no Título IV da CF/1988 («Da organização dos Poderes»).

Ferrajoli propugna o Ministério Público - mormente na América Latina, onde não se limita à função de acusador público - como uma «instituição de garantia», já que luta pela efetivação de direitos fundamentais<sup>116</sup>. No entanto, a aludida luta não desnatura a instituição,

---

<sup>116</sup> FERRAJOLI, Luigi. Per un Pubblico Ministero come istituzione di garanzia. In: CALABRICH, Bruno (org.) et al.

não faz dela uma garantia em si, não a isenta de abusos e desvios, não apaga as garantias cidadãos contra ela existentes. Num ambiente republicano, onde há poder do Estado, ali há de haver as respectivas garantias individuais (também conhecidas como garantias de liberdade ou garantias de primeira dimensão). Elas protegem os cidadãos dos eventuais desvios e excessos cometidos pelos exercentes do poder. Portanto, ao poder jurislavativo se opõem as garantias contralegislativas [ex.: ADI, ADC, ADPF, ADO, mandado de injunção, controle difuso de constitucionalidade]; ao poder administrativo, as garantias contra-administrativas [ex.: licitação, concurso público, ação popular, mandado de segurança, prestação de contas, moralidade]; ao poder jurisdicional, as garantias contrajurisdicionais [ex.: devido processo legal, contraditório, juiz natural, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, reclamação às ouvidorias de justiça] (sobre a tema, vide<sup>117</sup>). Do mesmo jeito, ao poder ministerial se devem opor “Garantias Contraministeriais”, especialmente no Brasil, onde o MP tem status quase onnipresencial. São exemplos dessas garantias constitucionais: o direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder [art. 5º, XXXIV, a]; o *habeas corpus* [art.

5º, LXVIII]; o mandado de segurança [art. 5º, LXIX]; o processo de *impeachment* contra o Procurador-Geral da República [art. 52, II]; a reclamação às ouvidorias do Ministério Público [art. 130-A, § 5º]; a reclamação ao Conselho Nacional do Ministério Público [art. 130-A, § 2º, III]; as reclamações e denúncias à Corregedoria Nacional do Ministério Público [art. 130-A, § 3º, I].

A propósito, chama atenção o injustificável silêncio da doutrina constitucional brasileira sobre o tema. Afinal, a história universal relata uma longa ficha de serviços já prestados pelo MP às tiranias. Otto von Bismarck, Chanceler da Alemanha e Ministro-Presidente da Prússia, se utilizou do Ministério Público [*Staatsanwaltschaft*] - que tinha o monopólio do exercício da ação penal e cujos membros eram funcionários públicos forçados a obedecer instruções superiores - para retaliar os seus opositores políticos (sobre o tema, vide<sup>118</sup>). Isso sem falar da *Prokuratura* soviética, cujo poder antidemocrático de supervisão geral controlava o Poder Judiciário e, com isso, defendia o arcabouço ideológico do estado totalitário que vigorava na extinta U.R.S.S. Daí a necessidade de se tornar controlável pelo próprio cidadão a função ministerial. Ora, nos dias atuais, por vezes

---

**Garantismo penal integral.** 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p.34-45.

<sup>117</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. **Empório do Direito.com.br**. 04 de julho de 2018.

---

Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>. Acesso em: março de 2021.

se veem abusos nas funções ministeriais de instaurar inquérito civil, instaurar procedimento de investigação criminal, ordenar a instauração de inquérito penal, oferecer denúncia, ajuizar ação de improbidade administrativa e nela requerer a indisponibilidade de bens do réu. A situação ainda se agrava contra a esfera de liberdade dos cidadãos quando se sabe que no Poder Judiciário grassa uma espécie de «viés de Ministério Público» [*prosecutorial bias*]: como bem aponta a Comissão de Venezuela<sup>119</sup> no relatório supramencionado, «*In some countries a 'prosecutorial bias' seems to lead to a quasi-automatic approval of all such requests from the prosecutors. This is a danger not only for the human rights of the persons concerned but for the independence of the Judiciary as a whole*» [tradução: «Em alguns países, um 'viés do Ministério Público' parece levar a um deferimento quase automático de todos esses pedidos dos promotores. Este é um perigo não só para os direitos humanos das pessoas envolvidas, mas também para a independência do Judiciário como um todo»]. No Brasil, a «decisão judicial de recebimento da denúncia» - praticamente uma carimbada - é exemplo crasso.

<sup>118</sup> MÜLLER, Ingo. **Los juristas del horror**. Tradução de Carlos A. Figueredo. Bogotá: Alvaro Nora, 2014. p.15.

<sup>119</sup> VENICE COMMISSION. European Commission For Democracy Through Law. Strasbourg, 3 January 2011. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)040-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)040-e). Acesso em: março de 2021.

## XI

No presente artigo, exploraram-se três ordens de atribuição ministerial: i) a atribuição una primordial [unidade]; ii) as atribuições múltiplas derivadas [multiplicidade]; iii) as atribuições complementares [complementaridade]. Concluiu-se que a atribuição una primordial, que serve de fundamento último ao Ministério Público, é esta: “velar e fazer velar pelo direito objetivo”. No entanto, a relação entre a unidade e a multiplicidade não é imediata. A mediação entre a atribuição una primordial e as atribuições múltiplas derivadas é obra da Constituição. Ela é o artífice que, em cada país, plasma o conjunto material das múltiplas atribuições ministeriais, em função das particularidades nacionais, realizando derivações e complementações ao seu modo. Não sem motivo os ministérios públicos das diferentes nações se assemelham ou se imitam, o que viabiliza entre eles um contínuo intercâmbio internacional cada vez mais intenso. Ao fim e ao cabo, todas as constituições partem de um «paradigma ideal»: o MP como a “zeladoria - nas situações de pré-acionante, acionante e interveniente - de bens jurídicos, instituições ou fatias temáticas do ordenamento jurídico do Estado”. Todavia, o Brasil padece de um «excesso presencial de Ministério Público», que

acumula um nunca acabar de funções e, por isso, prefere umas a outras. No País, contudo, uma percepção unitária-unificante das funções do MP ainda é nula. A despeito disso, Silva (2006) teve há alguns anos um lampejo pioneiro, infelizmente por ele próprio subexplorado:

No essencial sua função primordial permanece sendo velar e fazer velar pela observância da lei. Assim é mesmo quando a Constituição lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. *Tudo isso se resume na sua finalidade de prover sobre a exata observância do direito objetivo, incluindo a Constituição.*<sup>120</sup>

Essa parece ser a plataforma de lançamento para uma constitucionalística definitiva sobre o Ministério Público, desenvolvida não apenas por membros da instituição *in causa sua*, mas por toda a comunidade haberliana dos intérpretes da Constituição.

## REFERÊNCIAS

AROCA, Juan Montero. **La paradoja procesal del siglo XXI**: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero). Valência: Tirant lo Blanch, 2014.

AROCA, Juan Montero. **Proceso (civil y penal) y garantía**. Valência: Tirant lo Blanch, 2006.

---

<sup>120</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.595.

AROCA, Juan Montero. **Proceso penal y libertad**. Pamplona: Civitas, 2009.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª parte. SP: Saraiva, 2003.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. Defensor do Povo: origens do instituto *Ombudsman* e a malograda experiência brasileira. **Direito, Estado e Sociedade**, n.36, p.46-73, jan-jun de 2010.

BURKE, Alafair. Neutralizing cognitive bias: an invitation to prosecutors. **NYU Journal & Liberty**, v. 2, p.512-530, 2007.

CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração**. Dissertação de mestrado, Niterói: UFF, 2013.

Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Naciones Unidas, Nueva York, 2008. Disponível em: [https://www.iap-association.org/getattachment/Spanish/Resources-Documentation/IAP-Standards/UN-Resolution/RESOLUCION\\_ONU\\_2008.pdf.aspx](https://www.iap-association.org/getattachment/Spanish/Resources-Documentation/IAP-Standards/UN-Resolution/RESOLUCION_ONU_2008.pdf.aspx). Acesso em: março de 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 40. 2001.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Liberdade e autoridade no direito processual: uma combinação legislativa em proporções discricionárias? (ou ensaio sobre uma hermenêutica topológico-constitucional do processo). **Empório do Direito.com.br**. 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/liberdade-e-autoridade-no-direito-processual-uma-combinacao-legislativa-em-proporcoes->

discricionarias-ou-ensaio-sobre-uma-hermeneutica-topologico-constitucional-do-processo. Acesso em: março de 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. **Empório do Direito.com.br**. 04 de julho de 2018. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>. Acesso em: março de 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O Poder Judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e a aristocracia. **Empório do Direito.com.br**. 13 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-71-o-poder-judiciario-diante-da-soberania-popular-o-impasse-entre-a-democracia-e-a-aristocracia>. Acesso em: março de 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. **Consultor Jurídico (conjur.com.br)**, 16 de novembro de 2016, 6h52. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em: março de 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, ano 25, n. 100, p.129-144, Belo Horizonte, out./dez. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Processo: garantia de liberdade [freedom] e garantia de «liberdade» [liberty]. **Empório do Direito.com.br**. 21 de agosto de 2018. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>. Acesso em: março de 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Ministério Público: advogado do povo. **Justiça, cidadania e democracia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado; Ministério Público Democrático, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Per un Pubblico Ministero come istituzione di garanzia. In: CALABRICH, Bruno (org.) et al. **Garantismo penal integral**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

LIEBMANN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. **Rivista di diritto processuale**, n.15, p.565, 1960.

MÜLLER, Ingo. **Los juristas del horror**. Tradução de Carlos A. Figueredo. Bogotá: Alvaro Nora, 2014.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. **Comentários ao CPC**. SP: RT, 2015.

PEREIRA, Mateus Costa. **CPC comentado**. Coord. Hélder M. Câmara. São Paulo: Almedina, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 - com a EC 1/1969. t. I**. RJ: Forense, 1987.

RAISER, Ludwig. **Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht. Summum ius summa iniuria**. Tübingen: Mohr, 1963.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **Comentários ao novo CPC**. 2. ed. Coord. Antonio do P. Cabral et al. RJ: Forense, 2016.

RORDOF, Renato. Gli obiettivi di questo numero: “Il pubblico ministero nella giurisdizione”, “La responsabilità civile fra il giudice e la legge”. **Revista Questione Giustizia**. Editorial do n. 1, p.3-5, 2018. Disponível em: [https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/23/qg\\_2018-1.pdf](https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/23/qg_2018-1.pdf). Acesso em: março de 2021.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STEFANI, Marcos. **Breves comentários ao novo CPC**. Coord. Teresa A. A. Wambier. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1. p.171-172, jan/abr 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. O direito fundamental à boa administração pública e o mito da supremacia do interesse público: os direitos fundamentais como delimitação do interesse público. **Revista Jurídica – CCJ**, v.20, n.41, p.79-102, jan-abr de 2016.

TEREBILOV, V.; POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIÁN, V.. **Princípios de processo civil da U.R.S.S. e das Repúblicas Federadas**. Tradução de Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1978.

TESHEINER, José Maria. Aplicação do direito objetivo e tutela de direitos subjetivos nas ações transindividuais e homogeneizantes. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, v.20, n.78, p.13-28, Belo Horizonte, abril/junho de 2012.

VELLOSO, Alvarado. **Sistema procesal: garantía de la libertad**. t. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

VENICE COMMISSION. European Commission For Democracy Through Law. Strasbourg, 3 January 2011. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)040-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)040-e). Acesso em: março de 2021.

VITOTRELLI, Edilson. **Novo CPC comentado**. t. I. Coord. Sérgio L. A. Ribeiro. SP: Lualri, 2017.

**COOPERAÇÃO PROCESSUAL: UMA  
FACETA DO MODELO INQUISITORIAL  
DE PROCESSO REVESTIDA E  
APRESENTADA COM ARES DE  
NOVIDADE**

*Igor Raatz<sup>121</sup>*

*Natascha Anchieta<sup>122</sup>*

**RESUMO:** O presente ensaio pretende mostrar que a chamada “cooperação processual”, doutrinariamente defendida no Brasil e objeto de previsão legislativa no art. 6.º do Código de Processo Civil brasileiro, não passa de uma faceta do modelo inquisitorial de processo, sendo equivocadamente considerada uma novidade na perspectiva da estruturação do procedimento civil. Para tanto, partindo do método histórico e bibliográfico, são exploradas as origens da cooperação processual na ÖZPO de Franz Klein, bem como a nítida recepção de elementos de visão autoritária de processo do modelo processual do império austro-húngaro, na doutrina que serve de alicerce para a cooperação processual no Brasil. Por fim, defende-se a tese de

<sup>121</sup> Pós-doutor, doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em processo civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do IPDP – Instituto Panamericano de Direito Processual. Professor no curso de graduação em Direito da Universidade FEEVALE – Novo Hamburgo (RS). Professor em cursos de pós-graduação e extensão em direito processual civil. Advogado. E-mail: igor@raatzanchieta.com.br

<sup>122</sup> Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito pela Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS. Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do IPDP – Instituto Panamericano de Direito Processual. Professora em cursos de pós-graduação e extensão em direito processual civil. Advogada. E-mail: natascha@raatzanchieta.com.br

que é impossível a extração de deveres de cooperação do art. 6.º do Código de Processo Civil, situação que, em tese, não seria sequer endossada pela doutrina portuguesa que serviu de base para a incorporação da cooperação processual no direito processual brasileiro.

## 1. INTRODUÇÃO

Nos dias 30 e 31 de agosto de 2019, tivemos a honra de participar do III Colóquio Internacional de Jundiaí, realizado pela ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual e pelo IPDP – Instituto Panamericano de Derecho Processual. Referido evento, magistralmente organizado pelo professor Glauco Gumerato Ramos, tornou-se um dos referenciais do calendário jurídico do garantismo processual no Brasil. Trata-se de um acontecimento de vital importância para a difusão das novas tendências, algumas ainda pouco exploradas no Brasil e, acima de tudo, uma oportunidade ímpar para aprender com renomados professores e reencontrar grandes amigos – com os quais, diga-se de passagem, sempre estamos a aprender.

Em um dos painéis realizados naquele evento, tratou-se do tema da “cooperação processual”, questionando-se a sua compatibilidade com a Constituição brasileira e a sua aplicabilidade ao procedimento penal. Na ocasião, juntamente com os professores Diego

Crevelin – talvez o responsável pelas melhores críticas à cooperação processual em solo brasileiro – e Evie Malafaia, tivemos a oportunidade de aprender e debater sobre as mencionadas questões. Após maiores reflexões sobre o tema, resolvemos, com adaptações e acréscimos, verter para a forma escrita algumas ideias defendidas em agosto de 2019 na cidade de Jundiá. O resultado são as linhas que seguem.

Diversos são os caminhos que podemos percorrer para tratar, criticamente, do tema da cooperação processual, seja partindo da dicção do art. 6.º do Código de Processo Civil brasileiro, seja partindo daquilo que os seus defensores – aqui denominados de cooperativistas – têm escrito sobre o tema. Objetivamente, contudo, optaremos por enfatizar *três linhas de abordagem* que reputamos cruciais para a compreensão da matéria, sendo que a última delas será desenvolvida já na conclusão. Nessas três linhas, o ponto comum será o viés crítico com que se tratará da chamada “cooperação processual”, que, conforme o seguimento doutrinário abordado, recebe outras denominações como “colaboração processual”, “comparticipação”, e “modelo cooperativo de processo”. Em que pese eventuais divergências entre os “cooperativistas”, é possível visualizar uma série de elementos comuns que fazem de diferentes correntes doutrinárias alvo das mesmas críticas.

## **2. Sobre como as bases doutrinárias da cooperação processual no Brasil revelam que o modelo cooperativo de processo não passa do velho e conhecido modelo inquisitorial**

No Brasil, a expressão “cooperação processual” já não é tão nova, uma vez que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Barbosa Moreira escreveram sobre o tema, já no final dos anos 80 e início dos anos 90, se valendo principalmente das fontes do direito alemão e do direito português, *sempre com o intuito de justificar uma série de características que – embora isso não seja comumente dito – são próprias de um “modelo inquisitorial” de processo*<sup>123</sup>. No caso específico do doutrinador Alvaro de Oliveira, a noção de “cooperação

---

<sup>123</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Ajuris*: revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul. n.74. Porto Alegre: AJURIS, 1988, p. 107. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v.30, n.90, (jun. 2003). Porto Alegre: AJURIS, 2003, p. 63. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. Nesse mesmo sentido, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Dimensiones sociales del proceso civil. *Revista de processo*. São Paulo, v.12, n.45, p. 137-144, jan. 1987. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de processo*. São Paulo, v.14, n.53, p. 122-133, jan. 1989. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte, v.12, n.49, p. 51-68, jan. 1986. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

processual”, tanto do órgão judicial com as partes quanto das partes com o órgão judicial, esteve associada a um tema muito caro ao pensamento de Barbosa Moreira, qual seja, o da “divisão de trabalho entre o juiz e as partes”. Alvaro cuidou de abordá-la de modo atrelado à defesa de um redimensionamento da garantia do contraditório, destacando o que, na doutrina brasileira, veio a ser gradualmente condensado nas expressões “direito de influência” e “proibição de decisões surpresa”. Contudo, o reconhecimento de outras dimensões à garantia do contraditório, para além do seu basilar núcleo próprio de um direito fundamental de defesa, não veio acompanhado de uma superação do modelo inquisitorial de processo. Muito pelo contrário, o contraditório passou a ser fator de legitimação de posturas inquisitoriais maléficas à garantia da imparcialidade judicial<sup>124</sup>.

Essa raiz inquisitorial, presente na doutrina da “cooperação processual”, também está arraigada no pensamento do professor português Miguel Teixeira de Sousa, cuja doutrina serviu de base para boa parte dos

---

<sup>124</sup> Nesse sentido, ver RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. Contraditório em “sentido forte”: uma forma de compensação das posturas judiciais instrumentalistas? *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, nº 31. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/31-contraditorio-em-sentido-forte-uma-forma-de-compensacao-das-posturas-judiciais-instrumentalistas>>. Acesso em 07.03.2021. Sobre a instrumentalização do contraditório pelo poder jurisdicional, ver, também, COSTA, Eduardo José da Fonseca. Instituição de poder e instituição de garantia. *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, nº 45. Disponível em

desenvolvimentos teóricos brasileiros acerca do tema. Foi com base no referido autor que se desenvolveu a defesa de um “novo modelo de processo”, denominado de cooperativo, colaborativo ou participativo, no qual seriam atribuídos ao juiz deveres de cooperação (prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio). Em síntese, a doutrina brasileira da cooperação processual enxerga neste “novo” modelo de processo uma espécie de alternativa tanto ao modelo adversarial quanto ao modelo inquisitorial de processo. Tratar-se-ia de um terceiro modelo de processo, superador, inclusive, do “socialismo processual”, o qual seria marcado por uma série de elementos inquisitoriais muito próprio das lições de autores como Franz Klein.

Contudo, no Brasil, a doutrina de Miguel Teixeira de Sousa e o direito português foram utilizados com base no argumento de que “o processo civil português reformado” teria se afastado das tendências próprias do socialismo processual de submissão do processo ao controle judicial<sup>125</sup>. Ou seja, a importação da “cooperação processual portuguesa” seria crível na medida em que se constituiria num modelo democrático de processo e, portanto, superador do socialismo

---

<<https://emporiiododireito.com.br/leitura/45-instituicao-de-poder-e-instituicao-de-garantia>>. Acesso em 07.03.2021.

<sup>125</sup> Nesse sentido, por exemplo, THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82-83.

processual, este fundado na consecução de amplos poderes ao órgão judicial.

Ocorre que Miguel Teixeira de Sousa desenvolveu a sua doutrina sobre a cooperação processual diante das reformulações do Código de Processo Civil português de 1939, as quais ocorreram por meio de decretos-lei dos anos de 95 e 96. Então, em 1997, Miguel Teixeira de Sousa desenvolveu o tema da cooperação processual, principalmente no seu livro chamado “Estudos sobre o novo processo civil”.

Basta analisarmos que a própria exposição de motivos do Decreto-lei de 95, que reformou o CPC português de 39, previa a figura de um *juiz mais interventor*, e trazia o princípio da cooperação como uma espécie de compensação diante desse *juiz mais interventor* (algo muito parecido com o que, no Brasil, já se fazia com a noção de “contraditório forte”). É nesse sentido que Miguel Teixeira de Sousa afirma que o processo civil português reformado estaria alicerçado no chamado socialismo processual, numa espécie de consagração do Estado social, cabendo ao juiz um papel assistencial que assegurasse uma igualdade substancial entre as partes. Miguel Teixeira de Sousa inclusive faz referências diretas a autores expoentes do socialismo/publicismo processual, como, por exemplo, Franz Klein, Anton Menger e Giuseppe Chiovenda. Para ele, a reforma

processual portuguesa representaria a consagração das soluções do processo civil de característica do *Welfare State* e a tarefa de assegurar, através da atividade assistencial do juiz, uma igualdade substancial entre as partes, seria “uma preocupação oriunda do socialismo jurídico oitocentista, especialmente defendida, na área processual, pelo social-democrata austríaco Anton Menger e transposta pelo grande reformador Franz Klein para a *Zivilprozeßordnung* austríaca de 1895”<sup>126</sup>.

Sobre a visão de processo, própria da doutrina da cooperação processual portuguesa, cabe ainda – para que se torne mais claro o ponto – transcrever a seguinte passagem da obra de Miguel Teixeira de Sousa:

O processo jurisdicional não pode deixar de reflectir essas preocupações sociais e de ser impregnado por uma concepção social: a solução dos conflitos não é uma matéria de mero interesse dos litigantes e estes não devem ser tratados como titulares abstractos da situação litigiosa, mas antes como indivíduos concretos com necessidades a que o direito e o processo devem dar resposta. Como referia com notável visão *Franz Klein*, ao sentimento popular é mais estranha a indiferença do tribunal perante a ameaça da ofensa ou a violação do direito de um indivíduo do que um

---

<sup>126</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 27.

maior empenhamento do tribunal na resolução do litígio<sup>127</sup>.

Como se vê, a reforma processual portuguesa buscou reforçar (mediante algumas compensações) o modelo social de processo; não buscou superá-lo, pois. Consequentemente, mostra-se, no mínimo, contraditória a defesa da cooperação processual somada ao combate do socialismo e do publicismo processual. Por sinal, é sempre bom lembrar que em Franz Klein, já se dizia que “às vezes, com a liberdade de cada um, se pagam limitações a benefício do todo e do Estado”, e se espera que “juízes, advogados e partes colaborem na formação de uma decisão justa”<sup>128</sup>. Disso, para a redação do art. 6.º do CPC, segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, não há praticamente nenhuma diferença<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 61.

<sup>128</sup> Sobre o ponto, com diversas citações diretas da obra de Franz Klein, ver CRIPRIANI, Franco. En el centenario del reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad). *Revista del instituto colombiano de derecho procesal*. Vol. 27. N. 27. 2001. Disponível em <<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/163>>. Acesso em 21/02/2020. Para uma análise detalhada do pensamento de Franz Klein, ver RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma teoria do processo sem processo: a formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

<sup>129</sup> Para um aprofundamento do tema, ver RAATZ, Igor. Revisitando a “colaboração processual”: ou uma autocrítica tardia, porém necessária. *Revista de processo*. Vol. 309, p. 41-47, nov. 2020. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Em linhas gerais, o chamado “modelo cooperativo” de processo não passa de uma nova roupagem do “modelo inquisitorial” de processo. Em que pese a tentativa de impregná-lo de “compensações”, a análise detida dos chamados *deveres cooperativos* – e aqui o caso mais trágico é, sem dúvida, o dever de auxílio do juiz para com as partes – revela que referidos deveres convertem-se em poderes oficiosos a serem manejados em prol do próprio órgão judicial, com constantes quebras da imparcialidade judicial<sup>130</sup>.

### **3. Da ausência de base normativa para fundamentar a existência de deveres de cooperação do juiz para com as partes**

Corroborando a afirmação de que a “cooperação processual” não passa de um *slogan* que esconde uma visão inquisitorial de processo, nossa segunda linha de abordagem crítica do tema reside na *ausência de uma base normativa* para fundamentar a existência de *deveres de cooperação do juiz para com as partes*. É bem verdade que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou-se a defender que tais deveres decorreriam diretamente do artigo 6.º

<sup>130</sup> Sobre o tema, ver SOUSA, Diego Crevelin de. Do dever de auxílio do juiz com as partes ao dever de auxílio do juiz com o processo: um giro de 360º. *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, nº 17. Disponível em <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/17-do-dever-de-auxilio-do-juiz-com-as-partes-ao-dever-de-auxilio-do-juiz-com-o-processo-um-giro-de-360#>>. Acesso em 07.03.2021.

do referido diploma procedimental. Contudo, tal argumento é merecedor de uma série de observações. Destacaremos cinco pontos.

Primeiro, que os “cooperativistas”, ao defenderem que os deveres de cooperação extraem sua normatividade do artigo 6.º do Código de Processo Civil, seriam obrigados a reconhecer que, antes da vigência do atual CPC, estariam profundamente errados em defender, no direito positivo brasileiro, a existência de tais deveres. Dito de modo mais simples ainda: se é o art. 6.º do CPC que serve de base normativa para a existência de deveres judiciais de cooperação, como, antes da sua existência, era possível defender a existência de tais deveres?

Em segundo lugar, é importante destacar que, diferentemente do Código de Processo Civil português reformado – em que existiam *regras específicas* a serem aplicadas diante de *situações específicas*, nas quais estavam previstos deveres de prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio – o CPC brasileiro se limitou, no seu art. 6.º, a falar, de modo genérico, que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si”. Ora, da infeliz redação do art. 6.º do CPC não é possível extrair deveres para o órgão judicial. Por sinal, referidos deveres, do modo como são tratados pela doutrina “cooperativista”, não passam de poderes judiciais. Logo, sob essa ótica, o art. 6.º do CPC seria uma espécie de carta branca para a concessão de

poderes ao juiz à margem da lei. Um bom exemplo disso é o chamado “dever de consulta” que, sem nenhuma previsão legal, tem servido para justificar que o juiz, diante da ausência do pedido de antecipação da tutela pelo autor, venha a “consultá-lo” a respeito do seu interesse ou não na concessão da tutela antecipada<sup>131</sup>.

O fatídico exemplo do dever de consulta reforça bastante o nosso terceiro ponto. Os chamados deveres de cooperação, na maioria dos casos, não passam de autorizações à míngua da lei, e para que ocorra a quebra da imparcialidade judicial, na medida em que o juiz acaba exercendo funções das partes ou, ainda, atua auxiliando as partes como se advogado delas fosse<sup>132</sup>.

Em quarto lugar, os chamados deveres de cooperação judicial, por não estarem baseados em regras jurídicas específicas, não passam de meras faculdades judiciais (o que, por sinal, não deixa de se transformar em sinônimo de arbítrio). O ponto é, inclusive, ressaltado por Miguel Teixeira de Souza, para quem se o dever de

---

<sup>131</sup> Para uma crítica mais detida sobre o tema, ver RAATZ, Igor. O juiz defensor da moral, o juiz defensor da verdade e o juiz defensor da lei: instrumentalismo, cooperativismo e garantismo processual. *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, nº 6. Disponível em <<https://emporiოდireito.com.br/leitura/6-o-juiz-defensor-da-moral-o-juiz-defensor-da-verdade-e-o-juiz-defensor-da-lei-instrumentalismo-cooperativismo-e-garantismo-processual-1#>>. Acesso em 07.03.2021.

<sup>132</sup> Sobre o tema da imparcialidade judicial, consultar COSTA, Eduardo José da Fonseca. A imparcialidade como esforço. *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, nº42.

cooperação resultar de uma previsão aberta, não há outra saída, senão cair no âmbito da discricionariedade do tribunal, pois o desatendimento do dever de cooperação não resulta em nenhuma nulidade processual<sup>133</sup>.

A quinta e última observação gravita em torno da afirmação recorrente de que o modelo cooperativo de processo é baseado em uma série de regras previstas no CPC, que determinam ao juiz uma conduta cooperativa (a adjetivação cooperativa à conduta judicial não é, em nenhum desses casos, conferida pela lei). Seria o caso, por exemplo, do art. 321 do CPC, que determina que o juiz deve indicar o que deve ser corrigido ou completado quando da emenda da petição inicia; do artigo 317 do CPC, que dispõe que o juiz deve conceder ao autor a possibilidade de corrigir o vício antes de extinguir o processo sem analisar o mérito; do parágrafo único do art. 932 do CPC, o qual determina que o relator, antes de inadmitir o recurso, deve conceder o prazo de 5 dias ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação, dentre outros.

Para muitos cooperativistas, nos exemplos anteriores, o juiz estaria cumprindo o seu “dever de prevenção”. Todavia, esses “supostos deveres” não passam de meras atividades que o juiz deve tomar para impulsionar

o processo. Tais atividades não decorrem do art. 6.º do CPC, mas de regras que, expressamente, determinam condutas específicas a serem tomadas pelo juiz e, em contrapartida, estabelecem direitos para as partes. Numa tentativa de explicar conjuntamente referidas regras, poderia se dizer, no máximo, que elas resultam de uma opção legislativa no sentido de buscar, sempre que possível, a correção de vícios formais, a fim de permitir a resolução do mérito da causa. Mas temos que deixar claro: isso não tem nada a ver com a ideia de deveres de cooperação ou com a existência de um modelo cooperativo de processo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que já foi dito, parece impossível que se extraia da Constituição brasileira um modelo cooperativo de processo. Afinal de contas, referido modelo é repleto de feições inquisitoriais, acarreta quebras constantes da imparcialidade judicial, na medida em que permite ao juiz praticar atividades próprias das partes e, ainda, cria poderes judiciais sem base normativa, afrontando, pelo menos, a garantia da legalidade. Por tudo isso, e considerando toda a historicidade em que está imersa a garantia do *devido processo legal* – já compreendido como

---

Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/42-imparcialidade-como-esforco#>>. Acesso em 07.03.2021.

---

<sup>133</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo*

direito fundamental de defesa – não é possível imaginar que o art. 5.º, LIV da CF sirva de base para a chamada “cooperação processual”<sup>134</sup>.

Consequentemente, se entendermos, como fazem os cooperativistas, que é possível extrair do art. 6.º do CPC deveres de cooperação do juiz para com as partes, bem como deveres de cooperação das partes para com o juiz, seremos obrigados a considerá-lo inconstitucional (pelo menos a interpretação atribuída ao referido dispositivo, própria dos “cooperativistas” que, sem amparo legal, cria poderes judiciais com feições nitidamente inquisitoriais e contrárias à garantia da imparcialidade). Ao que tudo indica, a expressão “cooperar entre si” presente no art. 6.º do CPC reflete – de forma bastante ruim e insuficiente, no máximo – uma opção legislativa no sentido de prestigiar práticas em que se verifica uma atuação conjunta das partes, como, por exemplo, a autocomposição e a celebração de

---

civil. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 68.

<sup>134</sup> Sobre o tema do processo como direito fundamental de defesa e seus reflexos na construção da dogmática processual, ver RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma teoria do processo sem processo: a formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021. Sobre a noção de processo como direito fundamental de defesa, consultar também RAATZ, Igor. O processo como direito fundamental. *Empório do direito*, coluna garantismo processual n.º 35. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/35-o-processo-como-direito-fundamental>>. Acesso em 07.03.2021. Ver, também, DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa. *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, n.º 46. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/46-se-o-processo-e-uma-garantia-de-liberdade-ele-e-um-direito-de-defesa>>. Acesso em 07.03.2021.

negócios jurídicos processuais. Obviamente que, se limitarmos o art. 6.º do CPC a isto, ele não será taxado de inconstitucional. Porém, nesse caso, já estaríamos falando de “outra coisa” e não mais daquilo que boa parte da doutrina brasileira entende por “cooperação processual”. Em linhas gerais, o que se tem denominado de “cooperação processual” não passa de um novo rótulo para um modelo inquisitorial e arbitrário de processo, que teima em se manter vivo entre nós.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v.30, n.90, (jun. 2003). Porto Alegre: AJURIS, 2003.

\_\_\_\_\_. A garantia do contraditório. *Ajuris: revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul*. n.74. Porto Alegre: AJURIS, 1988

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de processo*. São Paulo, v.14, n.53, p. 122-133, jan. 1989.

\_\_\_\_\_. Dimensiones sociales del proceso civil. *Revista de processo*. São Paulo, v.12, n.45, p. 137-144, jan. 1987.

\_\_\_\_\_. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte, v.12, n.49, p. 51-68, jan. 1986.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A imparcialidade como esforço. *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, nº42. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/42-imparcialidade-como-esforco#>>. Acesso em 07.03.2021.

\_\_\_\_\_. Instituição de poder e instituição de garantia. *Empório do direito*. Coluna garantimos processual, nº 45. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/45-instituicao-de-poder-e-instituicao-de-garantia>>. Acesso em 07.03.2021.

CRIPRIANI, Franco. En el centenario del reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad). *Revista del instituto colombiano de derecho procesal*. Vol. 27. N. 27. 2001. Disponível em <<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revista-s-icdp/article/view/163>>. Acesso em 21/02/2020.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa. *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, nº 46. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/46-se-o-processo-e-uma-garantia-de-liberdade-ele-e-um-direito-de-defesa>>. Acesso em 07.03.2021.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma teoria do processo sem processo: a formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_, Natascha. Contraditório em “sentido forte”: uma forma de compensação das posturas judiciais instrumentalistas? *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, nº 31. Disponível em

<<https://emporiiododireito.com.br/leitura/31-contraditorio-em-sentido-forte-uma-forma-de-compensacao-das-posturas-judiciais-instrumentalistas>>. Acesso em 07.03.2021.

RAATZ, Igor. O juiz defensor da moral, o juiz defensor da verdade e o juiz defensor da lei: instrumentalismo, cooperativismo e garantismo processual. *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, nº 6. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/6-o-juiz-defensor-da-moral-o-juiz-defensor-da-verdade-e-o-juiz-defensor-da-lei-instrumentalismo-cooperativismo-e-garantismo-processual-1#>>. Acesso em 07.03.2021.

RAATZ, Igor. O processo como direito fundamental. *Empório do direito*, coluna garantismo processual nº 35. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/35-o-processo-como-direito-fundamental>>. Acesso em 07.03.2021.

\_\_\_\_\_. Revisitando a “colaboração processual”: ou uma autocrítica tardia, porém necessária. *Revista de processo*. Vol. 309, p. 41-47, nov. 2020. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SOUSA, Diego Crevelin de. Do dever de auxílio do juiz com as partes ao dever de auxílio do juiz com o processo: um giro de 360°. *Empório do direito*. Coluna garantismo processual, nº 17. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/17-do-dever-de-auxilio-do-juiz-com-as-partes-ao-dever-de-auxilio-do-juiz-com-o-processo-um-giro-de-360#>>. Acesso em 07.03.2021.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

**GARANTISMO PROCESSUAL VERSUS  
“NEOPROCESSUALISMO”: AS  
INICIATIVAS PROBATÓRIAS  
OFICIOSAS SÃO CONSTITUCIONAIS?**

*O problema do ônus da prova é um problema de  
aplicação do Direito.*

Leo Rosenberg

*Júlio César Rossi<sup>135</sup>*

**RESUMO:** O artigo desvela o *neoprocessualismo* como sendo uma nova roupagem do instrumentalismo processual e estabelece algumas premissas tanto no que diz respeito à *verdade* formal/real quanto ao ônus *probandi*, reconhecendo nas iniciativas probatórias oficiosas, a saber: a prova, *ex officio*, e a distribuição dinâmica do ônus da prova, fulcradas respectivamente nos arts. 370 e 373, § 1º, segunda parte, Código de Processo Civil, sua incompatibilidade material com a Constituição Federal de 1.988, concluindo pela declaração de inconstitucionalidade dos sobreditos dispositivos.

**PALAVRAS-CHAVE:** garantismo processual; *neoprocessualismo*; instrumentalismo; devido processo legal; ônus da prova; iniciativas probatórias oficiosas.

**1. Um ponto de partida: a questão da “verdade”**

---

<sup>135</sup> Pós Doutor (Universidade de Coimbra), Estágio pós doutoral (Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS), Doutor (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Advogado da União (AGU). Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual.

Não é segredo algum que o estudo da *prova* constitui um daqueles temas, que ao mesmo tempo em que é um dos mais complexos, interessantes e frutíferos do direito processual, também é um dos menos estudados com o aprofundamento necessário pela ciência do Direito.

Por ser problemática, tanto a sua compreensão quanto sua aplicação, é que se exige do jurista uma enorme responsabilidade ao pretender lidar com os fundamentos e fenômenos do direito probatório.

A *prova* em seu sentido amplo é mais que um *direito*; é verdadeira *garantia* do cidadão. Não possui apenas um caráter declaratório, uma espécie de intenção ou escopo; é algo mais concreto e imprescindível para o desenvolvimento da ciência processual e, portanto, assecuratório do exercício do devido processo legal e seus consectários lógicos (contraditório e ampla defesa), como expressamente estabelece a Constituição Federal.

*Prova*, destarte, possui um liame etiológico com a fundamentação/motivação das decisões (judiciais e/ou administrativas), resultando disso o dever das partes e corolário do processo exigir que o órgão julgador se manifeste sobre as provas produzidas, de modo que tais premissas sirvam de fundamento à decisão.

Toda a discussão sobre *direito probatório* deve enfrentar a noção de que o accertamento dos fatos, em um caso concreto, presta-se ao atingimento da “verdade”.

Não se discute se a verdade descoberta é fruto de autoritarismo ou não, no direito processual. Praticamente todos concordam que não existe uma possível verdade à espera de ser encontrada ou que o objetivo do processo seja busca da verdade, o que leva à retórica e conceitos performáticos indesejáveis (verdades real e formal).

No processo, a verdade tem implicações no campo procedimental, na medida em que o caráter dialético e dialógico deste conduzirá a uma decisão. O argumento das forças, em contraposição no processo, levará a algo capaz de construir *uma verdade*.

Busca-se na “*verdade*”, por um lado, algo correspondente à coerência ou experiência e, por outro, alguma coisa convencional decorrente da natureza da linguagem (*signos*) o que nos faz concluir que (i) não há verdade à mingua de intérpretes e linguagem; e (ii) não é possível falar-se em verdade objetiva/única/absoluta.

Não se desconhece que, em razão do exercício do poder estatal – jurisdição – há uma atuação do órgão julgador, a qual o leva não só à participação na relação jurídico-processual na qualidade de sujeito imparcial, recoltando as

provas produzidas pelas partes e proferindo decisões (*função típica*), mas também – e aqui o problema do instrumentalismo processual – influenciando diretamente na dinâmica do processo, produzindo provas de ofício ou sujeitando-se a interferir na eficácia do ônus da prova (*função atípica*), sempre a pretexto de descobrir uma verdade última, a fim de entregar uma decisão “justa”, fruto de um julgador preocupado com esse valor.

Esse “recurso” à busca da verdade “escondida”, “tolhida” ou “contida”, em razão da “insuficiência” da atuação das partes, teria o condão de legitimar o exercício de poderes instrutórios oficiosos<sup>136</sup>, nada mais servindo, *data venia*, do que uma couraça para autenticar a atividade julgadora e, com isso, revelar a quebra da garantia constitucional da imparcialidade<sup>137</sup>.

Nada mais místico do que carrear ao órgão julgador a busca pela “verdade material/real”, assumindo este o papel de

<sup>136</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira propugnava uma espécie de relatividade na obtenção da verdade, partindo da premissa equivocada de que “*atividade judicial é naturalmente tolhida, contida ... que haveria sempre um potencial não explorável e apreensível de conhecimento*”. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178.

<sup>137</sup> “*Parece claro que julgadores devam domar seu impulso de estabelecer a veracidade histórica: eles não podem tornar-se buscadores da verdade independentes e enérgicos sem pôr em perigo a imparcialidade essencial ao seu papel de solucionador de conflitos. Ainda que eles observem os limites impostos pelas alegações das partes, sua procura determinada pela verdade pode levar à descoberta de provas que criem turbulências, agravando ao invés de absorver, as dificuldades do processo*”. DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 121.

*operador material do processo*, por agir oficiosamente sempre na busca por sua Justiça.

Ora, a finalidade do processo é disciplinar, por meio de regras seguras e ao encargo das partes, os meios de provas admitidos para se desincumbirem de seus ônus argumentativos, delimitando o produto da controvérsia sobre a qual se reclama uma decisão.

As regras da prova são limites à busca arbitrária da “verdade”.

## 2. Ônus da prova: algumas notas

O Código de Processo Civil de 1.973 estabelecia, como embasamento lógico, o tratamento isonômico constitucionalmente previsto (art. 5º, II da Constituição Federal) e racional, cabendo à parte autora provar os fatos que constituem o direito por ela afirmado, enquanto ao réu impõe-se demonstrar situações impeditivas, modificativas ou extintivas do(s) pleito(s) formulado(s).

A repartição funcional demonstra que: (i) a prova produzida pertence ao processo, servindo aos sujeitos processuais indistintamente; (ii) a atividade probatória possui um vínculo em relação à participação dos sujeitos processuais, por meio da garantia do contraditório (uma, mas não suficiente, condição de legitimidade do provimento).

O ônus da prova (sua distribuição) acaba por desempenhar dupla função: (i) estrutura a atividade probatória, dimensionando-a entre os sujeitos (aspecto subjetivo-procedimento); (ii) atua como possibilidade de construir o *convencimento* decisório do órgão julgador (objetiva-julgamento), uma vez que é vedado pronunciamento *non liquet*.

A história da ciência processual, no que se refere à evolução da teoria do ônus da prova, demonstra “*os percalços, os retrocessos e os triunfos da busca de uma regra geral, abstrata e inequívoca de quem deve sofrer os riscos da falta de prova da alegação de fato*”<sup>138</sup>.

Jeremy Bentham sustentava que o ônus da prova deveria ser imposto, em cada caso concreto, àquela das partes que puder satisfazê-lo com menos inconvenientes, quer dizer, diminuta demora, vexames e despesas<sup>139</sup>.

Jorge Wagner Peyrano, por sua vez, defendia que o ônus dinâmico seria aplicado de forma excepcional e subsidiária, já que serve para aperfeiçoá-lo. Daí por que falar-se em flexibilização da teoria estática, tendo a função de permitir que uma das partes exerça o seu direito de provar quando uma comprovação se torne

<sup>138</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Vol. II: parte geral. Institutos fundamentais. Tomo II. 2 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 193; AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 4 ed. Navarra: Thomson. Civitas, 2005, p. 115.

<sup>139</sup> *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit: Buenos Aires. EJEA, 1971, v. 2, p. 149.

impossível, diante das circunstâncias do caso concreto<sup>140</sup>.

Rosenberg (2002, p.86) afirmava peremptoriamente que as regras sobre o ônus da prova deveriam ser fixas e prévias em nome da segurança jurídica. Dizia que:

(...)o direito não pode deixar ao arbítrio do juiz a decisão sobre o que pertence ao fundamento da demanda e o que pertence ao fundamento das exceções, pois, a regulação do ônus da prova deve fazer-se mediante normas jurídicas cuja aplicação deve estar submetida à revisão pelo tribunal, e esta regulação deve conduzir a um resultado determinado, independente das contingências do processo particular, sendo um guia seguro para o juiz. Uma distribuição livre do ônus da prova não é liberdade com que poderia pensar uma magistratura bem aconselhada. A distribuição proporcionada e invariável da carga probatória é um postulado de segurança jurídica<sup>141</sup>.

Tal imobilidade tem por premissa um processo civil liberal, tanto que justificada por Rosenberg (2002, p. 86) “assim o quer a finalidade do processo civil: por mais que procure averiguar a verdade, mais do que isto o que importa é estabelecer e assegurar a paz jurídica,

eliminando de forma definitiva a incerteza entre as partes”<sup>142</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê, expressamente, tanto a *prova de ofício* quanto a *teoria do ônus dinâmico da prova*; a primeira estabelecida no art. 370 e a última no art. 373, § 1º. Veja-se:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

<sup>140</sup> Peyrano evidencia um modelo subsidiário ao modelo estático, a qual visa “*formular una pauta excepcional que sólo puede funcionar allí donde aquellas manifestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos normales y corrientes que no son los correspondientes al caso*”. *Nuevos Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Ed., 2004, p. 19.

<sup>141</sup> *La carga de la prueba*. Buenos Aires: IBdeF, 2002, p. 86.

<sup>142</sup> *La carga de la prueba*. op. cit., p. 86.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Especificamente em relação à *dinamização do ônus da prova* (novidade do CPC/2015), cabe lembrar que, embora a doutrina majoritária<sup>143</sup>, em geral, não aponte qualquer

---

<sup>143</sup> Por todos: “Linhas gerais, trata-se da possibilidade do juiz modular o ônus da prova de acordo com a situação das partes frente às provas necessárias para instrução do processo, não ficando estritamente vinculado à distribuição apriorística estabelecida na cabeça do artigo 373. Logo, o § 1º possibilita novo arranjo do ônus da prova por decisão do juiz (ope iudicis), afastando, episodicamente, a distribuição legal (ope legis). Verificando que a produção de determinada prova para uma das partes se faz impossível ou excessivamente difícil, o juiz poderá transferir tal ônus para a outra parte, desde que essa impossibilidade ou excessiva dificuldade não seja compartilhada pela última. A redistribuição do ônus da prova não pode servir para premiar o ócio, mas sim para premer contra omissão probatória (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 270). A maior facilidade na demonstração do fato contrário também permite a modulação do ônus da prova. A atribuição do ônus da prova aqui recai não sobre a proposição factual apresentada pela parte adversa, mas sim sobre fato diverso, que logicamente exclui a ocorrência do primeiro. De toda forma, o juiz não pode redistribuir o ônus da prova quando o reposicionamento da incumbência probatória importar em encargo para o novo onerado impossível ou excessivamente difícil de ser realizado (artigo 373, § 2º) (prova diabólica). A decisão que modula o ônus da prova deve ser cabalmente motivada, apontando os requisitos que permitem a providência, bem como indicar a inexistência de óbices a sua dinamização. A fase de saneamento e organização é o momento próprio para a decisão de dinamização do ônus da prova (artigo 357), mas o juiz pode modular o ônus da prova noutra fase processual. Ainda assim, qualquer que seja o momento da decisão, o juiz tem que permitir que a parte onerada pela redistribuição se desincumba do encargo (artigo 373, § 1º, parte final). A decisão que analisa a redistribuição do ônus da prova desafia agravo de instrumento (artigo 1.015, inciso XI)”. OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. *Comentários ao art. 373 do CPC*. in RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida et al (COORD). *Novo código de processo civil*

mácula ao referido dispositivo – ao revés, trata-o com naturalidade – o fato é que seus reflexos são tão maléficos ao garantismo processual quanto à prova de ofício, como procuraremos demonstrar ao responder a seguinte indagação: são constitucionais, à luz da teoria do garantismo processual, as iniciativas probatórias oficiosas?

A esse questionamento, adiantamo-nos, a resposta é desenganadamente negativa. Vejamos.

### 3. O instrumentalismo processual e sua versão *fashion*: a roupagem “nova” para o “velho”

Parcela considerável da doutrina nacional encontra no *neoconstitucionalismo* fundamento para evocar a possibilidade de o órgão julgador exercitar seus *poderes instrutórios* de ofício, uma vez que seria por essa concepção que se daria o *efetivo acesso à justiça material*<sup>144</sup>.

Além disso, uma visão *individual* do processo (prevalência sobre o interesse das partes) tolheria, segundo Dias (2018, p.281) “o interesse

---

comentado. Tomo II (art. 318 ao art. 770). São Paulo: Editora Lualri, 2017, p. 113.

<sup>144</sup> DIAS, Luciano Souto. *Podere instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil: em busca da verdade*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 281; BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Podere instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 99; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. In *Verdade e prova no processo penal*. Coord. PEREIRA, Flávio Cardoso. Brasília: Gazeta jurídica, 2016, p. 08/09 e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Podere instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta jurídica, 2012, p. 184.

do próprio poder judiciário de garantir, através do processo, a adequada instrução e a melhor solução para a lide. Sem instrução adequada, é improvável que a decisão seja a mais acertada”<sup>145</sup>.

Assim, por essa percepção acadêmica, as partes poderão estabelecer limites em relação aos fatos controvertidos a serem examinados pelo órgão julgador, porém, ainda, segundo Dias (2018, p.284) “não poderão assim proceder quanto aos meios de prova que forem necessários”, cabendo ao juiz/tribunal “proceder de forma dinâmica, visando à produção das provas necessárias para que se realize um julgamento com justiça”<sup>146</sup>.

Vão mais além, ao asseverarem, conforme aponta Neves (2016, p.664) que:

(...) o princípio da igualdade das partes não pode servir de argumento válido à proibição da produção de prova de ofício, considerando-se que a isonomia real exige um tratamento diferenciado dos sujeitos desiguais, nos limites de sua desigualdade. A igualdade de partes desiguais em termos econômicos ou técnicos só poderá ser efetivada no processo com a permissão da atividade instrutória de ofício, o que evitará que a vitória ocorra em razão de superioridade econômica ou técnica de uma delas<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> DIAS, Luciano Souto, op. cit., p. 281.

<sup>146</sup> DIAS, Luciano Souto, op. cit., p 284.

<sup>147</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 664.

Moreira (1984, p.52) chega a conceber a ideia de que:

(...) os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se substitui às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto<sup>148</sup>.

O jurista carioca chega, ainda, a fazer um paralelo entre a atividade oficiosa da prova e o resultado do processo, como se uma coisa não contaminasse a outra, *in verbis*:

Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria – se considerarmos que essa atitude do juiz implica parcialidade – que a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortabilíssima posição de ter de ser sempre parcial, quer atue, quer

<sup>148</sup> *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 52.

não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial, omitindo-se<sup>149</sup>.

Moreira (2007, p.95) é categórico ao reconhecer que o julgamento:

“segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele procure fazer jorrar alguma luz sobre os desvãos escuros da causa - e, se possível, baseie o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu?”<sup>150</sup>.

De outra parte, Theodoro Júnior defende (2013, p.458) as iniciativas probatórias do órgão julgador, pautado numa concepção, *data maxima venia*, desacertada tanto do devido processo legal como *processo justo* quanto levando em conta apenas o ônus objetivo (*regra*

---

<sup>149</sup> *Os poderes do juiz*. In MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). O processo civil contemporâneo. Curitiba, Juruá, 1994, p. 95. No mesmo sentido: “*El órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quien puede beneficiar o perjudicar; sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la constitución le asigna*”. JUNOY, Joan Picó i. *La iniciativa probatoria del juez civil. A proposito de un caso*. In Los Poderes del juez civil en materia probatoria. Coord. LLUCH, Xavier Abel e JUNOY, Joan Picó i. Barcelona: JM Bosch Editor, 2003, p. 169.

*de julgamento*) da distribuição, situações pelas quais teria conduzido:

(...) à superação dos velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria de instrução probatória. Acima do ônus da prova – cujas regras atuam na fase final de julgamento da lide e, não durante a coleta dos elementos de instrução da causa – prevalece o compromisso com a verdade real<sup>151</sup>.

Aduz (2006, p.06), afirma, por exemplo, que as iniciativas probatórias oficiosas estariam “longe de afetar a imparcialidade”, uma vez que tais iniciativas assegurariam “o verdadeiro equilíbrio” e proporcionariam:

uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta<sup>152</sup>.

Amaral (2015, p.43) chega ao ponto de discorrer que a “imparcialidade não pode funcionar como fundamento para que se oculte a verdade. A investigação aprofundada – dentro dos

---

<sup>150</sup> *O neoprivatismo no processo civil*. Temas de direito processual: nova série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

<sup>151</sup> *Curso de direito processual*. V. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2013, p. 458.

<sup>152</sup> *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. In Verdade e prova no processo penal. Coord. PEREIRA, Flávio Cardoso. Brasília: Gazeta jurídica, 2016, p. 06.

limites da causa – entregará às partes uma decisão justa e adequada”<sup>153</sup>.

Nada mais equivocado e irrefletido, quer nos parecer.

O velho *instrumentalismo processual*, no bojo do qual o norte é a *publicização* (processo a serviço do Poder Estatal), é, segundo Pereira, “refratário ao DNA do processo, verdadeira ‘instituição de garantia’”<sup>154</sup>. Os escopos instrumentalistas (sociais, políticos e jurídicos), por serem definidos pelos próprios órgãos judiciais encarregados de “*dizer o Direito*”, desaguam num protagonismo, cujo resultado é o ativismo, do qual exsurge nitidamente o enfraquecimento da democracia e do Estado de Direito.

Demonstrando a *falácia* que repousa sobre a secção entre *escopos sociais, políticos e jurídicos*, evidenciando que é na própria *ordem jurídica* que residem os outros *dois fins*, sob pena de se admitir que o poder (jurisdicional) pode ser exercido à *margem da Lei*, Gonçalves (2012, p.160) arremata, ensinando-nos que:

“A ordem política e a ordem social têm o seu fundamento na ordem jurídica, existem[sic] dentro do ordenamento jurídico e sofrem a sua regulamentação. Supor o contrário seria o mesmo que se

admitir a possibilidade de se afirmar que, na sociedade organizada, o poder se exerce dentro da lei e pela lei, e que o poder não se exerce dentro da lei e pela lei. Já se percebe a impossibilidade de se manter as duas assertivas, pois mesmo no caso do abuso do poder, os limites da lei dão a medida para a qualificação de seu exercício abusivo. No Estado contemporâneo de direito, o poder se exerce segundo a disciplina da lei, seja ela mais rígida ou mais elástica, conforme deixe ao Estado um campo mais restrito ou mais amplo de decisão sobre a oportunidade e as formas de suas manifestações. O critério para a aferição dessa maleabilidade será sempre dado pelo Direito, pois é na lei fundante, na Constituição, que se encontram a estruturação dos órgãos do poder, a definição de sua competência e os direitos e garantias que limitam a sua atuação”<sup>155</sup>.

Não é por outra razão que Abboud e Pereira (2019, pg.364) afirmam que:

(...) o desapego da teoria instrumentalista à lei democraticamente posta é palmar, ao passo de ser estimulada uma avançada tomada de posições pelos juízos e tribunais, em antecipação a modificação de que o legislador ainda se faz devedor. Ao fim e ao cabo, o sentimento de justiça e a subjetividade do julgador teriam mais valor que o processo legislativo-democrático. Se entender pela falta de correspondência entre a lei e os anseios sociais, admite-se que o juiz se adiante ao legislador, substituindo a lei por um ato de vontade seu<sup>156</sup>.

<sup>153</sup> *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015, p. 43.

<sup>154</sup> PEREIRA, Mateus Costa; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos*. Disponível em: <https://bit.ly/2WAYkon>.

<sup>155</sup> *Técnica processual e teoria do processo*. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 160.

<sup>156</sup> *O instrumentalismo processual à luz de críticas dogmáticas, filosóficas e epistemológicas: do não respondido ao irrespondível*. In PEGINI, Adriana Regina Barcellos;

O instrumentalismo, portanto, nada mais é do que o novo neoprocessoalismo que possui raízes em seu tronco mãe: o neoconstitucionalismo.

A começar pelo epíteto *neoconstitucionalismo*, segundo o qual para Luis Roberto Barroso seria:

(...) o novo direito constitucional, identificado como um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio as quais podem ser assinalados, como marco teórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; como marco filosófico, estaria o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética e, finalmente, como marco teórico, encontraríamos o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>157</sup>

*Permissa venia*, tal movimento, no Brasil, não passa de protagonismo judicial desprendido dos limites constitucionais e legais mínimos

---

FERREIRA, Daniel Brantes; SOUSA, Diego Crevelin; MALAFAIA, Evie Nogueira e.; RAMOS, Gláuco Gumerato; DELFINO, Lúcio. PEREIRA, Mateus Costa e FILHO, Roberto P. Campos Gouveia (Orgs.). *Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa*. Londrina: Thoth, 2019, p. 364.

<sup>157</sup> ROSSI, Júlio César. *Neoconstitucionalismo e o pós-positivismo à brasileira*. Disponível em: <https://bit.ly/2N8DJjk>.

estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio; uma espécie de ativismo judicial que, na medida em que se procura compreendê-lo constata-se que se está diante de elaboração imersa em tamanhas fragilidades, que não passa de muito mais do que um “modismo intelectual”.

Nas exatas palavras de Ramos (2010, p.279) basta

(...) a leitura de excerto extraído de artigo de um dos mais proeminentes neoconstitucionalistas, Luis Roberto Barroso, para a cabal comprovação de que sequer os que assim se rotulam visualizam uma clara diretriz teórica a ser seguida, confessando ‘operar em meio à fumaça e à espuma’<sup>158</sup>.

A propósito, essa *moda* do “neo” – que não é nova – também ingressou no processo civil (*neoprocessoalismo*), a exemplo do conceito de *jurisdição* dado por Didier Jr (2015, p.157). O referido jurista baiano, ao referir-se ao instituto, denomina-o de: “ ‘função criativa’ ” e ‘ilimitada’ que ‘recria a norma jurídica do caso concreto, bem como se recria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto’ ”<sup>159</sup>, isso tudo baseado “nos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação

---

<sup>158</sup> *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

<sup>159</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 157.

do formalismo processual”, capitulando este como a “atual fase metodológica da ciência do processo”. Logo, neoprocessualismo e formalismo valorativo (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) são os dois lados da mesma moeda ou, em outras palavras, variações terminológicas do “velho” instrumentalismo processual.

Não há nova fase alguma! O que há é o velho *ativismo* judicial, que germina no âmago do instrumentalismo processual, marcado pela introdução de *princípios* extrajurídicos e/ou performáticos, com o objetivo de colmatar o direito ao ideal voluntarista, decisionista, utilitarista e consequencialista do órgão julgador, corrompendo-se o Estado de Direito.

No ponto, válidas são as observações de Galvão (2014, p.307/308):

É curioso que esse protagonismo dos tribunais não tenha proporcionado um maior interesse no estudo sobre o Estado de Direito. A rigor, uma ênfase maior no Poder Judiciário deveria desencadear um incremento nas pesquisas sobre o modo como as normas jurídicas restringem a discricionariedade dos agentes públicos e trazem previsibilidade e certeza para a vida dos cidadãos, focando-se no papel dos magistrados na promoção desses valores. Não foi isso o que aconteceu. (...) alega-se que os juízes, com seu senso moral aguçado, necessitam de maior flexibilidade para desenvolver suas capacidades emancipatórias. Leis e códigos? Isso tudo é coisa do passado. Interpretar a letra da lei? Nem pensar! O importante mesmo são os valores e os

princípios constitucionais. Como consequência dessa lógica, o trabalho dos neoconstitucionalistas tem sido basicamente o de desenvolver instrumentos que possibilitem uma atuação judicial mais expansiva e criativa, Hércules virou Zeus. Razoabilidade, proporcionalidade, constitucionalização do Direito, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, derrotabilidade das normas jurídicas, força normativa da Constituição, sobreinterpretação constitucional, filtragem constitucional etc., são todas expressões que possuem em comum o fato de conferirem aos juízes um maior poder de interferência na realidade social. Normas e regras jurídicas fazem parte de um vocabulário antiquado. Fala-se agora em princípios, valores, fins, standards, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, enfim, toda matéria-prima que confere maior margem à manipulação dos resultados por parte dos intérpretes. A indeterminação dos textos legais é paradoxalmente festejada e admirada. Quando mais abstrata, mais sentido tem. O que tem significado é que passa ser insignificantes<sup>160</sup>.

Pretende-se reescrever o direito ao arrepio das opções políticas definidas e tomadas na seara legislativa (Parlamento) e, até mesmo jurisprudenciais, firmadas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Há sim um *hiper publicismo* (autoritarismo processual) que reconhece na figura do órgão julgador uma espécie de Deus (onipresente e onisciente) dotado de angelical

<sup>160</sup> *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 307/308.

poder para dizer o certo, o justo e o correto às partes, custe o que custar, inclusive a higidez do edifício jurídico, produzido democraticamente, relevando a legalidade aos valores e à atuação do Poder Judiciário imprevisível.

Para tal mister, nada pode impedi-lo, nem mesmo as garantias do *devido processo legal*, da *imparcialidade* e da neutralidade do órgão jurisdicional<sup>161</sup>. O importante é a “substancialidade” e a “justiça” das decisões.

Aos órgãos do Poder Judiciário, o movimento neoconstitucionalista/neoprocessualista, oferece mecanismos que lhes permitem, segundo Galvão (p.310), realizar “revoluções sociais independentemente da política majoritária”<sup>162</sup>, desgarrando-os de quaisquer subordinações às opções legislativas.

Ao invés do novo, temos um velho e autoritário processo inquisitivo, por meio do qual

se busca uma verdade (a verdade que o órgão jurisdicional pretende implementar) ao arrepio de todos os freios expressamente previstos no Texto Constitucional.

Assim, Rodrigues (2019, p.237) pondera o *neoconstitucionalismo* no seu viés processual revela-se perfeito:

(...) como estratégia de combate, pois transforma a constitucionalização em um conceito de guerrilha: nunca se sabe onde está, o que é, suas dimensões e seus efetivos. Pode estar em todos os lugares e em lugar algum. Como estratégia de combate, é um excelente modo de se fomentar o desenvolvimento de um conceito, até porque inviabiliza qualquer crítica sistemática ou tentativa de controle. Para quem decide e não tem grandes preocupações com os custos argumentativos ou a prestação de contas democrática, é um ótimo meio de justificar escolhas aleatórias e jogar com a constitucionalização e seu enorme acervo de princípios e direitos fundamentais para se liberar de qualquer conformação racional dos atos decisórios. (...) seria fundamental que a constitucionalização deixasse de servir como um conceito de guerrilha e se tornasse um conceito de combate convencional<sup>163</sup>.

Em verdade, o *neoconstitucionalismo* e o *neoprocessualismo*, praticados no país, são disfarces do ativismo judicial ou, como bem metaforicamente projetou Horbach (2007),

<sup>161</sup> A observância das garantias fundamentais do processo cedem à justiça da decisão. Desconsidera-se, deliberadamente, o fato de que “as garantias constitucionais do processo são garantias da própria sociedade, enquanto se coloca como comunidade de jurisdicionados perante o Estado, que detém a sanção em sua universalidade. São garantias de que o Estado não invadirá o domínio dos direitos individuais e coletivos, se não for chamado a protegê-los, (...), de que a provação dos bens da vida que o Direito assegura não se dará sem as formas de um processo devido e de que não se dará sem a participação e controle dos destinatários do provimento em sua própria formação, de que não se dará sem a devida explicação aos jurisdicionados sobre os fundamentos de uma decisão que interfere em seus direitos e nas liberdades pelo Direito asseguradas”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 161).

<sup>162</sup> GALVÃO. Jorge Octávio Lavocat. op. cit. p. 310.

<sup>163</sup> RODRIGUES JR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 237.

assumem o papel de uma “roupa nova do Rei” (Hans-Christian Andersen)<sup>164</sup>.

Sob o manto “neo” e seus “valores”<sup>165</sup>, conforme Galvão (2014, p.310) materializados numa *varinha de condão*, o “rei” faz o que bem entender!

Um jurista hoje que se propõe a escrever sobre “segurança jurídica e/ou processo” só tem dois caminhos: ou se finca na concretização das garantias constitucionais do

---

<sup>164</sup> “Num determinado reino, vivia um monarca extremamente vaidoso, preocupado com sua aparência e com a observância das últimas imposições da moda. Assim, acorria ao reino um grande número de estilistas e alfaiates, que sabiam ter no Rei o cliente ideal. Eis que, certo dia, chegam ao país dois supostos modistas dispostos a obter vantagens dessa característica da personalidade do soberano. Em linhas gerais, esse é o começo do conto *A Roupas nova do Rei* de Hans-Christian Andersen. Seguindo a narrativa, Andersen conta que os recém-chegados - vestidos de estilistas renomados - apresentaram ao Rei um tecido excepcional, cuja principal qualidade era a de ser invisível aos olhos dos incompetentes e dos dissimulados. Ou seja, o tecido - de beleza extrema e preço incalculável - seria somente perceptível pela visão dos inteligentes, dos competentes e dos sinceros. A partir daí cômicos de sua inteligência, competência e sinceridade, várias autoridades da Corte passaram a descrever com detalhes a beleza do tecido, que na verdade não existia, que não passava de uma invenção para tirar do Rei as mais altas quantias. O final do conto é conhecido: estando todo o povo do Reino avisado das qualidades extraordinárias da nova roupa do monarca, aglomerou-se nas ruas para ver, maravilhado com a beleza do traje, o desfile de Sua Majestade, até que uma criança, numa simplória constatação, despertou a todos para a realidade: ‘O Rei está nu!’”. (HORBACH, Carlos Bastide. *A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos*. Revista dos Tribunais. São Paulo, RT 859:91, maio 2007.

<sup>165</sup> No ponto, vale a lição de Jorge Octávio Lavocat Galvão: “Ao se perguntar quais os valores alimentam a concepção neoconstitucional, contudo, encontra-se um vazio. Não há uma agenda definida. Às vezes o viés é liberal, outras vezes é social. De vez em quando se valoriza a eficiência, em outras a redistribuição de renda. O neoconstitucionalismo encontra-se, então, em uma encruzilhada”. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 310.

processo, buscando combater o ativismo, o *neoconstitucionalismo*, o *neoprocessualismo* e as arbitrariedades que deles derivam – todos sintomas da hiper concentração da jurisdição-poder – ou bem se entrega a eles e faz discursos falaciosos, tais como aqueles que se denominou cunhar de flexibilização, ponderação, eficiência quantitativa, dinamização da ônus da prova e, de fato, assume a postura instrumentalista-utilitarista do processo, (re)produzindo “doutrina” que denominei de “assessoria de imprensa”<sup>166</sup>.

#### **4. As iniciativas probatórias oficiosas: a compreensão do processo como genuína garantia contrajurisdicional de liberdade individual das partes revela as suas incompatibilidades com a Constituição Federal**

No Estado Democrático de Direito, uma das características essenciais e ínsitas do viés procedimental do devido processo legal é a instauração de procedimentos imparciais, que possibilitem aos cidadãos comprovarem as suas versões dos fatos. Isso envolve determinadas

---

<sup>166</sup> ROSSI, Júlio César. “(...) aquela que antes de se manifestar sobre qualquer tema sempre espera e depois reproduz, *ipsis litteris*, em pretensos textos doutrinários, os julgamentos das Cortes de forma acrítica e autômato, desempenhando as funções dos órgãos de assessoria dos tribunais, com a vantagem ser mais eficaz, honesta, clara e, sobretudo, parcial”. A (Des)motivação per relationem: uma espécie *non liquet* na era do processo tecnocrático”. Disponível em: <https://bit.ly/2r7jrOx>.

medidas, tais como: “(i) ser ouvido por um juiz imparcial, devidamente qualificado para sua função, que decida com base em provas produzidas no bojo do processo; (ii) ser representado e aconselhado por advogado em todas as fases; (iii) ter acesso às instâncias superiores; e (iv) poder contestar as provas produzidas pela outra parte etc<sup>167</sup>”.

Como observa Tesheiner (1993):

(...) a par da falsa controvérsia existente a respeito de o *ônus da prova* implicar em *regra de julgamento* ou *regra de procedimento*, consubstancia-se, em verdade, não apenas em critério de julgamento, o qual informa ao juiz como deve julgar quando as provas não são suficientes para a formação da convicção sobre os fatos da causa, mas também, critério de organização da atividade probatória, que indica às partes a sua parcela de responsabilidade na formação da prova destinada à construção do juízo de fato<sup>168</sup>.

O ônus da prova exerce, destarte, dupla função: (i) desempenha importante papel no que tange à estruturação da atividade probatória das partes (função subjetiva); e (ii) funciona como regra de julgamento, a ensejar, no caso de insuficiência de provas aptas a formar o convencimento judicial, decisão contrária aos interesses da parte que não cumpriu o seu encargo (função objetiva).

A garantia da imparcialidade<sup>169</sup>, citada por Costa, do órgão julgador é a *pedra de toque*

<sup>168</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12.

<sup>169</sup> Eduardo Jose da Fonseca Costa, partindo do plano pré-positivo ao positivo catalogou ao menos 12 sentidos para o conceito de imparcialidade judicial: “(...) i) o juiz deve ser imparcial, não-parte, alheio ou terceiro ao conflito [GARANTIA FUNDAMENTAL DA TERCEIRIDADE]; ii) o juiz não pode ter objetivamente qualquer interesse jurídico, moral ou econômico no desfecho da causa [GARANTIA FUNDAMENTAL DO DESINTERESSE]; iii) o juiz da causa não deve ter conexões fortes de afeição, aversão ou envolvimento profissional com qualquer das partes (ascendente, descendente, cônjuge, companheiro, noivo, namorado, amigo íntimo, inimigo, sócio etc.) [GARANTIA FUNDAMENTAL DO DISTANCIAMENTO]; iv) o juiz deve lutar contra eventual predisposição, preferência, antipatia ou preconceito que nutra subjetivamente por qualquer das partes - em razão de raça, cor, religião, sexo, orientação sexual, idade, estado civil, ideologia político-social, status socioeconômico, grau de escolaridade etc. -, ainda que na prática seja impossível um grau absoluto de neutralidade ou um nível zero de contaminação psicológica [GARANTIA FUNDAMENTAL DO ESFORÇO PELA NEUTRALIDADE PSICOLÓGICA]; v) o juiz não se deve enviesar cognitivamente pelas heurísticas de *confirmação* (ex.: o juiz da liminar tende a confirmá-la na sentença; o juiz de garantias na investigação criminal tende a receber a denúncia), *representatividade* (ex.: o juiz da prova oral tende na sentença a valorar nervosismo como mentira e tranquilidade como verdade), *ancoragem* (o juiz da prova ilícita excluída tende a perseguir nos autos o mesmo resultado prático da reinclusão; o juiz da sentença terminativa nulificada tende a rejulgar pela improcedência), etc. [GARANTIA FUNDAMENTAL DO NÃO-ENVIESAMENTO COGNITIVO]; vi) o juiz não deve, mediante iniciativas oficiosas, favorecer ou perseguir funcionalmente qualquer das partes, devendo agir somente por provocação [GARANTIA FUNDAMENTAL DA INÉRCIA FUNCIONAL] (obs.: um dos seus corolários é a GARANTIA DA DISPOSITIVIDADE ou DA AUTORRESPONSABILIDADE PROBATÓRIA DAS PARTES, a qual evita o risco de que o juiz favoreça uma das partes ordenando *ex officio* provas que a auxiliem; outra derivação é a GARANTIA DA AÇÃO PROCESSUAL, que atribui à parte a provocação do exercício da função jurisdicional, evitando o risco de que o juiz o faça *sponte sua* com a intenção de favorecer ou prejudicar alguém); vii) o juiz não deve sofrer interferências nem pressão interna ou externa, direta ou indireta, de ordem política ou técnica, para beneficiar ou prejudicar qualquer das partes; sofrendo, não deve curvar-se em hipótese alguma [GARANTIA FUNDAMENTAL DA INDEPENDÊNCIA]; viii) o juiz não deve externar em público predisposição, preferência, antipatia ou preconceito por qualquer

<sup>167</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. op. cit., p. 40.

do direito probatório. Deriva do devido processo legal em seu viés da ampla defesa e do contraditório. Toda a atividade probatória é ônus exclusivo das partes; a elas é conferido o direito de requerer, se manifestar, produzir, participar, desistir e, até mesmo, quedar-se inerte. O juiz que age desempenhando papel como se parte fosse (mesmo imbuído das melhores intenções do mundo), conforme afirma Souza (p. 70/71) “é parcial, parcial em sentido objetivo-funcional”<sup>170</sup>. Da mesma forma, viola a imparcialidade em seu sentido “subjetivo-psíquica” ao agir de modo tendencioso quando “consciente de que a sua atitude pode beneficiar apenas uma parte desde sempre identificada”<sup>171</sup>:

---

das partes, mesmo que essa condição íntima jamais redunde em privilégio ou perseguição funcional [GARANTIA FUNDAMENTAL DA APARÊNCIA DE NEUTRALIDADE]; iv) o juiz deve manter a sua imparcialidade absolutamente incorruptível e aparentar em sua conduta pública essa incorruptibilidade [GARANTIA FUNDAMENTAL DA INTEGRIDADE E DA CORREÇÃO]; x) o juiz deve tratar as partes com urbanidade e lhanza, evitando atritos que o indisponham contra elas e que lhe iniquem, conseqüentemente, a imparcialidade [GARANTIA FUNDAMENTAL DA URBANIDADE E DA LHANEZA]; xi) o juiz da causa deve integrar órgão cuja competência haja sido definida *ex ante facto* por critérios impessoais e objetivos estabelecidos em lei, impedindo-se com isso nomeações *ad hoc* que visem deliberadamente favorecer ou prejudicar qualquer das partes [GARANTIA FUNDAMENTAL DO JUIZ NATURAL]; xii) o juiz que não queira, não possa ou não consiga ser imparcial deve ser substituído por iniciativa sua ou a requerimento da parte interessada [GARANTIA FUNDAMENTAL DA SUBSTITUIBILIDADE]”. As garantias arqui-fundamentais *contrajurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade*. Disponível em: <https://bit.ly/2oCwv0>.

<sup>170</sup> Nesse sentido: SOUSA, Diego Crevelin de. *O Caráter Mítico da Cooperação Processual*. Disponível em: <https://bit.ly/2PzFHLk>.

<sup>171</sup> SOUSA, Diego Crevelin de. *Segurando o Juiz Contraditório pela Imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é*

O processo, pela compreensão teórica jurídico-dogmática aqui esposada, é definido como instituição de garantia contrajurisdicional de liberdade das partes, cuja finalidade, portanto, consiste em frear o poder jurisdicional e não em servir à jurisdição-poder<sup>172</sup>.

Por essa razão é que:

(...) enquanto para o instrumentalista o processo serve à jurisdição, para o garantista o processo serve ao indivíduo; enquanto que para o instrumentalista o processo é pró-jurisdicional, para o garantista o processo é contrajurisdicional; enquanto que para o instrumentalista o ponto de partida constitucional é a jurisdição, para o garantista o devido processo é o único ponto de partida constitucional possível<sup>173</sup>.

O garantismo prestigia a imparcialidade como ponto fulcral da atividade processual, deslocando para as partes a realização da mais ampla e possível atividade probatória (liberdade probatória na defesa dos seus interesses), mitigando ao máximo os poderes do órgão julgador.

Para a teoria garantista, o resultado/solução do processo dependerá do

---

incompatível com as funções judicantes. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Vol. 96. p.70/71.

<sup>172</sup> Não é por outro motivo que o devido processo legal encontra fulcro no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

<sup>173</sup> ANCHIETA, Natascha. *O recurso como garantia do indivíduo e o recurso como instrumento do Estado: variações a*

efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade. Assim, toda a discussão relativa ao direito controvertido se restringe tão somente às partes (plano horizontal), sendo certo que, por isso mesmo, elas possuem a maior liberdade para exporem e demonstrarem seus argumentos, assumindo os riscos inerentes a sua atuação.

Ao órgão julgador compete atuar como expectador, terceiro imparcial, não podendo criar ou modificar *sponte propria* as regras do processo, tampouco produzir provas como investigador ou senhor dos fatos, sob pena de promover (i) desequilíbrio na sua imparcialidade (funcional e/ou psíquica) em relação ao(s) objeto(s) da demanda e (ii) dilações inúteis e impertinentes.

Nesse sentido, Costa (2018, p.169/172) observa:

Realmente, quando o juiz ordena prova à mingua de requerimento da parte, só pode haver cinco resultados possíveis: 1) prova de fato constitutivo do direito do autor; 2) prova de fato impeditivo do direito do autor; 3) prova de fato extintivo do direito do autor; 4) prova de fato modificativo do direito do autor; 5) prova de nada. Ora, se o juiz tem dúvida somente sobre a existência do fato constitutivo do direito do autor, o único beneficiário real da prova de ofício é o autor, porquanto os resultados (2), (3), (4) e (5) revelam dilação probatória

inútil: posto que favoreçam o réu. Há tempos a demanda já poderia ter sido rejeitada por ausência de provas. Esse mesmo raciocínio se aplica à hipótese em que o juiz tem dúvida geral (ou seja, dúvida tanto sobre o fato constitutivo quanto sobre o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor). Por sua vez, se o magistrado tem dúvida sobre a existência do fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, o único beneficiário real da prova de ofício é o réu, uma vez que os resultados (1) e (5) revelam dilação probatória inútil: embora favoreçam o autor, há tempos a demanda já poderia ter sido julgada procedente. Em suma: a prova ex officio iudicis sempre favorece a parte que tinha o ônus de provar, mas não provou<sup>174</sup>.

As iniciativas probatórias, portanto, são exclusivas das partes, estando preservada a liberdade individual, para trazerem aos autos do processo os fatos que realmente lhes interessam para a solução do conflito. A outorga de poderes instrutórios fere o espírito democrático do processo. O poder instrutório (oficioso/*ope iudicis*) não está de acordo com a garantia do devido processo legal, por impor às partes uma providência não requerida, ferindo-lhes a liberdade individual de participação no processo e a sua faculdade de disposição, assumindo o ônus

---

partir do debate entre garantismo e instrumentalismo processual. Disponível em: <https://bit.ly/327YQqi>.

---

<sup>174</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 169/172.

da sua escolha, de parcela de seu direito derivado da pretensão ou reação (produção de prova).

A propósito, referindo-se expressamente à iniciativa probatória dinâmica, Assis (2016, p.208/2090) é categórico em alertar que referida teoria:

(...) baseia-se em premissa claramente irreal: o juiz e a juíza brasileira, encarregados de processar e julgar milhares de processos, não têm vagares e os instrumentos necessários à ponderação dos interesses em jogo. Não é por outra razão que só se dão conta da conveniência da mudança das regras do ônus na oportunidade do julgamento. Em realidade, a distribuição dinâmica constitui um enorme perigo ao processo garantista” e prossegue advertindo: “Esquece-se o melhor princípio: ‘O arbítrio do juiz em liberdade total e não condicionado a determinados parâmetros legais que balizem a sua atuação não é um bom princípio’ ”<sup>175</sup>.

A dinamicidade da distribuição do ônus *probandi*, conclui o processualista gaúcho, tem por objetivo uma:

(...) extravagante “técnica” de julgamento transparente, embora raramente enunciado, qual seja: “favorece uma das partes que, segundo o critério fixo e prévio, não lograria êxito, por razões nem sempre – permita-se a metáfora – próprias do ofício de fazer justiça”<sup>176</sup>,

<sup>175</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Vol. II: parte geral. Institutos fundamentais. Tomo II. 2 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 208/209.

<sup>176</sup> ASSIS, Araken de. op. cit., p. 208/209.

O que, sem medo de errar, implica na quebra da garantia da imparcialidade do órgão julgador.

Eduardo José da Fonseca Costa extrai, como consequência direta das garantias “arquitfundamentais da não criatividade<sup>177</sup>”, explicado por Didier Jr (205, p.157), e imparcialidade (em especial da pressuposição de inocência civil e penal), a necessidade de preservação da *distribuição estática do ônus da prova* e da improcedência na hipótese de ausência ou insuficiência de provas. Veja-se:

*GARANTIA FUNDAMENTAL DA «PRESUNÇÃO» [RECTIUS: PRESSUPOSIÇÃO] DE INOCÊNCIA [deve-se pressupor a inocência penal ou civil do réu, não a sua culpabilidade; dessa pressuposição decorrem dois importantes corolários: i) a GARANTIA DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS, por força da qual é ônus do autor destruir a barreira pressupositiva mediante prova do fato constitutivo da ação material objeto do processo e do réu reforçar a barreira mediante prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo da ação material, evitando o risco de que o juiz surpreenda a parte criando-lhe ônus*

<sup>177</sup> Em sentido diametralmente oposto ao que defende, por exemplo, Fredie Didier Jr calcado na visão instrumentalista do processo: “A jurisdição é função criativa. Essa criatividade é ilimitada. Na verdade, mais se assemelha a uma atividade de reconstrução: recria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se recria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto”. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 157.

*probatório invencível; ii) a GARANTIA DA IMPROCEDÊNCIA POR AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, que obriga o juiz em dúvida a declarar infundada a existência da ação material, evitando o risco de que escolha o resultado do julgamento em favor de uma das partes”<sup>178</sup>.*

A falsa premissa que motivou a permanência no atual Código de Processo Civil das *iniciativas probatórias oficiosas* (arts. 370/373, § 1º), atribuindo poderes aos órgãos julgadores, é incompatível com regimes democráticos. A história repele todos os regimes autoritários do séc. XX, demonstrando que todos editaram Códigos para adaptar o processo aos seus valores e, sobretudo, majorar os poderes dos juízes para “descobrirem a verdade” e “fazer justiça”. Exemplos: “no BRASIL (era Vargas), na ITÁLIA (Fascista), em PORTUGAL (Estado novo), na ALEMANHA (Socialista), na EX-URSS e na POLÔNIA (pós-guerra 1945)<sup>179</sup>”, conforme cita Lucca (2019, p.131)

O processo é, nos dizeres de Eduardo José da Fonseca Costa, “uma garantia de liberdade em si salpicada de alguns poderes jurisdicionais”, jamais “um instrumento do poder jurisdicional salpicado de algumas garantias de

<sup>178</sup> *As garantias arqui-fundamentais contra-jurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade.* Disponível em: <https://bit.ly/36sHdVl>.

<sup>179</sup> O esboço histórico é da lavra de Rodrigo Ramina de Lucca, calcado em Girolamo Monteleone. *Princípios e ideologias del processo civil.* Impressiones de um ‘revisonista’, p. 114. In LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo.* São Paulo: RT, 2019, p. 131.

liberdade”<sup>180</sup>, portanto, conforme afirma o equívoco não é retirar o órgão julgador da sua:

(...) posição de inércia desinteressada, como se a boa prestação jurisdicional não lhe dissesse respeito, nem valorizar os mecanismos para a apuração dos fatos alegados pelas partes. O problema é supor que a verdade descoberta pelo órgão julgador é mais verdade ou mais legítima do que a verdade construída democraticamente e paritariamente no processo pela atuação das partes. O viés autoritário faz parecer que a parcialidade das partes e de seus procuradores contamina os seus comportamentos processuais, sendo imprescindível a angelical intervenção do juiz estatal para definir o justo, o bom e o verdadeiro”<sup>181</sup>.

Os sistemas autoritários atribuíram mais poderes aos juízes para a busca da verdade material. A defesa de que o juiz deve buscar a verdade material, conforme afirma o autor (2019, p. 135)

(...) independentemente do que foi alegado pelas partes e dos consensos por elas estabelecidos, invariavelmente, evolui para teorias que significam o fim do processo civil (penal e demais), seja pela substituição do processo contencioso por procedimentos de jurisdição voluntária (Baumbach), seja pela extinção do Poder Judiciário e a integração de todos os processos em um

<sup>180</sup> *Liberdade e autoridade no direito processual: uma combinação legislativa em proporções discricionárias? (ou ensaio sobre uma hermenêutica topológico-constitucional do processo).* Disponível em: <https://bit.ly/33k6qjM>.

<sup>181</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo.* São Paulo: RT, 2019, p. 134.

único procedimento instruído oficiosamente (Menger)<sup>182</sup>.

Portanto, a regra de que o órgão julgador detém poderes instrutórios a serem exercidos voluntariamente ao seu bel-prazer visando “auxiliar”<sup>183</sup> as partes em suas

<sup>182</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. op. cit., p. 135.

<sup>183</sup> Sobre o “dever de auxílio”, cabe aqui as lições certeiras de Diego Crevelin de Sousa ao esmiuçar tal conceito performático e concluir que esse dever não passa de um disfarce à atuação oficiosa do órgão julgador, *in verbis*: “Considero o dever de auxílio o mais problemático de todos. Primeiro, porque auxiliar significa ajudar, socorrer. É correto dizer que o juiz tem a função de ajudar ou socorrer a parte na realização de alguma atividade? Fala-se em auxiliar ainda no sentido de função secundária. Então, seria o juiz detentor de uma função secundária em alguma atividade de parte? Desnecessário dizer que nada disso cabe dentro dos limites semânticos do art. 5º, LV, CRFB. Portanto, a ideia de um dever de auxílio é problemática em si. Segundo, porque a doutrina oferece formulação incrivelmente vaga: “o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”. Cabe ao órgão julgador providenciar, sempre que possível, a remoção do obstáculo (SOUSA, 1997, p. 65; BARREIROS, 2013, 199-201)”. Ora, o que é “remoção” e a que “obstáculos” se refere? Como definir esse dever-poder do juiz, com algum grau de previsibilidade e saber, v.g., se condiz ou não com a garantia da imparcialidade objetivo-funcional (se o juiz está exercendo função de parte)? Terceiro – e que deriva dos motivos anteriores, máxime do segundo –, porque tal dever não é unanimidade sequer entre os próprios cooperativistas. (...). Mas a doutrina portuguesa, menos acanhada porque bem resolvida, no ponto, vai direto ao ponto, como reporta Fredie Didier Jr: “para cumprir este dever, poderia o órgão julgador, por exemplo, sugerir a alteração do pedido, para torná-lo mais conforme o entendimento jurisprudencial para casos como aquele”. Impossível ser mais claro! O não-dito se fez dito. Escancaradamente. Indubitavelmente. Não falta uma letra aí. Dizendo sem peias: o dever de auxílio é uma autorização para o juiz ajudar a parte a vencer. Não se trata de simplesmente franquear a manifestação sobre questão conhecida de ofício para oportunizar influência e evitar surpresa. É muito mais que isso: o juiz se põe ao lado da parte e lhe dá toda a orientação necessária para vencer. Ele se torna advogado da parte. Deixa de ser juiz, ou de ser apenas juiz. Nada pode explicar com mais clareza o que significa a ideia de um “juiz paritário no debate”. Nada incorpora com tanta fidelidade a figura do juiz-

dificuldades, ou mesmo insuficiências, no desincumbir<sup>184</sup> de seus encargos ou ônus *probandi*, não passa de um (mais um) resquício autoritário e incompatível com o *processo* enquanto *garantia* instituído em 1.988 pela Constituição Federal, a qual procurou estabelecer e concretizar um Estado Democrático de Direito.

## 5. À Guisa de conclusão

Lucca (2019, p.138) define Processo como:

(...) método de trabalho para que o Estado desenvolva, com racionalidade e previsibilidade, a sua função jurisdicional com o objetivo primário de

*contraditor. Com essa formulação, finalmente o dever de auxílio recebe um conteúdo normativo próprio, adquire status de instituto jurídico autônomo – mas não novo, como logo veremos –, ainda que visceralmente inconstitucional (desnecessário descer novamente aos porquês disso violar a imparcialidade, tanto em sentido subjetivo-psíquico quanto objetivo-funcional/imparcialidade, e o contraditório). (...) Está mais do que evidente o caráter profundamente autoritário que subjaz o dever de auxílio. Ele assenta em tradição inautêntica ao Estado Democrático de Direito e não se mostra referencial teórico viável para quem busca uma divisão de tarefas verdadeiramente equilibrada entre os sujeitos processuais (i.e, hostil a qualquer proposta de hipertrofia das funções de qualquer deles, especialmente do juiz). Se não acende a luz vermelha da repulsa, deve acender ao menos a luz amarela do cuidado. Verdade seja dita, a doutrina brasileira ainda não chegou ao nível de Klein. Por enquanto, é não-dito entre nós (quando muito, é quase-dito). Se se tomará dito, o tempo dirá”. O caráter mítico da cooperação processual). Disponível em: <https://bit.ly/336a4Ne>.*

<sup>184</sup> Defendendo esse desacerto, entre outros, destaca-se Daniel Mitidiero: “Juiz, portanto, além de desempenhar funções instrutórias (poder instrutório), teria deveres de cooperação para com as partes, destacando-se o dever de auxílio, consistente em ‘auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou do cumprimento de ônus ou deveres processuais’”. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 141/142.

estabelecer normas que legitimem a sua intervenção na esfera jurídico-patrimonial do indivíduo”<sup>185</sup>.

O que importa para o processo não é a decisão ser *justa* ou *injusta*; o que importa é que o seu resultado decorra de um procedimento legal, lógico, previsível, conduzido por um sujeito imparcial e dotado de garantias mínimas de participação aos interessados que possibilite uma decisão substancialmente “justa” (adequada ao ordenamento) e efetiva. Esse é o sentido do devido processo legal<sup>186</sup>.

Com efeito, nosso sistema processual é dispositivo e não inquisitivo. princípio dispositivo é a matriz das regras e sistemas pelos quais ao órgão julgador não competem iniciativas probatórias.

O exercício dos poderes instrutórios retira do juiz a garantia da imparcialidade, na medida em que o transforma em um potencial procurador de uma das partes, privilegiando ou direcionando o resultado do processo.

Quem tem o ônus da alegação tem o ônus de provar; se o juiz supre eventuais omissões de uma das partes, estará, obviamente, beneficiando-a em detrimento da outra.

Portanto, o argumento de que o juiz não sabe a quem favorecerá a prova que ele determinou de ofício é falaciosa, na medida em que, se por um lado, se desconhece a quem favorece certa prova, por outro, é rigorosamente certo que conhece a quem desfavorece a correspondente falta<sup>187</sup>.

Não existe nada mais fora de qualquer análise séria, no âmbito do processo, do que a tentativa de sustentar um “agir bom” do órgão julgador ao defender uma oficiosidade positiva ou “parcialidade positiva do juiz” 188, como vem sustentando a doutrina.

Processo, para os garantistas, é liberdade que traduz a ideia de que cabe à parte “decidir pelo que entende e pelo que lhe convém perante a jurisdição. A parte tem o poder de autodeterminar-se pela própria vontade e, a partir daí escolher autonomamente os seus comportamentos”. Somente a ela caberá a liberdade de provar os fatos alegados como fundamento no convencimento do juiz, afinal de contas, o órgão julgador deve postar-se “alheio, não-parte, im-parte, imparcial, neutro. É iniciativa exclusiva da parte manejar os fatos, os fundamentos jurídicos, os pedidos, as provas, as indagações, as inquirições, as estratégias de

<sup>185</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 138.

<sup>186</sup> Nesse sentido: CARVALHO FILHO, Antonio. *Desmistificando o processo justo: pela reconstrução do devido processo legal*. Disponível em: <https://bit.ly/2oly4as>.

<sup>187</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz*. In MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba, Juruá, 1994, p. 95.

<sup>188</sup> SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008, p. 211.

persuasão, as impugnações e os recursos que lhe amparam a ação e a defesa”. Sua missão no processo é de garantidor daquele, de “um *dux* [=comandante, chefe, guia, diretor]”<sup>189</sup>, disso resulta a sua imparcialidade na condução do processo.

Afinal, por meio da aplicação da regra estática de atividade do ônus da prova, caberá:

*(...) ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, CPC) e ao réu o de provar o fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor (art. 373, II, CPC). Além disso, esses mesmos dispositivos, para o juiz, definem regras de julgamento, ou seja, o sentido em que ele deve julgar em caso de inexistência ou insuficiência de provas, pois é vedado o non liquet*<sup>190</sup>.

Não é por outra razão que, para a teoria do garantismo processual, as *posturas probatórias oficiosas* (arts. 370 e 373, § 1º, segunda parte, do Código de Processo Civil) são inconstitucionais, sendo certo que o primeiro dispositivo é nulo de pleno direito e o segundo, merece declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (§ 1º, segunda parte)<sup>191</sup>, uma vez

<sup>189</sup> COSTA, Eduardo Jose da Fonseca. *Processo: garantia de liberdade ou garantia de livramento?* Disponível em: <https://bit.ly/2q9iCEH>.

<sup>190</sup> CAZARIM, Andréa Cristina. *Prova de ofício e imparcialidade do juiz: um embate entre o instrumentalismo processual e o garantismo processual*. Monografia. Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ. Aracruz/ES, 2018, p. 78). Monográfico gentilmente cedido pela autora e que ainda, infelizmente para nós, não foi publicado.

<sup>191</sup> “(...) ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo

que em ambos há violação da garantia do devido processual legal<sup>192</sup> (art. 5º, LIV), no seu viés da imparcialidade, originada tanto diretamente da referida cláusula do *due process*, quanto derivada da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10)<sup>193</sup>, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.1)<sup>194</sup> e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.1.)<sup>195</sup>.

---

*nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído*”. Aqui cabe uma explicação quanto à primeira parte do parágrafo (Nos casos previstos em lei). É que, nesse caso, o legislador já estabeleceu previamente as denominadas “desigualdades materiais”, a exemplo das relações de consumo, em que a legislação de regência (art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor) já informa às partes a possibilidade de inversão do ônus probatório em razão do direito envolvido e da hipossuficiência ínsita à relação. Uma espécie de equalização legal visando equilibrar a relação jurídico processual e eliminado o arbítrio judicial na produção probatória. Nesse sentido: ROSSI, Júlio César. *A distribuição do ônus da prova nas relações de direito privado: será preciso, mesmo, mudar?* In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coords.). *Revista de Direito Privado – RDPriv.* n.º 51. jul-set. São Paulo: RT, 2012, p. 87/111.

<sup>192</sup> Valiosa é a conclusão de Nelson Nery Junior ao estabelecer que “*bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despciendos*”. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10 ed., São Paulo: RT, 2010, p. 87.

<sup>193</sup> “*Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida*”.

<sup>194</sup> “*Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCHIETA, Natascha. O recurso como garantia do indivíduo e o recurso como instrumento do Estado: variações a partir do debate entre garantismo e instrumentalismo processual. São Paulo. Empório do direito. 13 mar. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/327YQqi>.

AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: RT, 2015, p. 43.

AROCA, Juan Montero. La prueba en el proceso civil. 4 ed. Navarra: Thomson. Civitas, 2005.

ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro. Vol. II: parte geral. Institutos fundamentais. Tomo II. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 193.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENTHAN, Jeremy. Tratado de las pruebas judiciales. Trad. Manuel Ossorio Florit: Buenos Aires. EJEA, 1971.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília: Gazeta jurídica, 2012.

CARVALHO FILHO, Antonio. Desmistificando o processo justo: pela reconstrução do devido processo legal. São Paulo. Empório do direito. 12 ago. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2oIy4as>.

*qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. (...)?*

<sup>195</sup> “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 anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza?”.

CAZARIM, Andréa Cristina. Prova de ofício e imparcialidade do juiz: um embate entre o instrumentalismo processual e o garantismo processual. Monografia. Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ. Aracruz/ES, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. As garantias arquifundamentais contrajurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade). São Paulo. Empório do direito. 19 abr. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2oCwnv0>.

\_\_\_\_\_. Processo: garantia de liberdade ou garantia de livramento? São Paulo. Empório do direito. 28 ago. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2q9iCEH>.

\_\_\_\_\_. Liberdade e autoridade no direito processual: uma combinação legislativa em proporções discricionárias? (ou ensaio sobre uma hermenêutica topológico-constitucional do processo). São Paulo. Empório do direito. 15 jan. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/33k6qiM>.

DAMASKA, Mirjan R. Evidence law adrift. New Haven: Yale University Press, 1997.

DIAS, Luciano Souto. Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil: em busca da verdade. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GALVÃO. Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. São Paulo: Saraiva, 2014.

- GOLÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. Revista dos Tribunais. São Paulo, RT 859:91, maio 2007.
- LLUCH, Xavier Abel; JUNOY, Joan Picó i. (Coords.). Los poderes del o juez civil em materia probatoria. Barcelona: JM Bosch Editor, 2003.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). O processo civil contemporâneo. Curitiba, Juruá, 1994.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- \_\_\_\_\_. O neoprivatismo no processo civil. Temas de direito processual: nova série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coords.). Revista de Direito Privado – RDPriv. n° 51. jul-set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PEGINI, Adriana Regina Barcellos; FERREIRA, Daniel Brantes; SOUSA, Diego Crevelin; MALAFAIA, Evie Nogueira e.; RAMOS, Gláuco Gumerato; DELFINO, Lúcio. PEREIRA, Mateus Costa e FILHO, Roberto P. Campos Gouveia (Orgs.). Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Thoth, 2019.
- PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). Verdade e prova no processo penal. Brasília: Gazeta jurídica, 2016.
- PEREIRA, Mateus Costa; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos. Consultor jurídico. São Paulo, 26 jul. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2WYykon>.
- PEYRANO, Jorge Wagner. Nuevos Lineamentos de las cargas probatorias dinamicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Ed., 2004.
- RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida et al (COORD.). Novo código de processo civil comentado. Tomo II (art. 318 ao art. 770). São Paulo: Editora Lualri, 2017.
- RODRIGUES JR, Otavio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- ROSSI, Júlio César. A (Des)motivação per relationem: uma espécie non liquet na era do

processo tecnocrático. São Paulo. Empório do direito. 05 jun. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2r7jrOx>.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e o pós-positivismo à brasileira. Consultor jurídico. São Paulo, 12 out. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2N8DJjk>.

SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o Juiz Contraditor pela Imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. vol. 96. out./dez. 2016.

\_\_\_\_\_. O Caráter Mítico da Cooperação Processual. São Paulo. Empório do direito. 06 dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2PzFHLk>.

SOUZA, Artur César. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

TESHEINER, José Maria Rosa. Elementos para uma teoria geral do processo. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12.

THEODORO JUNIOR, Theodoro. Curso de direito processual. V. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense universitária, 2013.

**COMO CONSTRUIR UMA  
INTERPRETAÇÃO GARANTISTA DO  
PROCESSO JURISDICIONAL?  
HOW TO BUILD A GUARANTEE-  
ORIENTED INTERPRETATION OF THE  
JURISDICTIONAL PROCESS?**

*Lúcio Delfino*<sup>196</sup>

**RESUMO:** O artigo aponta possibilidades para uma interpretação garantista do processo jurisdicional, em atenção ao seu *ser constitucional*, bem assim, ao papel fundamental que desempenha (ou que *deveria* desempenhar) em compromisso com a preservação da liberdade das partes na arena processual.

**PALAVRAS-CHAVES:** Garantismo processual. Devido processo legal. Liberalismo. Ciência processual. Jurisdição.

**ABSTRACT:** the article presents possibilities towards a guarantee-oriented interpretation of the jurisdictional process, considering its *constitutional being*, as well as the base role such process plays (our *should play*) in commitment with the preservation of the liberty of the parties in the process field.

**KEYWORDS:** Guarantee oriented procedural. Due law process. Liberalism. Procedural science. Jurisdiction.

---

<sup>196</sup> Pós-doutor em Direito (UNISINOS). Doutor em Direito (PUC-SP). Diretor da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Advogado

**1. A METÁFORA *MATRIX* E A DEPREDACÃO DO PROCESSO POR LENIES ESTATÓLATRAS DE COMPREENSÃO. A BAIXA CONSTITUCIONALIDADE E O DESDÉMA O DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Há um gravíssimo vezo no domínio do direito processual, notabilizado por uma espécie de miscelânea retórico-argumentativa, cada vez mais comum hodiernamente. É que a construção teórica e legislativa segue sendo forjada segundo miradas, cujo compromisso capital está sobretudo no apoderamento judicial, em desprezo à gênese, que caracteriza mais de perto a instituição que é o processo. O estrago causado por esse tipo de postura tem se pronunciado dia a dia na praxe forense e ajuda a desvelar por qual razão o Direito é cotidianamente depredado por arbitrariedades de toda sorte.

Não que seja uma obviedade facilmente percebível, pois desponta tão-somente a partir de um doloroso empenho de “des-vivicação” da própria experiência de mundo, na qual todos estamos mergulhados. Por aqui, há tempos o “paroquialismo doutrinário” fez soberano o ensino do direito processual, encimado em bases publicistas (ou hiperpublicistas), cujas elaborações teórico-conceituais privilegiam exatamente uma compreensão que prima a jurisdição pela superioridade.

A diluição do “processual” pelo “jurisdicional” é um fenômeno deveras real, uma

promiscuidade oriunda de pré-juízos, que se enraizaram na tradição jurídica pela labuta impactante e serial da dogmática, durante longo trajeto histórico, a ponto de fazer com que antevejam o processo por uma via de pensamento profundamente aferrada à perspectiva da atividade jurisdicional e dos seus (denominados) escopos sociais, políticos e jurídicos. Grosso modo, ecoa de ponta a ponta no País o mantra: “o processo é de somenos importância, ancilar e subserviente, mero instrumento a serviço da jurisdição”.

Já é hora, pois, de desvelar e destruir algumas compreensões alcançadas no interior da tradição e que foram se sedimentando até constituírem o comportamento assumido, de modo geral, pelos profissionais do direito na atualidade. Algo como tomar “pílula vermelha”, expandir a percepção, a fim de enriquecer horizontes em socorro ao conhecimento do processo tal como ele é. Não por deleite teórico, vaidades ou coisas do gênero, mas porque só assim se dará o “giro paradigmático”, passo absolutamente necessário para salvaguardar teoria e prática processuais da baixa constitucionalidade, na qual se encontram atoladas.

## **2. O SOCIAL-LIBERALISMO ENCAMPADO PELA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988. IDEOLOGIA POLÍTICA, JURISDIÇÃO E**

### **PROCESSO. OS PERCURSOS ESCOLHIDOS PARA ESTA BREVE JORNADA**

Tenha-se em mente que o social-liberalismo é a base político-ideológica subjacente à Carta Constitucional em vigor, que ilumina o curso da ordem econômica, financeira, jurídica, educacional e assistencial. Se outrora estavam os brasileiros suspensos entre “liberalismo” e “estatismo”, hoje, porém, a opção manifesta é por uma “convergência de ideologias”.<sup>197</sup>

Não se tem, por isso, um liberalismo infenso à justiça social, e sim uma proposta político-normatizada, cujo mote é o continuado balanceamento de valores liberais e sociais entremeados em diversas conjunturas: embora dotado de muitas atribuições, o Estado não é (não deve ser) exclusivista, não é mister monopolizar a exploração econômica, mas tão-somente regular a economia para reprimir abusos, não lhe sendo lícito operar em conflito com a livre iniciativa, salvo em hipóteses expressamente previstas na Constituição.<sup>198</sup>

De maneira pontual, os principais traços característicos do social-liberalismo são:  
i) o individualismo egoísta do

<sup>197</sup> REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 43-51.

<sup>198</sup> REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 43-51.

liberalismo clássico cedeu espaço ao individualismo altruísta e progressista, que enxerga uma conexão entre os homens por laços de simpatia e atenção; ii) diante do fracasso do livre comércio e da inviabilidade da empresa privada sem restrições, o capitalismo se submeteu a uma regulação destinada a promover prosperidade, harmonia na sociedade civil e a redução das desigualdades de pontos de partida; iii) o Estado mínimo dos liberais radicais (incapaz de corrigir as injustiças e desigualdades) e o Estado máximo dos socialistas marxistas (pesado, ineficaz e opressivo) cedem lugar a um Estado fiscal e ágil, a um “liberalismo de Estado” que ajuda as pessoas a se ajudarem, intervindo na economia e promovendo serviços de bem-estar social (saúde, segurança e educação); iv) a liberdade negativa dos liberais clássicos foi superada por uma liberdade positiva, isto é, pela ideia de que a liberdade também pode ser ameaçada pelas desigualdades sociais e desvantagens intensas.<sup>199</sup>

O que isso, entretanto, importa ao direito processual? Ora, ideologias políticas exercem sugestão indeclinável sobre a forma como se visualizam a organização administrativo-funcional do Estado-juiz, o modo de formularem-se as decisões judiciais, a maneira de ocupação dos cargos judiciários e de apoio, e os objetivos, as metas e as tarefas que cabem ao Estado no

---

<sup>199</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 21, n. 82, p. 205-216, abr./jun. 2013. Vale a lembrança que esse trabalho serviu de base à palestra ganhadora do Prêmio “Humberto Briseño Sierra”, proferida pelo autor, em 19 de outubro de 2012, na ocasião do XII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, na cidade de Azul, Argentina.

desempenho específico da função jurisdicional.<sup>200</sup> Tendo isso em consideração, um pequeno esforço é suficiente para se concluir que influxos ideológicos também se mostram capazes de fomentar ingerências sobre a apreensão e manejo da instituição (processo) que legitima a atuação jurisdicional e o seu resultado.<sup>201</sup> Indo direto ao ponto: o substrato de inúmeras concepções e construções dogmático-processuais, pretensamente técnicas, tem por fundamento reflexos oriundos da transposição de *topoi* político-ideológicos, imperantes em determinado tempo e espaço,<sup>202</sup> cuja difusão devotada, massiva e equivocada corroborou para calcificar camadas e camadas de compreensão, que obnubilam aquilo que o processo possui de mais distintivo.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Organização: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora JusPodivim, 2015. p. 171-186.

<sup>201</sup> Juan Montero Aroca elucida que a origem das concepções assumidas pelos estudiosos acerca do processo é de ordem política, embora muitas vezes ocultada sob o manto da técnica processual. Sobre o tema: AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritário de la buena fe procesal. *Proceso civil e ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2ª. ed. Coordenador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 292-352.

<sup>202</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Organização: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora JusPodivim, 2015. p. 171-186.

<sup>203</sup> Nessa linha, leciona João Maurício Adeodato que “toda dogmática jurídica é necessariamente ideológica, daí a necessidade de compreender a relativa autonomia do direito dogmático em relação à moral. O conteúdo ideológico atravessa toda a estrutura da dogmática por estar contido no próprio dogma

E tudo se complica em países onde o senso comum teórico assume afeição pela jurisdição especial, tomando-a inclusive como “centro gravitacional” da Teoria do Processo.<sup>204</sup> Não é a toa que a aludida transposição dos *topoi* políticos-ideológicos ganha ares sobranceiros no Brasil, fazendo com que técnicas legislativas sejam elaboradas e interpretadas a partir de lentes desvirtuadas de uma específica perspectiva histórico-cultural, que lhes deveria servir de

---

e, como bem nota Viehweg, não se deve preterir determinada teoria jurídica sob a pecha de ‘mera ideologia’, haja vista que todo discurso dogmático segue uma linha ideológica, e não descritiva, buscando como efeito a crença, e não o conhecimento neutral de seus postulados. Mesmo assente este fato, pode-se notar uma constante preocupação de ‘desideologizar’ a ação social do pensamento dogmático, emprestando ao direito um conteúdo eminentemente técnico e fazendo com que o sistema jurídico e suas normas, embora elaborados a partir desta ou daquela ideologia, passem a funcionar o mais possivelmente desvinculados de seus pontos de partida, reduzindo ao mínimo o inevitável pano de fundo ideológico. ‘Este mundo jurídico pode funcionar, pois, sem reflexões ideológicas; naturalmente, não porque esteja livre de ideologias e sim porque a ideologia trivial, que se pressupõe e não se discute, tenha sido dogmatizada de uma maneira tecnicamente perfeita’ (Viehweg).” (ADEODATO, João Maurício. *Ética & Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 161).

<sup>204</sup> Nas palavras de Gumerato Ramos (tradução livre): “[d]entro desse panorama de propor a organização dos Institutos Fundamentais seguindo a ordem *jurisdição, ação e processo*, o discurso da doutrina foi sempre uniforme e legitimador do Poder estatal como o grande *dirigente e protagonista* da cena processual, e por isso a *jurisdição* é trabalhada como o polo metodológico preponderante. A partir daí a doutrina passou a valorizar a importância dos Institutos Fundamentais, porém sempre com o enaltecimento da *jurisdição* (=Poder) por sobre o *processo* (=Garantia) e a própria *ação* (=Liberdade). Como já assinalado, isso se verifica na forma como os livros de teoria geral do processo metodicamente organizam o assunto, de regra principiando pela exaltação/explicação sobre a *jurisdição*, sendo a *ação* e o *processo* tratados sempre após aquela.” (RAMOS, Glauco Gumerato. *Proceso jurisdiccional, Réplica y los Institutos Fundamentales del derecho procesal. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 22, n. 88, p. 251-272, out./dez. 2014).

modelo. Entre nós, “processo e direito processual” surgem amesquinçados por pré-conceitos inautênticos, que a doutrina e a prática forense gradualmente consolidaram.

Mas o que afinal torna equivocado encarar o processo com os olhos da jurisdição, qual o problema dessa cegueira epistemológica em relação ao *ser processual*, e, precisamente, que mal habita esse tipo de (im)postura hermenêutica? A resposta a essas questões demanda um trabalho de “decomposição da coisa em exame”, voltado a desobstruir estruturas teóricas prévias já encrostadas, a fim de, em última análise, demonstrar que o ativismo judicial, as correntes teóricas que o subjazem e as suas consequências corrosivas estão longe de serem autoevidentes ou sustentáveis, a partir de um horizonte fundado constitucionalmente.

Conquanto diversos sejam os caminhos, segundo os quais a empreitada poder-se-ia alcançar seu desiderato, optou-se por duas vertentes: i) a histórico-ideológica, tendo-se em vista uma investigação centrada nas origens do devido processo legal; e ii) a filosófica, cuja base é um artigo de Eduardo José da Fonseca Costa, escrito sob a influência da ontologia fenomenológica de Martin Heidegger.

### 3. O PAPEL DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O AMESQUINHAMENTO DO PROCESSO POR UMA

**COMPREENSÃO ENVIESADA, DECORRENTE DA  
TRANSPOSIÇÃO DE TOPOI POLÍTICO-  
IDEOLÓGICOS ESTRANHOS À SUA GÊNESE. O  
DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO GARANTIA  
FUNDAMENTAL, COMPROMISSADA COM A  
PRESERVAÇÃO DA LIBERDADE**

Ninguém, ancorado à realidade, atribuiria à jurisdição hoje, pós Constituição de 1988, função restrita a ordenar e resolver os conflitos que pululam na sociedade. Seu papel segue para além disso, evidentemente. Opera também em prol da concretização do projeto constitucional, promovendo por conseguinte espécie de (re)engenharia social. O exemplo da Constituição brasileira é ideal, pois analítica que é, abrange inúmeras questões pautadas por direitos fundamentais de distintas dimensões, tradicionalmente decididas com exclusividade no âmbito político.

Parece não haver dúvida de que – parafraseando Lenio Luiz Streck – o paradigma do Estado Democrático de Direito, com enfoque no Brasil, onde o coeficiente de promessas incumpridas da modernidade é muito elevado, liga-se inexoravelmente à função “transformadora” que o Direito e a jurisdição constitucional assumem na atualidade. A especificidade da Constituição brasileira, a qual contém um leque de direitos fundamentais-sociais, com altíssimo grau de inefetividade,

tornou a judicialização algo inescapável. Ou seja, frente à inércia verificada na atuação do Executivo e Legislativo na concretização de direitos fundamentais, não se pode abrir mão de certo grau de intervencionismo da justiça constitucional.<sup>205</sup>

Mas considerar o valor da jurisdição nos tempos atuais, não autoriza o soterramento daquilo que o processo tem de imanente, tampouco a tratá-lo com inferioridade, em desatenção às suas raízes histórico-positivas e à ideologia que o sustenta.<sup>206</sup> Muito pelo contrário, porquanto a valorização da atividade jurisdicional, com a sua ingerência em uma

---

<sup>205</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão judicial*. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113-118. É bastante conhecida a distinção feita pelo autor entre *judicialização da política* e *ativismo judicial*, a evidenciar sua preocupação com a atuação judicial desmedida, cujos resultados são *discricionariedades* e *decisionismos* de toda sorte. Em seus textos verifica-se claramente o combate que trava contra o ativismo judicial e as posições teóricas que encaram o Judiciário como o superego da sociedade. Sobre a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, consultar também: TASSARINI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

<sup>206</sup> Como demonstra Lenio Luiz Streck, “o processo constitucional, adequadamente concebido, pode representar um elemento de fundamental importância para evitar que a democracia se transforme numa judiciariocracia... O elevado grau de autonomia assumido pelo direito nesse novo paradigma acarreta responsabilidade política cada vez maior ao Poder Judiciário. Por isso, o necessário cuidado – no sentido coloquial e hermenêutico da palavra (Sorge) – que a comunidade jurídica deve ter com o modo como a jurisdição constitucional pode e deve ser desenvolvida. Afinal, tudo começa e termina no respeito ao devido processo legal. Processo: eis a questão!” (STRECK, Lenio Luiz. *In*: ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-14).

diversidade de assuntos, implica rigorosas cautelas no seu controle para impedir e debelar abusos<sup>207</sup> – afinal, uma jurisdição mais intervencionista traz consigo o risco de discricionariedades, ativismos e decisionismos judiciais, que só fazem sedimentar intepretações afrontosas a princípios constitucionais fundantes, entre os quais a própria separação de poderes.<sup>208</sup> Em poucas palavras: se é inegável o fato de que a Constituição de 1988 confiou especial relevo à jurisdição no Estado Democrático de Direito, é igualmente notório o destaque não menos relevante que também atribuiu ao “processo devido”.

Ou seja, pensar ontologicamente o processo implica um necessário recuo na tradição, em busca de suas origens. A chave está em investigar, em sua alvorada, o devido processo

---

<sup>207</sup> Em interessante pesquisa, Ran Hirschl analisa a transferência de poder das instituições representativas para o Judiciário, fenômeno por ele designado de *juristocracia*. Uma tendência crescente, que avança do Leste Europeu para a América Latina, e atinge sistemas de tradição institucional fundada na soberania parlamentar. É a crença na legitimidade de se garantir direitos pela via judicial, mesmo que em evidente contraposição ao poder político parlamentar. Hirschl apresenta o outro lado da moeda mediante uma análise que envolve a experiência concreta de quatro países que perpassaram pela “revolução constitucional” (Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul). Segundo demonstra, hoje praticamente tudo pode ser judicializado, de maneira que juízes não eleitos pelo povo, sem responsabilização política, assumem-se dia a dia no mundo como o principal corpo decisório sobre questões importantes para a vida coletiva. (HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalismo*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2007).

<sup>208</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão judicial*. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113-118.

legal, previsto na Constituição de 1988, entre os direitos e garantias individuais e coletivas, matriz fundante do processo em particular, e da ciência processual de maneira geral.

A ideia mesma envolta no *due process of law* surgiu com a *Magna Carta Libertatum*, outorgada em 1215 pelo João “Sem Terra”.<sup>209</sup> A expressão, porém, só mais tarde veio a ser cunhada, utilizada primeiramente no ano 1354, na Cláusula 3 do 28 Estatuto de Eduardo III, na qual se lia que “*no man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law*”.<sup>210</sup> Mais: conquanto de origem anglo-saxã, seu aperfeiçoamento deu-se na América do Norte, na emergência do fenômeno de constitucionalização dos direitos humanos ali ocorrido, tendo sido inserido na Quinta (1791) e Décima Quarta (1868) Emendas da Constituição dos Estados Unidos, cujas redações serviram de modelo para a Constituição Federal de 1988.<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> Como leciona Antônio Dória, “a teoria política ocidental deve inegavelmente à Magna Carta a primeira concepção de um poder político limitado.” (SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. *Direito constitucional tributário e due process of law*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 16).

<sup>210</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 25.

<sup>211</sup> Sobre o tema há ampla literatura: ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional. Aspectos Contemporâneos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. CARVALHO DIAS, Ronaldo

Importa aqui o fato de que o *due process* ganhou força num contexto político-ideológico inegavelmente liberal, pois está comprometido tanto com a limitação das ações estatais, quanto com o reforço da lei como ordem geral e abstrata. Vale dizer, o motor ideológico tinha por matriz

---

Brêtas de. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015. CALMON DE PASSOS, Democracia, participação e processo. *Participação e processo*. Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. CATONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. COSTA, Miguel do Nascimento. Das garantias constitucionais e o devido processo no Estado Liberal aos direitos fundamentais e o processo justo no Estado Democrático de Direito. *Revista AJURIS*. Porto Alegre, v. 42, n. 139, dezembro, 2015. DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. FONSECA COSTA, Eduardo José da. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de novembro de 2016. Disponível: <www.conjur.com.br>. JR, Nelson Nery. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. GOUVÊA MEDINA, Paulo Roberto de. *Direito Processual Constitucional*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. MATTOS, Sérgio Luíz Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. RAMOS, Glauco Gumerato. Proceso jurisdiccional, República y los Institutos Fundamentales del derecho procesal. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 22, n. 88, p. 251-272, out/dez. 2014. SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. Direito constitucional tributário e due process of law. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001. STREK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. TORRES, Artur. *Fundamentos de um direito processual civil contemporâneo. Parte I*. Porto Alegre: Arana Editora, 2016. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

direitos fundamentais *de resistência* (primeira dimensão), fruto das revoluções liberais francesa e norte-americana, por meio das quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais e consequentes limitações aos poderes, até então absolutos do Estado. Nessa fase inaugural do constitucionalismo ocidental, ansiava-se por pretensões de caráter negativo, cujos titulares eram os indivíduos.

Na contemporaneidade sabidamente o *due process* é encarado não apenas em sua perspectiva procedimental (procedural *due process of law*), mas também sob um viés substantivo (substantive *due process of law*). Esse sentido foi alavancado nos Estados Unidos em 1798, no caso *Calder vs. Bull*, firmando-se o entendimento de que atos normativos, legislativos ou administrativos, que ferissem direitos fundamentais, ofenderiam por conseguinte o devido processo legal, a demonstrar que o princípio tem aplicabilidade também fora dos limites processuais.<sup>212</sup> De um lado, salvaguarda direitos fundamentais no âmbito do procedimento (contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação e publicidade das decisões judiciais, entre outros), de outro, revela a segurança de que os direitos fundamentais do

---

<sup>212</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 28.

indivíduo jamais serão violentados pelo ente estatal ou por quem quer que seja.<sup>213</sup>

Enfim, é preciso ter claro que o devido processo legal (ou como preferem alguns, o *processo legal devido*) apresenta, em sua identidade essencial, o papel garantístico de preservação da liberdade do cidadão; assim foi outrora e permanece sendo ainda hoje, mesmo diante dos influxos evolutivos que recebeu ao longo das quadras pelas quais perpassou a história.

#### **4 O ARTIGO ESCRITO POR EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA EM PROL DO DESVELAMENTO DA GÊNESE DO PROCESSO. A PERGUNTA PELO *SER CONSTITUCIONAL* DO PROCESSO COMO CONDIÇÃO APRIÓRICA DE POSSIBILIDADE DA CIÊNCIA PROCESSUAL. O DESENCAMINHAMENTO PROMOVIDO POR CORRENTES DOGMÁTICAS QUE DESENRAIZARAM O PROCESSO DA CONSTITUIÇÃO. O PROCESSO EM SUA INSTITUCIONALIDADE GARANTÍSTICA E SEU**

---

<sup>213</sup> Consoante lecionam Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, a origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Já em 1798, no caso *Calder vs. Bull*, firmou o entendimento de que os atos normativos, quer legislativos, quer administrativos, que ferirem os direitos fundamentais ofendem, ipso facto, o devido processo legal e, por tal razão, devem ser nulificados pelo Judiciário (JR. Nelson Nery; ABBoud, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro. Curso completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 161).

#### **PAPEL DE CONTENÇÃO DE ABUSOS E DESVIOS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

O caminho que se segue na sequência tem por alvo o desvelamento do processo, a partir de uma atitude filosófica que assumidamente pretenda o “retorno às coisas mesmas”. Ao fim e ao cabo, o objetivo permanece idêntico àquele até então almejado: alijar a encrosta teórica que, desde há muito, oculta a gênese do “ser processual”. É, pois, um embate contra o senso comum teórico.

Embora difícil a empreitada, ela já teve início pelas mãos de alguns juristas, os quais, ainda que apegados em bases teóricas diversas, adotam como pauta comum justamente a peleja na construção do projeto, sempre inconcluso, do Estado Democrático de Direito. Entre eles a escolha recaiu sobre Eduardo José da Fonseca Costa, especificamente porque recentemente elaborou, radicado à ontologia fenomenológica de Heidegger, texto teórico revelador de riquíssimo conteúdo e de proveito incontestado para esse trabalho de explicitação dogmática daquilo que realmente é o processo.<sup>214</sup>

O ponto de partida é ter em mente que a processualística não é um “livre projeto” ou “artifício intelectual”: ainda que disponha de um

---

<sup>214</sup> Esse tópico basicamente é um resumo do artigo aludido: FONSECA COSTA, Eduardo José da. O processo como

sistema de categorias fortemente estruturado, é cega, se antes não esclarece suficientemente o “ser constitucional” do processo e se não compreende esse esclarecimento como tarefa fundamental. Afinal de contas, é a Constituição que traça as linhas mestras estruturais do processo, vale dizer, é a sua plataforma de lançamento institucional, de maneira que não se pode conceber uma processualística que não se anteceda de uma “constitucionalística” do processo. Implicado em todo pensamento processual, há de estar um pensamento constitucional. A pergunta pelo “ser constitucional” do processo é a condição apriorica de possibilidade de uma ciência processual.<sup>215</sup>

---

instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de novembro de 2016. Disponível: <www.conjur.com.br>.

<sup>215</sup> Nessa mesma linha, Aury Lopes Jr. aponta a necessidade de se pensar o processo penal (mas o mesmo vale para o processo civil) a partir da Constituição. Ensina que somente “a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.” Em outro trecho de sua obra, ensina que o “processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade., e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal.” JR., Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41-45).

E uma exploração, mesmo que superficial da Constituição de 1988, é mais que suficiente para identificar a institucionalidade garantística como o “ser constitucional” do processo.<sup>216</sup> Processo é *instituição de garantia*, estando a serviço dos jurisdicionados, não é instrumento do poder jurisdicional. Enquanto a função da jurisdição é aplicar imparcialmente o direito, a do processo é garantir que essa aplicação se faça sem desvios e excessos.<sup>217</sup> Lembre-se: na

---

<sup>216</sup> Para uma apresentação do debate envolvendo ativismo vs garantismo: RAMOS, Glauco Gumerato. *Activismo vs. Garantismo en el proceso civil: presentación del debate. Proceso Democrático y Garantismo Procesal*. Coordenadores: Carlos Henrique Soares, Glauco Gumerato Ramos, Guido Aguila Grados, Mónica Bustamante Rúa e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 1-13.

<sup>217</sup> Sem dúvida que o livro *Direito e Razão*, de Ferrajoli, encontra lugar certo em toda biblioteca de estudiosos que seguem uma linha de pensamento garantista. Segundo o jurista italiano, são três as acepções possíveis da expressão garantismo: i) designa um modelo normativo de direito (precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos a função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos); ii) significa teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas também pela existência ou vigor das normas (a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos, tendencialmente garantistas, e práticas operacionais, tendencialmente anti-garantistas, interpretando-a com antinomia que subsiste entre a validade dos primeiros e a efetividade – e invalidade – das segundas; e iii) trata-se de uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade (o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ser e o dever ser do direito). (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. Tradutores:

“jurislação”, o direito é criado; na “jurisdição”, o direito é aplicado por terceiro imparcial; na “administração”, o direito é aplicado pela própria parte ou por terceiro não imparcial.

Na realidade, o que está a serviço da realização do direito material é a jurisdição, não o processo: ao processo cabe *apenas* cuidar para que essa realização não deslize em abusividades. Ou seja, o exercício da jurisdição radica no processo, é o último que legitima a primeira; não o contrário. Tanto assim, é que o processo é tratado no título da Constituição sobre direitos e garantias fundamentais, não nos títulos sobre organização do Estado. Mais ainda: processo é instituição de garantia de liberdade, pois está regulado no Capítulo I do Título II, que cuida sobretudo dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Presta-se, enfim, a resguardar a liberdade das partes em relação ao Estado-juiz.

Acontece que são muitas as correntes dogmáticas desencaminhadas, que inconspicidamente desenraizam o processo da Constituição e o envolvem em sobrecargas inconvenientes, esfumando-lhe seu “ser constitucional” e, por consequência, sua institucionalidade garantística. São doutrinas de cunho ativista, apegadas a uma perspectiva utensiliar, cuja dimensão histórica representa

exercício renitente de esquecimento do “ser constitucional” do processo. O que fazem é dissolver o processo (que é garantia) na jurisdição (que é poder), como se processo fosse a própria jurisdição-funcionalmente-manifestada, fazendo-o perder a própria autonomia ôntica, dando o direito processual lugar a um disforme “direito jurisdicional”. Derivam de uma processualística orgulhosa, que logrou isolar-se ou alhear-se, que escapou ao englobamento constitucionalístico, ensimesmou-se ou se prostituiu, adoecendo de si própria. Esquecem o “ser constitucional” do processo por indiferença, e seguem rumo como se fosse legítimo ao processual recuar para autofundar-se ou fundar-se em extrajurisdicções não constitucionais (ideologias, interesses, alienações, repressões, teologias, versões de mundo, que intrusivamente ocupam a suprema posição fundante que deveria caber à Constituição). A pior dessas doutrinas é a “instrumentalidade do processo”, fundada num princípio epocal mântico sem consistência positivo-constitucional, que reduz o processo a mero “artefato para boas intenções”, e tem servido como fonte de compreensão e racionalidade de qualquer manifestação no universo processual.

Somente quando a processualista “desiste” de enclausurar-se e “in-siste” numa constitucionalística, ela “ek-siste” como ramo

---

Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 785-788).

dogmático legitimante autônomo. A partir dessa articulação, instala-se novo ponto de apoio teórico-arquitetônico para novas terminologias, novos pressupostos operacionais, novos procedimentos metodológicos, novos modelos interpretativos. Na medida em que “ser garantia” define o processo em suas estruturas elementares, significativas e práticas, para além de uma analítica garantista, instalam-se também possibilidades de uma hermenêutica garantista e de uma pragmática garantista.

Mais: um dos títulos pseudo-fundantes e enganadores da processualística ativista é a categoria pragmática da técnica. Não por acaso que por meio de uma técnica constitucionalmente desertificada, o ativista faz de tudo para eficientemente – mediante cálculo de meios e fins (utilitarismo) – mobilizar energias e transformar realidades. A técnica processual não representa um mal em si, mas é preciso religá-la ao seu chão próprio, à sua terra natal, à sua pátria original, que é a sua esquecida moldura garantístico-constitucional. Para ser direto: é hora de uma montagem técnico-processual criativa a serviço da garantia, o que é tarefa ainda irrealizada no Brasil, onde a empolgação concentra-se numa engenharia processual a serviço do autor, compromissada com a efetividade jurisdicional.

Por fim, décadas de cegamento ativista fizeram com que a maioria veja aquilo que é

óbvio como estranho e o insuspeito como familiar. O que era para ser escancaramento tornou-se iniciação a uma obviedade despercebida. É o garantista um constitucionalista do devido processo legal, cujo papel é reconduzir os olhares para o “ser constitucional” do processo. Ou seja, a empresa garantista sempre antepõe à sua processualística, uma constitucionalística especializada, navegando pelas duas numa zona de fronteira epistemológica, o que torna o garantismo uma “interdogmática” e o garantista um “interjurista”.

##### **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. ACEPÇÕES INAUTÊNTICAS E GENERALIZADAS SOBRE O PROCESSO. O PROCESSO ENCARADO A PARTIR DE UMA LEITURA “FORTE” DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

É curioso (e sintomático) observar que, no meio popular, “processo” significa nada menos que *autos de processo*, ou ainda é encarado (o que é ainda pior) como a própria atividade jurisdicional em exercício. “Meu processo não anda ...” Ou “Julgaram meu processo ...” ou “O processo do fulano não teve o êxito esperado ...”. Quase ninguém em absoluto enxerga como “instituição de garantia”! Afinal,

ler a Constituição é um hábito ainda a ser difundido no Brasil.<sup>218</sup>

O advogado que se vende como “processualista” corre o risco de passar fome. Como é evidente, trata-se de palavra que não ingressou no vocabulário vulgar. A própria mídia a confunde regularmente. Nem desconfia o jurisdicionado que precisa ter ao seu lado um causídico suficientemente versado na ciência processual, porquanto isso, no mínimo, assegurar-lhe-á tentativas mais vigorosas para que seus direitos fundamentais processuais sejam cumpridos pelo Estado-juiz ao longo da marcha procedimental. Doa a quem doer, mas na arena processual, vez ou outra, o adversário da parte não é apenas a contraparte, mas também o próprio julgador, que por olvidar seu papel de

---

<sup>218</sup> Por exemplo, em “conversas de esquina” não se ouvem asseveramentos como: ... *no julgamento do meu caso o juiz foi ligeiro demais, afrontou meu direito a um processo devido; ... que coisa é essa de o juiz não me permitir produzir prova pericial; cadê o devido processo legal?; ... essas justificativas nada dizem, não enfrentaram as especificidades do meu problema; não dá para engolir esta decisão, afinal o devido processo me assegura uma prestação jurisdicional fundamentada; ... estou revoltado: meu advogado me encaminhou hoje o resultado do meu caso, e nada do que consta ali, na sentença, retrata o que eu e aquele desgraçado que me causou prejuízo debatemos ao longo de dois anos; ... então eu disse para o juiz: não doutor, não admito que meu advogado saia da audiência para que o senhor, eu e o réu tenhamos uma conversa “amigável” em particular; sei perfeitamente que tenho direito a ampla defesa, e isso só vai acontecer, porque tudo aqui é técnico demais, se meu advogado permanecer ao meu lado durante o desenrolar de todo o procedimento; ... meu Deus, fui chamado para uma audiência na condição de testemunha e tive que ouvir o juiz me chamar de mentiroso; tive pena do réu, pois sua condenação estava estampada na testa daquele infeliz que vai julgar o caso e que não tem a mínima intimidade com a ideia de imparcialidade.*

guardião da Constituição, arvora-se em posturas atentatórias ao devido processo legal: determina a produção oficiosa de provas, ameaça testemunhas, admoesta advogados a fim de impor sua autoridade, impede a produção probatória requerida por uma das partes, cria embaraços à publicidade processual, vira as costas solenemente para o contraditório substancial, nega aos litigantes o direito a decisões fundamentadas, não leva à sério a cláusula do juiz natural e seu dever de imparcialidade,<sup>219</sup> despreza a presunção de inocência, autoriza buscas e apreensões coletivas, utiliza-se de prisões preventivas como técnica para a obtenção de delações premiadas, etc. Se teoricamente já abandonamos a velha dicotomia indivíduo *versus* Estado, o mesmo não se deu por completo na lida nua e cura da praxe forense.

---

<sup>219</sup> Acerca da imparcialidade, esclarece Carlos Adolfo Picado Vargas: “... vemos que la doctrina entiende que un juez imparcial es aquel que aplica la ley sin tender a un fin determinado, sea propio o ajeno (acá juega la independencia) y para esto tiene vedada la realización de actividades propias de las partes (acá juega la imparcialidad). La importancia de la imparcialidad judicial radica en la necesidad de su existencia para tener por configurado un proceso como debido. Y esto se justifica en la legitimidad que ella otorga al juez como tercero ajeno al litigio para resolverlo. Las partes sólo pueden concebir la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses por un tercero si este actúa en base al respeto de los derechos de ambas, actor y demandado, llevando a cabo un proceso según constitución. Consecuentemente, la afirmación de que el tercio llamado a resolver el litigio ha de ser imparcial permitió que los particulares consientan someter el conflicto a su conocimiento y permitió así que éstos se resuelvan de modo pacífico.” (PICADO VARGAS, Carlos Adolfo. *La independencia del juez. Memoria XXVII Congreso Panamericano de Derecho Procesal*. Colombia: Sigma Editores, 2016. p. 213-218).

Mais grave, porém, é constatar que, entre profissionais do direito, o processo é comumente encarado como mero *instrumento* a serviço da jurisdição. Alguns juristas, versados em dadas especialidades do direito material, chegam a desdenhá-lo sem pudor, inclusive em salas de aulas, como se fosse nada mais que mera técnica manejável para o desenrolar da atividade jurisdicional e a aplicação do direito positivo.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> O desrespeito ao processo como instituição de garantia colabora sobremaneira para o recrudescimento do fenômeno da depreciação do Direito, verificado pela enxurrada de decisões ativistas que recheiam as páginas dos jornais semanalmente, cuja pauta de comando assenta-se em especial no subjetivismo dos julgadores. E o mais grave é que legisladores e doutrinadores, praticando espécie de *haraquiri* institucional, por vezes alimentam o atual estado de coisas. A ordem vem dos altos escalões (leia-se: Conselho Nacional de Justiça), e é cumprida quase bovinamente: julguem, julguem, julguem; e muito! Incentivam-se magistrados com promoções por produtividade, e a cartilha é seguida à risca. Há um fetiche por números altos. A atividade jurisdicional está se matematizando. Quer-se boas estatísticas, e para obtê-las o motor legislativo é aquecido para o fabrico de numerosas técnicas: julgamento parcial de mérito, antecipações liminares de tutela com base na evidência, estabilização de tutelas provisórias, reforço dos poderes dos relatores, suplemento da autocomposição. E o senso comum teórico não fica atrás; segue a maré de bom grado... Por exemplo, o CPC-2015 reforçou nosso modelo de "precedentes". Nele cabe tudo, até súmulas. Muitos veem nisso o mecanismo do qual carecia a engrenagem judicial para que julgamentos surjam mecanizados, pré-moldados e portanto facilitados. *Enfim, o autoritarismo avançando a passos largos sobre o perfil democrático e republicano traçado pela Carta Constitucional. O trem da celeridade rolando sobre os trilhos do tempo em atropelo a coisas mais importantes, como a própria qualidade das decisões judiciais.* Muito melhor (e necessário) seria nutrir preocupação, como faz Georges Abboud, em viabilizar um modelo jurídico que possa atingir uma resposta (jurisdicional) correta e, deste modo, combater o relativismo (a ideia de que qualquer resultado é aceitável e sempre válido) e o ceticismo interpretativos, afastar a utilização estratégica do direito para perseguir fins políticos e afrontar a confiança desenfreada em valores e convicções pessoais dos magistrados. (ABBOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial. O ato*

Noutros termos, a versão difundida, em meios populares e especializados, refere-se a algo que, com o devido respeito, em nada se relaciona ao "ser constitucional" do processo. Nem mesmo se pode falar em "vulgata". Mais adequado é afirmar que entre nós vigora uma percepção "delirante" de processo. Sua função de garantia a serviço da liberdade das partes encontra-se eclipsada, vale dizer, perdeu densidade e respeito a sua feição de blindagem contra desmandos e arbitrariedades praticados pela autoridade judicial.

Há, portanto, muito a ser feito para se construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional. É um trabalho de base, cujos esforços recaem notadamente sobre as costas dos estudiosos, que precisam refletir sobre conceitos postos e sedimentados, reformulá-los se necessário, pensar sobre a legitimidade de algumas técnicas processuais hoje festejadas, seguir rumo a construção de uma ciência processual que não se ancore em particularismos e retóricas subjetivistas de tal ou qual doutrinador, e, sim, esteja compromissada "fielmente" com a Constituição. Sobretudo, é preciso compreender e interpretar o processo sempre a partir de uma "leitura forte" do devido processo legal<sup>221</sup> –

---

*administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 468).

<sup>221</sup> Como bem ensina Alvarado Velloso, o garantismo processual pretende o irrestrito respeito à Constituição. Os autores que encampam essa via de pensamento não buscam um juiz comprometido com pessoas ou coisas distintas da Constituição, e sim uma autoridade judicial que esteja empenhada em respeitar, e

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF/88, art. 5º, LIV).

## BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Discrecionariadade administrativa e judicial. O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ADEODATO, João Maurício. *Ética & Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritário de la buena fe procesal. *Proceso civil e ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2ª. ed. Coordenador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 292-352.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional. Aspectos Contemporâneos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Processo Constitucional e Estado Democrático*

*de Direito*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.

CALMON DE PASSOS, Democracia, participação e processo. *Participação e processo*. Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CATONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COSTA, Miguel do Nascimento. Das garantias constitucionais e o devido processo no Estado Liberal aos direitos fundamentais e o processo justo no Estado Democrático de Direito. *Revista AJURIS*. Porto Alegre, v. 42, n. 139, dezembro, 2015.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. Los critérios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 21, n. 82, p. 205-216, abr./jun. 2013.

FONSECA COSTA, Eduardo José. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. *In: Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Organização: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora JusPodivim, 2015. p. 171-186.

---

fazer respeitar, a qualquer preço as garantias constitucionais. E o processo é a máxima garantia que a Constituição confere para a defesa dos direitos individuais, a começar pela própria liberdade. Afinal, “as garantias constitucionais são como o sol, que nasce para todos, sobretudo para aqueles que delas mais necessitam.” (VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. Rosário: Editorial Juris, 2010. p. 57-58).

FONSECA COSTA, Eduardo José da. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de novembro de 2016. Disponível: <www.conjur.com.br>.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2007.

JR, Nelson Nery. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JR. Nelson Nery; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro. Curso completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. GOUVÊA MEDINA, Paulo Roberto de. *Direito Processual Constitucional*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RAMOS, Glauco Gumerato. Proceso jurisdiccional, República y los Institutos Fundamentales del derecho procesal. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 22, n. 88, p. 251-272, out./dez. 2014.

PICADO VARGAS, Carlos Adolfo. La independencia del juez. *Memoria XXVII Congreso Panamericano de Derecho Procesal*. Colombia: Sigma Editores, 2016.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMOS, Glauco Gumerato. Proceso jurisdiccional, República y los Institutos Fundamentales del derecho procesal. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 22, n. 88, p. 251-272, out./dez. 2014.

RAMOS, Glauco Gumerato. Activismo vs. Garantismo en el proceso civil: presentación del debate. *Proceso Democrático y Garantismo Procesal*. Coordinadores: Carlos Hernique Soares, Glauco Gumerato Ramos, Guido Aguila Grados, Mónica Bustamante Rúa e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 1-13.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. *Direito constitucional tributário e due processo of law*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão judicial*. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo; KRUGER THAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias*

*processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TASSARINI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Artur. *Fundamentos de um direito processual civil contemporâneo. Parte I*. Porto Alegre: Arana Editora, 2016.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. Rosario: Editorial Juris, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

**PROCESSO E IDEOLOGIA (EM  
SENTIDO AMPLO E ESTRITO):  
UM NOVO HORIZONTE À  
COMPREENSÃO DO FENÔMENO  
PROCESSUAL**

*Mateus Costa Pereira*<sup>222</sup>

**RESUMO:** A relação entre processo e ideologia marca qualquer leitor de Ovídio Baptista da Silva; o mesmo entrelace ressaí da obra de Juan Montero Aroca. Ambos produziram notáveis trabalhos com o objetivo de desnudar laços ideológicos no direito processual. E, nada obstante, acaso os leitores pretendessem discutir o tema aos auspícios de cada doutrinador, possivelmente, não se instalaria o diálogo; eventualmente, sequer haveria entendimento mínimo entre eles. Debatendo o mesmo assunto, teriam a impressão de estarem dissertando coisas diversas. É o que este trabalho investiga, a partir da contribuição de Nelson Saldanha, o qual dividia a ideologia em sentido amplo e estrito, tanto quanto censuramos estudos apegados a apenas uma dessas dimensões.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito processual - Ovídio Baptista da Silva - Juan Montero Aroca -

---

<sup>222</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Professor de Processo Civil da Unicap e pesquisador do Grupo Logos (Direito, Tecnologia e Linguagem). Diretor de Assuntos Institucionais da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro fundador da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (Annep). Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro) e da Revista da Advocacia-Geral da União. Vice-Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência da OAB/PE (2015/2018). Advogado e Consultor Jurídico. mateuspereira@abdpro.com.br

ideologia em sentido amplo e em sentido estrito - Nelson Saldanha

**ABSTRACT:** Scholars as Ovídio Baptista da Silva and Juan Montero Aroca are known for many qualities, mainly by having dedicated a considerable amount of papers to enlighten the influence of ideology on civil procedural. Despite both have assessed this theme, if someone intended to confront or compare their work would have the impression they weren't speaking about the same subject. We'll clarify the reason in this paper. In order to do so we'll be based upon Nelson Saldanha's distinction on ideology *lato sensu* and *stricto sensu*.

**KEYWORDS:** civil procedural - Ovídio Baptista da Silva - Juan Montero Aroca - ideology *lato sensu* and *stricto sensu*.

## 1. INTRODUÇÃO

Toda obra ou expressão humana recebe influxos ideológicos.<sup>223</sup> Conquanto devesse ser recebida como platitudes, a assertiva pode causar estranheza em alguns espíritos, eis que alguns estudiosos acreditam (acreditavam) em construções meramente técnicas, neutras. Com tratamento usual em conexão ao poder, a ideologia deveria ser um tema palpitante na processualística, haja vista o processo se defrontar com o exercício da jurisdição. Mas não é. Quiçá esse seja outro efeito deletério da redução do

---

<sup>223</sup> Nesse sentido: SALDANHA, Nelson Nogueira. **Da teologia à metodologia:** secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

processo a utensílio do poder (instrumento da jurisdição). Não investigaremos essa hipótese na oportunidade.

Malgrado tenham sido produzidos importantes trabalhos, visando a explicitar seus contornos nos *tipos* jurídicos (modelos, institutos, formas etc.), ainda se “contam” os autores que enveredaram pelo novelo ideológico na seara processual/procedimental. Entre nós, o tema foi recorrente por ensaios de dois grandes nomes: José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva. Sem embargo, acaso o leitor confronte os ensaios desses autores, será tomado pela perplexidade: sobre terem refletido o mesmo tema (ideologia), as contribuições não dialogam entre si.

A falta do diálogo não foi fruto de eventual desconhecimento do trabalho alheio, tampouco de indiferença. Em verdade, talvez sem se dar conta, Barbosa Moreira e Ovídio Baptista nutriam compreensão diversa da ideologia em si. De nossa perspectiva, identificamos um motivo para tanto: posto que ambos se preocupassem em desnudar os influxos ideológicos, transitavam por dimensões distintas. É o que se afere utilizando a classificação entabulada por Nelson Saldanha (ideologia em sentido amplo e em sentido estrito) como lente.

Ao derradeiro, duas advertências. Para efeito de contraposição, em lugar de Barbosa

Moreira situaremos o pensamento de Juan Montero Aroca – a substituição não é arbitrária, sendo justificada ao longo do texto. Sendo certo que o primeiro foi adepto do instrumentalismo e o segundo é um dos principais fatores do garantismo, aos propósitos traçados não haverá prejuízo. Os dois, com seu lugar privilegiado de fala na ideologia em sentido estrito. Esse trabalho não tem intuito «pré-dogmático».

## **2. A «instituição técnica» como subterfúgio não ideológico**

[...]. Tomar os modelos seguros e perfilhar as melhores soluções construídas pela doutrina não constituem mero espírito de mimetismo, que se compraz antes em repetir do que criar. É diversamente uma atitude inteligente do homem, que sabe que o *processo civil é uma instituição técnica*. E a *técnica* não é apanágio de um povo senão *conquista de validade universal*.<sup>224</sup> (grifamos).

A nota de Buzaid (acima) está alinhada com o paradigma da ciência moderna; é um produto dele. Nela, o autor trata o processo civil assepticamente; como se não fosse obra cultural ou estivesse sujeito a diferentes condicionamentos; é dizer, como se pudesse ser «ideologicamente indiferente» ou uma «técnica neutral» de interpretação/aplicação infensa ao

---

<sup>224</sup> BUZAID, Alfredo. *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 34.

contexto.<sup>225</sup> E que não passe despercebida a pretensão de validade universal do conhecimento científico, sob a roupagem de «instituição técnica». Crença similar esteve (ou está) presente em diferentes doutrinadores ao longo da história.

De há muito superado o anacronismo e a teimosia de um direito natural, em contrapartida, assumindo-se que o direito é expressão cultural,<sup>226</sup> não é possível alimentar outra tese igualmente anacrônica (e teimosa) quanto a ser produto estrito da técnica. Ao revés, o conhecimento como um todo está mergulhado na ideologia,<sup>227</sup> sofre condicionamentos; mesmo porque, o sujeito está «inserto» em uma tradição.<sup>228</sup> Nada obstante, comumente os estudos jurídicos pretendem ocultar a ideologia de seu autor, não havendo «cuidado» em identificar o lugar de fala ao auditório. Pior. Nalguns casos, segue-se a – inusitada – tentativa de negação ou indiferença ideológica, supostamente, viabilizada por construções idealizadas em laboratório e por sujeitos estritamente racionais, sites em metapontos observacionais («instituições técnicas»).

---

<sup>225</sup> TARUFFO, Michele. Ideologie e teorie della giustizia civile. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, RT, v. 1, p. 293-304, jan.-jun. 2015.

<sup>226</sup> Tema que foi objeto da censura de Tobias Barreto. cf. **Questões vigentes de filosofia e de direito**. Pernambuco: Liv. Fluminense, 1888, p. 132-133.

<sup>227</sup> MORIN, Edgar. **Meus demônios**. Trad. Leneide Duarte e Clarisse Meireles. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 214.

<sup>228</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. Trad. Manuel Olasagasti. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1992, v. II, p. 65-69.

Como se, inclusive, essas técnicas fossem idealizadas por um *homo sapiens*, sujeito que dotado de pura razão (ou de «razão pura»), desinteressado, limitar-se-ia à descrição do objeto estudado. Em suma, sujeito que conquanto *sapiens*, não seria *demens* (*homo sapiens-demens*).<sup>229</sup> A depender do enfoque, sem descuidar que a dogmática jurídica é importante fator de constrangimento à produção do conhecimento.

No Brasil, quando mereceu alentada investigação dos compromissos ideológicos no direito, em geral, e no processo, em particular – suficiente pensar na *opus magnum* ovidiana (Processo e Ideologia) – houve nítida ênfase nos laços desenvolvidos e herdados pela ciência jurídica no plano filosófico-epistemológico (ideologia em sentido amplo). Laços ou tentáculos que se formaram gradualmente na linha da historicidade, face ao contributo de diferentes pensadores (v.g., Descartes) e cientistas (v.g., Newton),<sup>230</sup> sem que o mesmo esforço intelectual fosse direcionado ao campo político-normativo (afeito à ideologia em sentido estrito). No ponto, registramos que a classificação da ideologia em sentido amplo e estrito foi extraída

---

<sup>229</sup> MORIN, Edgar. **Amor, poesia, sabedoria**. Trad. Edgar de Assis Carvalho. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 07-11.

<sup>230</sup> Sobre o tema, ver a pesquisa que realizamos em: PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

da obra de Nelson Saldanha, o qual considerava a presença da primeira em quase toda manifestação cultural («sobre todas ou quase todas as atividades e expressões intelectuais»), ao passo que reservava a segunda para as representações afinadas à luta ou compromisso com o poder.<sup>231</sup>

Se Ovídio Baptista da Silva se esmerou em contextualizar a ideologia em sentido amplo, Barbosa Moreira, outro grande expoente de nossas letras processuais, deteve-se na ideologia em sentido estrito. Aliás, o último responsável por número considerável de ensaios no tema, todos conectados em defesa dos poderes instrutórios autônomos do juiz,<sup>232</sup> em censura ao que

---

<sup>231</sup> SALDANHA, Nelson Nogueira. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 81.

<sup>232</sup> Direta ou indiretamente, a temática esteve presente nos seguintes trabalhos do autor: "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal". In: **Temas de direito processual (sétima série)**. São Paulo: Saraiva, 2001; "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba." In: **Temas de direito processual (terceira série)**. São Paulo: Saraiva, 1984; "Dimensiones sociales del proceso civil." In: **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989; "Duelo e processo". In: **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004; "Efetividade do processo e técnica processual." In: **Temas de direito processual (sexta série)**. São Paulo: Saraiva, 1997; "Julgamento e ônus da prova." In: **Temas de direito processual (segunda série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988; "O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos." In: **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989; "O processo civil brasileiro entre dois mundos". In: **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004; "O processo, as partes e a sociedade." In: **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004; "Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo." In: **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989; Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, vol. 105, jan.-mar. 2002, p. 181-190; "Privatização do processo?". In: **Temas de direito processual**

impropriamente rotulou de «neoprivatismo» —<sup>233</sup> de modo impróprio, haja vista o apego a dualismo (e maniqueísmo) simplificador. De tudo isso, o estudioso do direito processual brasileiro segue órfão de trabalhos em que as pretensas «instituições técnicas» (processuais) sejam escrutinadas e problematizadas nas duas dimensões ideológicas.

A falta de trabalhos imbuídos dessa reflexão empobrece o debate, dado que uma importante faceta do «objeto» é deixada à sombra. A título de ilustração, foi o que ocorreu com a instrumentalidade (fase metodológica), não refletindo (conscientemente) o processo em qualquer das dimensões ideológicas suso descritas, a despeito de seu nítido compromisso com o poder («seiva» de todos os ramos processuais, tal como defendido por Dinamarco).<sup>234</sup> Aqui e acolá a «técnica» é utilizada como sentinela avançado do discurso contra-ideológico. Em certa medida, também foi

---

(**sétima série**). São Paulo: Saraiva, 2001; "Processo civil e processo penal: mão e contramão?". In: **Temas de direito processual (sétima série)**. São Paulo: Saraiva, 2001; "Reflexões sobre a imparcialidade do juiz." In: **Temas de direito processual (sétima série)**. São Paulo: Saraiva, 2001; "Reformas processuais e poderes do juiz". In: **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004; "Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo." In: **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>233</sup> O termo foi empregado por Barbosa Moreira no seguinte ensaio: "El neoprivatismo en el proceso civil." In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 199-216.

<sup>234</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87.

o que sucedeu com o formalismo-valorativo (cooperação) e o processualismo jurisdicional democrático, cujos modelos processuais, na esteira do paradigma científico hegemônico, reclamam o *homo sapiens sapiens*.<sup>235</sup>

Em verdade, não apenas faltam estudos, como sequer se instala o diálogo entre meditações unidimensionais. É o que veremos a seguir.

### 3. Processo e Ideologia: de Ovídio A. Baptista da Silva a Juan Montero Aroca

Posto que seja reconhecido por sua profícua análise da ação cautelar, logrando elevá-la a notável patamar de refinamento teórico – preparando o terreno a novos escrutínios, inclusive, de seu pensamento –,<sup>236</sup> Ovídio Baptista da Silva não se furtou de examinar outros espinhosos temas de processo civil, a exemplo da jurisdição, cargas eficaciais da sentença, coisa julgada, cognição, fundamentação etc. Sobre a ação cautelar, alguns pontos de sua doutrina são dignos de nota: a censura ao legislador do CPC/73, por não ter reconhecido

sua autonomia, salvo a procedimental (art. 796); a depuração conceitual do perigo de dano iminente (requisito à tutela cautelar) no confronto ao perigo da demora; as reflexões em torno da responsabilidade objetiva, posteriormente aprofundadas por Fábio Luis Gomes em tese de doutorado; o desenvolvimento da temporariedade como apanágio das cautelares; o reconhecimento de um direito substancial de cautela, etc. Ainda na seara das «tutelas de urgência», notabilizou-se pela generalização da tutela antecipada satisfativa (art. 273, CPC/73), fruto de sugestão realizada em colóquio comemorativo aos dez anos de vigência do código (1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, sediado em Porto Alegre, em julho/1983).<sup>237</sup> Ademais, Ovídio deixou sementes ainda incompreendidas no respeitante à «urgência de tutela» do homem moderno. Múltiplos temas foram objeto de seu rigoroso exame, a despeito de sua predileção pelas cautelares, sensível reflexo da apreensão ovidiana com a tutela dos direitos em sociedades complexas.

Sem embargo, uma inquietação especial sobressai de seu pensamento, atravessando-lhe a obra como um todo: a influência do racionalismo sobre a teoria do direito e do processo; os reflexos da ideologia em

<sup>235</sup> Pudemos refletir essas questões em: PEREIRA, Mateus Costa. **Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista:** achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro (tese de doutorado). Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2018, 273 p.

<sup>236</sup> Suficiente pensar no trabalho de Eduardo José da Fonseca Costa sobre a formação de coisa julgada nas ações cautelares: Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, v. 36, n. 191, p. 357-376, jan. 2011.

<sup>237</sup> Nesse sentido: FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil (arts. 270 a 281)**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, v. 4, t. I, p. 122.

«sentido amplo» no fenômeno jurídico. A preocupação em desnudar os tentáculos do racionalismo é transversal em sua doutrina, sendo culminante na já mencionada “Processo e Ideologia”, obra que reúne diversos ensaios conectados pelo fio da crítica ao cientificismo e à racionalização. Nessa obra são condensadas as principais críticas ao ideal sistemático e ao pensamento matematizante (*«more geometrico»*) que marcou a ciência moderna; com sua vocação ao abstrato e a-histórico (rumo a um paraíso de conceitos...),<sup>238</sup> em vista da recusa de contingências, pois o elemento empírico contrastava à necessidade (científica) de teorias gerais, teorias alimentadas pela universalidade do conhecimento; com a marcante presença da objetividade em repulsa à interpretação, recriminando-se os pré-juízos etc.<sup>239</sup> Durante sua vida profissional, Ovídio Baptista se dedicou à empresa de alforriar o direito processual civil daquilo que entendia como «ordinariedade», leia-se, os reflexos da razão científica (moderna) no direito processual civil.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> Pode-se dizer, com Richard Palmer, que a ciência moderna abraçou o “mito de um conhecimento puramente conceptual e verificável.” **Hermenêutica**. Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 197.

<sup>239</sup> Entre nós, Lenio Streck pode ser reputado em um dos principais censores ao paradigma racionalista. Entre outros trabalhos, ver: “Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas.” In: **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Emildo Stein e Lenio Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172.

<sup>240</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Antes de prosseguir, registre-se que Ovídio era contrário à «racionalização», crença moderna sobre a possibilidade irrestrita do domínio humano sobre o real – o modelo de racionalidade instrumental de que trata Boaventura,<sup>241</sup> crença originária da dessacralização do conhecimento, operada ao tempo do Renascimento, com a “exacerbação da razão” por ocasião do Iluminismo.<sup>242</sup> Para além de “Processo e Ideologia”, a racionalização também foi enfrentada com detença em “Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica” e, na postremeira, “Epistemologia das ciências culturais” (obra que marcou sua despedida).<sup>243</sup>

Malgrado tenha se dedicado ao estudo e contextualização da ideologia em «sentido amplo», as repercussões do chamado «paradigma racionalista» (paradigma da ciência moderna), o processualista não dedicou o mesmo esforço intelectual para tratar da ideologia em «sentido estrito», é dizer, da luta ou compromisso de teorias e/ou doutrinas com o poder. Assim, reservou um dos capítulos de sua principal obra para recriminar o neoliberalismo, censurando o

---

<sup>241</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 43.

<sup>242</sup> Sobre o tema, cf. PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

<sup>243</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

«ataque impiedoso» ao Estado, tencionando privatizá-lo, calcado no individualismo que foi um dos pilares da modernidade.<sup>244</sup> Sucede que em outra passagem da obra, o processualista rio-grandense aludia ao *imperium* estatal para criticar a «dominação» das elites econômicas, quiçá incorrendo em um paradoxo: «*com mais Estado, Ovídio enxerga[va] dominação econômica; com menos Estado, idem.*»<sup>245</sup>

Não bastasse isso, atribuindo ao paradigma racionalista a pretensão de controle da judicatura, associada à desconfiança nos magistrados – crença própria da Revolução Francesa em sua pugna ao *ancien régime*,<sup>246</sup> mas que também esteve presente em outras ordens jurídicas, tal como sucedeu com a ZPO austríaca de 1895 (Código Klein) –,<sup>247</sup> e recriminando o dogmatismo, Ovídio preconizava a «discricionariedade» como um dos caminhos a ser trilhado.<sup>248, 249</sup> Sem uma clara percepção das

diferentes facetas da ideologia (em sentido amplo e estrito), o doutrinador apostava que a superação do racionalismo (sentido amplo) seria factível pela majoração dos poderes dos juízes (sentido estrito). Suficiente lembrar sua cruzada à caracterização dos recursos como o viés autoritário da jurisdição.

Sendo difícil crer que a ideologia em sentido estrito fosse tema alheio às suas inquietações, vale a constatação de que ela não esteve tão intensamente (explicitada) presente em suas obras. Por tudo isso, apesar do inegável contributo em todos os assuntos em que se debruçou, salta aos olhos a limitação de suas reflexões naqueles em que a relação ou exercício do poder é ostensivo (v.g., oralidade, poderes de instrução autônomos e sistemas de valoração da prova). Nesse sentido, seu viés também foi “reducionista” ou “disjuntivo”, transformando-o em célebre vítima do paradigma que tanto condenava.

Mas a crítica não é leviana, pois a superação da abordagem reducionista é um desafio enfrentado diuturnamente por todos nós – tal como pontuado por Edgar Morin. Crítico voraz do pensamento moderno, decerto que

---

<sup>244</sup> **Processo e ideologia...**, *passim*.

<sup>245</sup> O ponto foi bem pontuado por Marcelo Pichioli da Silveira: *Processo e ideologia*, de Ovídio Araújo Baptista da Silva. **Empório do Direito**, Florianópolis. Disponível em: <<https://bit.ly/2k8l3B9>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>246</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 60, p. 110-117, out.-dez., 1990.

<sup>247</sup> A despeito do aumento dos poderes dos juízes, os magistrados foram reduzidos a uma condição servil frente ao Estado.

<sup>248</sup> **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 114.

<sup>249</sup> Em profundo estudo da discricionariedade, imperiosa a consulta da tese de Georges Abboud. Para ele, o controle da discricionariedade retira fundamento do próprio constitucionalismo, na busca de limitação do exercício do poder. Antecipando-se às críticas, o autor rechaça a ideia de que a

---

tentativa de eliminação da discricionariedade e do subjetivismo seriam formas de matematização do direito. Nessa pugna, em defesa da resposta correta (metáfora), entende que se a serventia do direito ficar restrita à enunciação de decisões incorretas ou absurdas, então ele “fracassou”. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014, p. 28-43.

Ovídio também tinha essa consciência. Lado outro, qualquer um pode incorrer em problema similar, lembrando que o «erro é o risco permanente do conhecimento e do pensamento».<sup>250</sup> Ninguém está infenso a ele.

De seu turno, Juan Montero Aroca é um dos nomes mais conhecidos por tensionar a análise da ideologia em sentido estrito no fenômeno processual, notabilizando-se pela defesa irrestrita da liberdade dos sujeitos parciais no procedimento, em contraposição ao protagonismo judicial que outorgou «faculdades materiais» aos magistrados (poderes probatórios autônomos), com o condão para interferir no resultado da demanda. Montero Aroca enaltece o papel de «garante» dos magistrados, o que densifica («amarra») com as exigências de imparcialidade e de terceiridade (incompatibilidade de funções), a última, alicerce da repartição de funções, garantia consubstancial ao processo.<sup>251</sup>

Em um primeiro contato, a amplitude da obra de Juan Montero Aroca pode estranhar o pesquisador. O processualista espanhol enveredou pelo direito processual civil,

---

<sup>250</sup> MORIN, Edgar. **Meus demônios**. Trad. Leneide Duarte e Clarisse Meireles. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 216.

<sup>251</sup> AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales**: el sentido de las reglas de que *quien instruye no puede luego juzgar* y de que *quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 247.

processual penal e do trabalho, sem perder de vista os variados trabalhos sobre o fenômeno processual em geral.<sup>252</sup> Todavia, isso não inviabiliza a detecção de características marcantes em seu pensamento. Por ora, destacamos duas delas: o cuidado com a historicidade no trato dos temas processuais, com singular domínio da doutrina italiana, mormente dos representantes da Escola Sistemática; e a preocupação em contextualizar a ideologia em sentido estrito, originando a obra *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, um dos seus principais trabalhos. Nessa obra se propôs a desnudar as bases ideológicas da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC) de 2000 (por ele qualificada de «predominantemente liberal»), assim como traçou panorama das ideologias que enfeixaram a disciplina do processo civil no século XX.<sup>253</sup> Vertida ao italiano e publicada em 2002 (*Il principi politici del nuovo processo civile spagnolo*), a monografia constituiu o fio condutor

---

<sup>252</sup> Apresentando breve panorama da obra de Juan Montero Aroca, ver: GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. "Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español." In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 29-50.

<sup>253</sup> Com essas palavras Juan Montero Aroca descreveu a conferência que ministrou aos 20 de outubro de 2000, em San José, Costa Rica, cujo texto base fora ampliado para se transformar no referido livro. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince

à polêmica presente em outro trabalho, *Proceso Civil e Ideología*. Nas obras quase homônimas de Montero Aroca e Ovídio Baptista que nos detemos.

Coordenada por Juan Montero Aroca, em *Proceso Civil e Ideología* estão reunidos trabalhos de processualistas ibero-americanos em torno da mesma temática: o peso da ideologia (em sentido estrito) sobre legislações e institutos processuais. O processualista espanhol toma como premissa metodológica a circunstância de que a lei, independente da matéria regulada, constitui expressão ideológica da sociedade em que modelada, eis que professada por responsáveis pelo poder. Resgatando diferentes legislações, defende o status de «máxima da experiência» dessa premissa. Logo, ainda se valendo do linguajar procedimental, aduz que o ônus probatório recairia sobre os ombros de quem busque demonstrar o contrário, jamais sobre aqueles escudados pela referida máxima.<sup>254</sup>

---

ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 130-166.

<sup>254</sup> "[...]. Mi punto general de partida era una elemental máxima de la experiencia: una ley o código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen." AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 130-166. Enfrentamos a referida máxima em: **Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista**: achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro (tese de doutorado). Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2018, 273 p.

A quase homonímia das obras de Ovídio Baptista da Silva e Juan Montero Aroca não significou proximidade ou diálogo; o primeiro a tratar, quase com exclusividade, da ideologia em sentido amplo, e o segundo enveredando pela ideologia em sentido estrito. O dado não pode passar despercebido. Como dito, o apego a qualquer dessas visões ilumina parcialmente os problemas da conformação do processo civil (modelo processual), relegando outros pontos sensíveis ao obscurantismo paradigmático. No ponto, um dado «curioso» merece relevo, sendo ilustrativo dessas colocações.

De seu tempo, vimos que Ovídio se dedicou a despir o processo civil do novelo racionalista no direito processual, por ele sintetizado em «ordinariedade», consubstanciado no apego aos valores científicos carreados pelo Renascimento e lapidados pelo Iluminismo.<sup>255</sup> Período marcado pela exacerbação da razão e universalização do modo de pensar «ocidentalocêntrico»,<sup>256</sup> nas palavras de Morin; em especial, com o signo do universalismo

---

<sup>255</sup> Tivemos a oportunidade de abordar alguns aspectos do tema: PEREIRA, Mateus Costa; FELICIANO, Ivna Cavalcanti; PINHEIRO, Larissa. Processo x Ideologia: um ensaio sobre os compromissos ideológicos do direito processual civil; em memória de Ovídio A. Baptista da Silva. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 246, p. 581- 603, ago. 2015.

<sup>256</sup> Problemas de uma epistemologia complexa. In: **O problema epistemológico da complexidade**. Portugal: Publicações Europa América, 2002, *passim*.

cultural «europocentrista».<sup>257</sup> É importante reter essas considerações.

O trânsito pela processualística revela múltiplas menções ao «moderno» (e congêneres) para justificar a incorporação de modelos, institutos, regras etc. – menções que aparentam carregar consigo a mesmíssima crença na primazia da razão iluminista (ideologia em sentido amplo), malgrado exploradas para justificar “formas” ou “tipos” marcados pela seiva ou compromisso com o poder (ideologia em sentido estrito). Dessas variadas alusões ressaí a busca de associação de institutos processuais à modernidade (moderno processo civil), eliminando-se barreiras culturais ou geográficas (sob essa óptica, o que é moderno na Áustria, Alemanha ou Itália, por exemplo, também deveria ser adotado pela legislação brasileira e por outras, dada a “exemplaridade” conquistada por esses países). Como sói, para angariar adeptos, o pensamento contrário é rotulado de anacrônico.<sup>258</sup>

Nessa toada, não é incomum a referência ao modelo de processo escrito vigente em alguns países da Europa do séc. XIX como

---

<sup>257</sup> Palavras de Nelson Saldanha em remissão ao pensamento de Oswald Spengler: **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 04-05 e 102.

<sup>258</sup> Novamente, cf. PEREIRA, Mateus Costa. **Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista**: achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro (tese de doutorado). Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2018, 273 p.

ultrapassado; e como esse modelo era orientado pelo «princípio dispositivo» – em sua dupla faceta ou conteúdo, isto é, início do procedimento subordinado à demanda e limitação do material de conhecimento, leia-se, cognição judicial restrita aos enunciados de fato subministrados pelas partes –,<sup>259</sup> é compaginado ao arcaísmo.

Há uma espécie de intersecção discursiva entre as «dimensões» ideológicas em tela, nem sempre percebida. Aos olhares ingênuos, a ideologia em sentido amplo acaba se prestando como uma espécie de capa ou biombo à naturalização de posições ideológicas em sentido estrito (o «moderno» ou a «modernização» constituiria fundamento «técnico» à assunção de posições políticas). Aos críticos do pensamento moderno, a pretensa tentativa de naturalização, não deveria passar despercebida. Sucede que ela passa. E passou. Inclusive, ao magistério de Ovídio A. Baptista da Silva.

## À GUIA DE CONCLUSÃO

O direito processual não é uma instituição técnica ou neutra; tal como sucede às expressões intelectuais em geral, passa por

---

<sup>259</sup> COUTURE, Eduardo. **Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano**. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 41-42. Couture também assentava o modelo escrito no princípio da igualdade formal e na autonomia da vontade. *Idem, ibidem*, p. 56.

inegáveis condicionamentos ideológicos, entre outros, sem negligenciar que o processo é uma garantia contrajurisdicional,<sup>260</sup> o que (re)aviva a temática da ideologia. Grandes nomes da processualística nacional e internacional tiveram o cuidado em demonstrar isso, produzindo ensaios que fomentaram preciosos debates e críticas. Sucede que é insuficiente contextualizar a ideologia em apenas uma de suas dimensões, é dizer, meditar apenas a repercussão da ideologia em sentido amplo (fruto do paradigma científico) ou da ideologia em sentido estrito (compromisso ou luta com o poder) em um determinado “tipo jurídico”. Em ambos os casos, posto que uma importante faceta do objeto seja alumiada, outra, não menos importante, será deixada no obscurantismo. Conseqüentemente, a abordagem incorrerá no “reducionismo”, em prejuízo da compreensão. Fiel ao nosso intuito «pré-dogmático», foi o que pretendemos demonstrar neste ensaio, preparando o terreno para outros trabalhos (dogmáticos).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Discrecionariade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.** São Paulo: RT, 2014.

<sup>260</sup> Sobre o tema, entre outros ensaios do autor, ver: COSTA, Eduardo J. da Fonseca. Breves meditações sobre o devido processo legal. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro, 10 jan. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2s9w0GQ>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. In: **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.** Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. **Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

\_\_\_\_\_. **Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales: el sentido de las reglas de que *quien instruye no puede luego juzgar* y de que *quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso.*** Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

BARRETO, Tobias. **Questões vigentes de filosofia e de direito.** Pernambuco: Liv. Fluminense, 1888.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil.** São Paulo: RT, 2002, p. 34.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 60, p. 110-117, out.-dez., 1990.

COSTA, Eduardo J. da Fonseca. Breves meditações sobre o devido processo legal. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro, 10 jan. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2s9w0GQ>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, v. 36, n. 191, p. 357-376, jan. 2011.

COUTURE, Eduardo. **Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano**. Buenos Aires: Depalma, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil (arts. 270 a 281)**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, v. 4, t. I.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. Trad. Manuel Olasagasti. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1992, v. II.

GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. "Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español." In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 29-50.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal". In: **Temas de direito processual (sétima série)**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba." In: **Temas de direito processual (terceira série)**. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. "Dimensiones sociales del proceso civil." In: **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. "Duelo e processo". In: **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. "Efetividade do processo e técnica processual." In: **Temas de direito processual (sexta série)**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. "El neoprivatismo en el proceso civil." In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. "Julgamento e ônus da prova." In: **Temas de direito processual (segunda série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. "O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos." In: **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. "O processo civil brasileiro entre dois mundos". In: **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. "O processo, as partes e a sociedade." In: **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. "Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo." In: **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. "Por um processo socialmente efetivo." **Revista de Processo**, São Paulo, RT, vol. 105, jan.-mar. 2002, p. 181-190.

\_\_\_\_\_. "Privatização do processo?". In: **Temas de direito processual (sétima série)**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. "Processo civil e processo penal: mão e contramão?". In: **Temas de direito processual (sétima série)**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. "Reflexões sobre a imparcialidade do juiz." In: **Temas de direito processual (sétima série)**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. "Reformas processuais e poderes do juiz". In: **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. "Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo." In: **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORIN, Edgar. **Amor, poesia, sabedoria**. Trad. Edgar de Assis Carvalho. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

\_\_\_\_\_. **Meus demônios**. Trad. Leneide Duarte e Clarisse Meireles. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 214.

\_\_\_\_\_. Problemas de uma epistemologia complexa. In: **O problema epistemológico da complexidade**. Portugal: Publicações Europa América, 2002, *passim*.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 197.

PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental**: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

\_\_\_\_\_. **Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista**: achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro (tese de doutorado). Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2018, 273 p.

\_\_\_\_\_; FELICIANO, Ivna Cavalcanti; PINHEIRO, Larissa. Processo x Ideologia: um ensaio sobre os compromissos ideológicos do direito processual civil; em memória de Ovídio

A. Baptista da Silva. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 246, p. 581- 603, ago. 2015.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 81.

\_\_\_\_\_. **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

STRECK, Lenio. "Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas." In: **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Ernildo Stein e Lenio Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli. Processo e ideologia, de Ovídio Araújo Baptista da Silva. **Empório do Direito**, Florianópolis. Disponível em: <<https://bit.ly/2k8l3B9>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

TARUFFO, Michele. Ideologie e teorie della giustizia civile. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, RT, v. 1, p. 293-304, jan.-jun. 2015.

**PATRONO PÓSTUMO DA ESCOLA  
BRASILEIRA DE GARANTISMO  
PROCESSUAL: JOSÉ JOAQUIM  
CALMON DE PASSOS**

*Glauco Gumerato Ramos*

## **I. UM “LEGÍTIMO DEVANEIO”**

Dia desses me deixei levar pela sinuosidade de um certo devaneio, que ao final do percurso mostrou-se “legítimo”. Meu pensamento e eu seguíamos ao estilo dos ébrios, que “guinam à direita e à esquerda, andam e param, resmungam, urram, gargalham, ameaçam o céu, escorregam e caem” [MACHADO DE ASSIS]<sup>261</sup>. E de fato, “caí”! Caí em mim e tomei a consciência de que entre os processualistas brasileiros que se firmaram antes de nós, houve um que valentemente “predicava” e “perorava” a partir daquilo que hoje conhecemos por “Garantismo Processual”, desafiando com sua verve o *establishment* instrumentalista, que aloca a “jurisdição” (=poder) como fundamento, a priori, do direito processual. Este [o processual-garantismo] “nascido” para o Brasil há dez anos. Aquele [o processualista predicator] nascido na

Bahia há cem anos. Ora, “por que, então, não fazer de CALMON DE PASSOS o nosso Patrono, o patrono da Escola Brasileira de Garantismo Processual?”. E assim sintetizei o produto desse meu – repito – “legítimo” devaneio. Seja como for, os “porquês” desta proposição merecem ser apresentados de maneira mais detalhada. É o que passo a fazer.

## **II. DEZ ANOS DE GARANTISMO PROCESSUAL NO BRASIL**

Foi no último trimestre de 2009 que foi publicado o texto “Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate”, na Revista “MPMG Jurídico”, uma publicação do Ministério Público de Minas Gerais<sup>262</sup>. À época, o dileto Gregório Assagra de Almeida era o Diretor do Centro de Estudos do MP de Minas Gerais e me pediu para escrever sobre o tema, a partir da minha experiência junto à Universidade Nacional de Rosario (UNR-Argentina). Ali eu havia cursado mestrado em direito processual a convite de Adolfo Alvarado Velloso, durante os

<sup>261</sup> Em *Memórias póstumas de Brás Cubas*, cap. 71, “O senão do livro”.

<sup>262</sup> Cf. “Ativismo e Garantismo no processo civil: apresentação do debate”, publicado originalmente na *Revista MPMG Jurídico*, nº 18, out/nov/dez de 2009, pp. 8-15, publicação oficial do Centro de Estudos do Ministério Público do Estado Minas Gerais. Posteriormente o texto foi publicado em outras revistas jurídicas especializadas e em algumas coletâneas. Também foi traduzido ao espanhol e publicado em outras localidades da América *hispano-parlante*.

anos acadêmicos de 2008 e 2009. Foi ali que eu fui apresentado aos saberes relacionados ao “Garantismo Processual”. Gregório Assagra gostou do meu texto e deu-lhe destaque na Revista, veiculando-o como “matéria especial” e divulgando-o a partir da capa daquele periódico. Não me lembro bem o mês em que a Revista “MPMG Jurídico” foi publicada. Mas por se referir ao último trimestre de 2009, o texto passou a ser conhecido e referenciado pela doutrina a partir de 2010. O escrito teve a virtude de introduzir a temática por aqui, cujo debate, até então, praticamente não existia. Ali aponte os antecedentes históricos e demonstrei as “linhas gerais” do que deve ser entendido por “Garantismo Processual” no ambiente da processualística em geral e da “processual-civilística” em especial. De modo geral, a doutrina identifica neste texto o “despertar”, assim pode ser dito, para as questões complexas que envolvem o “processual-garantismo”<sup>263</sup>.

<sup>263</sup> Para confirmar que afirmo, no sentido de que a doutrina brasileira identifica este meu texto como tendo introduzido a temática entre nós, cf., v.g., HENRIQUE ARAÚJO COSTA e ALEXANDRE ARAÚJO COSTA, “Os testamentos ignorados de Ovídio Baptista e Calmon de Passos”, em *Revista de Processo (RePro)* 192/419, fev-2011. JEFFERSON CARÚS GUEDES, “Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCEUB, vol. 6, ° 1, jan-jul/2016. AMANDA LOBÃO TORRES, *Garantismo, Ativismo e Cooperação e(m) crise*, 2016, p. 115, dissertação de mestrado perante a PUC-SP, em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19413/2/Amanda%20Lob%C3%A3o%20Torres.pdf>. IGOR RAATZ, “A resistência instrumentalista e o surgimento da doutrina brasileira do garantismo processual: uma breve análise em dois atos”, no *site*

Anote-se o detalhe: este texto cita Calmon de Passos e já connexionava o seu pensamento com os fundamentos que são próprios aos saberes do “Garantismo Processual”. Seja como for, o fato é de que de lá para cá já se vão dez anos.

### III. O DESENVOLVIMENTO DO “GARANTISMO PROCESSUAL” ENTRE NÓS: OBSTÁCULOS E [MUITOS] AVANÇOS

O hoje adepto confesso dos postulados do “processual-garantismo”, Igor Raatz, também é um metódico investigador de acontecimentos históricos, que ajudam na compreensão dos “porquês” de algumas concepções em torno do direito processual<sup>264</sup>. Recentemente, Igor fez uma interessante resenha dos antecedentes do

---

Empório do Direito, em: <https://emporiოდireito.com.br/leitura/28-a-resistencia-instrumentalista-e-o-surgimento-da-doutrina-brasileira-do-garantismo-processual-uma-breve-analise-em-dois-atos>. DIEGO CREVELIN DE SOUSA, em “Poderes do juiz, ônus da prova e Garantismo Processual”, palestra proferida no I Colóquio Internacional de Processo de Jundiá, em agosto de 2017, cf. em: <https://www.youtube.com/watch?v=6q9Ti7ZehcM>. MARCELO PICHIOLI DA SILVEIRA, “Um debate com adeptos do Garantismo Processual”, tb. no *site* Empório do Direito, em: <https://emporiოდireito.com.br/leitura/abdpro-93-um-debate-com-adeptos-do-garantismo-processual>.

<sup>264</sup> A título de destaque, vale conferir o texto “Um outro Liebman?”, onde IGOR e NATASCHA ANCHIETA procuram demonstrar que o processualista italiano, que tanta influência teve na dogmática processual brasileira, tinha preocupações que, hoje, podem ser identificadas com alguns postulados *garantistas*. Cf. em <https://emporiოდireito.com.br/leitura/69-um-outro-liebman>.

“Garantismo Processual” no Brasil<sup>265</sup>, a qual o leitor interessado deverá se abeberar para entender parcela expressiva do desenvolvimento dessa corrente de pensamento por aqui. Penso que também possa ser útil ao interessado dar uma vista d’olhos no texto que escrevi em homenagem à Professora Eugenia Ariano Deho<sup>266</sup>, da Pontifícia Universidade Católica do Peru (PUCP). Eugenia é a maior referência do “Garantismo Processual” em seu país. Dentre outras abordagens, ali também tratei de resenhar o desenvolvimento histórico do “processual-garantismo” entre nós.

No início da jornada sujeitei-me, em carreira “solo”, a tratar de temas “garantistas” por aqui. Em escritos, palestras, aulas de graduação e pós-graduação, eu me esmerava em falar sobre como deveríamos pensar e raciocinar sobre as coisas do “processo” civil a partir do que propõe o “Garantismo Processual”. Percebia que era como se eu estivesse falando num idioma desconhecido, além de áspero em sonoridade aos ouvidos. Falar que o “juiz da urgência não

poderia ser o mesmo juiz da sentença”, ou que os “poderes instrutórios do juiz”, tal como legislado no CPC, por exemplo, “feria de morte a estrutura do Processo conforme está disposto na Constituição”, era praticamente uma heresia. Falar que o nosso procedimento, civil ou penal, pouco importa, amesquinha a garantia do devido processo legal, soava “ofensivo” às mentes formadas sob os aspectos “teórico-dogmáticos” da instrumentalidade do processo, onde prepondera a “jurisdição” “redentora” e “ativista”, apta a fazer com que o Estado “leviatânico” atinja “escopos” sociais, jurídicos e políticos. Enfim, um Judiciário que por intermédio de seus juízes estabeleça um padrão de conduta moral a esta sociedade “falha” e “desigual” em que vivemos. Tudo muito “lindo”, claro, mas de baixa densidade jurídica, até mesmo porque a nossa Constituição não confere um “cheque em branco” para que o juiz faça da jurisdição a “varinha mágica” que transforma o “errado”, sob o seu ponto de vista, no “certo”, sob a sua macrocós mica visão de mundo.

Lembro-me, certa feita, de uma aula que eu ministrava num curso de pós-graduação em “processo civil” em São Paulo, capital, numa manhã qualquer de 2010. Eu falava sobre tutelas de urgência. Lembro-me que os alunos não se conformavam com a minha explicação de que a “liminar” deferida “inaudita altera parte” desafia a

---

<sup>265</sup> O texto já foi referenciado na nota 3, *supra*, mas faço questão de indicá-lo novamente, desta vez negritando-o: “**A resistência instrumentalista e o surgimento da doutrina brasileira do garantismo processual: uma breve análise em dois atos**”, no site jurídico Empório do Direito, em sua Coluna *Garantismo Processual*.

<sup>266</sup> Publicado em 25 de maio de 2020 na Coluna *Garantismo Processual* do site Empório do Direito, sob o título “*¡Ho me leo y no me reconozco!* ‘Batalhas de EUGENIA’ pelo Garantismo Processual”, em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/63-hoy-me-leo-y-no-me-reconozco-batalhas-de-eugenia-pelo-garantismo-processual>

garantia constitucional do devido processo (art. 5º, inc. LIV), já que permite “um ato de poder” sem a concretização prévia do contraditório (art. 5º, inc. LV) que, ao lado da ampla defesa, estruturam a “plataforma de trabalho” a que chamamos de Processo, que implica “garantia”. Esbocei o raciocínio de que as “liminares” concedidas “inaudita altera parte” aproximam o ato do juiz à estrutura jurídica que é própria do “ato administrativo” (=presunção de legalidade e auto-executoriedade). Apesar de “ato judicial”, já que proferido por juiz, não seria um “ato processual” “jurisdicional”, que somente pode ser exarado onde haja “processo”, que somente existirá quando houver “contraditório” e “ampla defesa” prévios ao respectivo “ato processual jurisdicional”. Não fui compreendido e fui “acusado” de não me preocupar com a “justiça” do caso concreto. Lembro-me que uma aluna, já senhora, que sentava na primeira fileira, certamente uns 15, 20 anos mais madura do que eu à época, uma senhora expansiva e comunicativa que afirmava ser mestre em direito constitucional, não teve dúvida em me interpelar dizendo: “parece que você recortou o devido processo legal da Constituição e se esqueceu que nela há outros ‘princípios’ igualmente previstos”... Ainda me lembro de suas mãos no ar fazendo as vezes de uma tesoura, em alusão ao “recorte” no texto constitucional do qual me

acusava. Não passou uma semana e o então coordenador do respectivo curso, um famoso e talentoso professor de cursos preparatórios para as carreiras jurídicas, que anos antes esteve ao meu lado como coautor de certo livro sobre a nossa disciplina, telefonou-me para dizer que eu não precisaria mais voltar para as aulas que já estavam programadas para mim. Disse-me ele, com o cuidado protocolar que se deve ter nessas situações, que por algum motivo aqueles alunos não me queriam mais ensinando-lhes processo civil no curso de pós-graduação. Confesso até que não achei ruim, já que isso me poupava de ter que sair de Jundiaí para enfrentar o [quase] sempre caótico tráfego da cidade de São Paulo.

Diz um ditado popular que “quem tem amigo não morre pagão”. Ou como diria minha preciosa *nonna* Vitória Ferracini Gumerato, com dizeres ainda mais impactantes, “eu não sou defunto sem choro!”. Pois bem. Os amigos realmente não nos deixam naufragar. Dentre os vários que fiz nessas “idas e vindas” por conta do processo civil está Lúcio Delfino. Aliás, Lúcio e Fernando Rossi, figuras de especial relevo em minha trajetória acadêmica, na minha e na de muitos.

No primeiro semestre de 2007 eu já tinha conquistado algum reconhecimento por força do livro “Reforma do CPC”, publicado pela Editora Revista dos Tribunais em 2006, e escrito em

coautoria com Daniel Amorim Assumpção Neves, Rodrigo da Cunha Lima Freire e Rodrigo Mazzei. Era uma época em que se falava muito do código em razão das recentes alterações. Em meados deste primeiro semestre de 2007 o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) organizou uma rodada de palestra sobre atualidades do CPC pós-Reforma, no Iate Clube de Brasília. Ali estive como ouvinte. Ao término do evento, acercaram-se de mim dois tipos jovens, que pelo sotaque logo me atentei tratar-se de gente de Minas Gerais. Ambos, por sinal, muito gentis no trato, “boas-praças” natos! Disseram-me que ao lado do Professor João D’amico estavam organizando a primeira edição de um congresso que seria realizado na cidade deles, Uberaba, no segundo semestre daquele ano, por volta de setembro. Perguntaram-me se eu teria interesse em ir para palestrar, etc. Diziam que eu seria muito bem recebido e que a ideia deles era que os convidados “se sentissem em casa”. A dupla era Lúcio Delfino e Fernando Rossi. Desse dia em diante nos tornamos amigos. E como de fato é verdade que “quem tem amigo não morre pagão”, Lúcio, Fernando e o Professor João D’amico abriram as portas do já tradicional “Congresso de Direito Processual de Uberaba” para que eu pudesse falar sobre “Garantismo Processual”, com base naquilo que eu vinha estudando e observando a partir de minha estada

na Universidade Nacional de Rosario (UNR). Fizeram mais! Permitiram e viabilizaram – com dinheiro, claro – que eu convidasse professores estrangeiros que estão na cimeira do pensamento “processual-garantista” no ambiente *hispano-parlante*. Basta dizer que no “Congresso de Direito Processual de Uberaba” já estiveram presentes, por exemplo, Adolfo Alvarado Velloso (Argentina, Rosario), Juan Montero Aroca (Espanha, Valência), Hugo Botto Oakley (Chile, Vinã del Mar), Gustavo Calvino (Argentina, Buenos Aires), Guido Aguila (Peru, Lima). Lúcio e Fernando também viabilizaram que a “Revista Brasileira de Direito Processual” (RBDPro) viesse a se tornar o veículo oficial de publicação do “Instituto Pan-americano de Direito Processual” (IPDP) aqui no Brasil. E o IPDP, vale destacar, difunde os postulados do “Garantismo Processual” pela América Latina. Em suma, nesse panorama propiciado pela atmosfera “jurídico-intelectual” de Uberaba, epicentro daquilo que passou para a história pós CPC-73 como a “Escola Processual do Triângulo Mineiro”, é que começou a crescer e a florescer o “Garantismo Processual” entre nós. Sem embargo, importante destacar que por aquelas bandas o “processo”, até então, era visto como um potencializador do poder (=jurisdição), e não como garantia contra ele.

Nessa mesma atmosfera de Uberaba e de seu “Congresso de Direito Processual”, um outro amigo tinha lugar, Eduardo José da Fonseca Costa. Ao lado do Professor Humberto Theodoro Jr, Eduardo e eu jactamo-nos por sermos, até o momento, as únicas três pessoas que palestraram em todas as doze edições do Congresso de Uberaba. Tal como acontecera com Lúcio Delfino, de início Eduardo Costa também não se convencera com o discurso “processual-garantista”, com o qual eu lhes tentava persuadir. O desafio ainda era maior porque Eduardo é magistrado, juiz federal de carreira, e ainda, egresso da “Faculdade de Direito do Largo de São Francisco”, onde reinam soberanos os postulados favoráveis à instrumentalidade do processo. Tal como a maioria daqueles que “nos julgam”, Eduardo também era caudatário da compreensão pragmática que coloca a “jurisdição” no centro do fenômeno processual para, a partir dela, viabilizar uma espécie de “jusmoralismo” “corretor” das pessoas e da sociedade por meio do Poder Judiciário. Apesar disso, após algum tempo de percuciente reflexão, não tardou para que Eduardo compreendesse que o “Garantismo Processual” viabiliza os fundamentos que melhor permitem entender e operar o processo jurisdicional a partir daquilo que ele é, uma “instituição de garantia contrajurisdicional”, conforme ele mesmo veio a escrever

posteriormente. Eduardo não parou por aí e segue produzindo textos primorosos para compreensão epistemológica do “processual-garantismo”.

Fiz este breve e – para mim – emotivo relato para dizer que sem o “Congresso de Uberaba”, sem a amizade de Lúcio Delfino, Fernando Rossi e Eduardo Costa, e sem alguns outros notáveis estudiosos brasileiros, com os quais passamos a conviver, o “Garantismo Processual” por aqui não teria avançado nestes últimos dez anos e, por isso, jamais seria possível enlaçar este fato aos cem anos de nascimento de Calmon de Passos.

#### **IV. O QUE PODE SER ENTENDIDO POR “ESCOLA BRASILEIRA DE GARANTISMO PROCESSUAL”**

Na relação havida entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível há o pensamento que os conecta, racional e empiricamente. O produto natural da interface destes três elementos será o conhecimento. O conhecimento refletido, amadurecido, bem elaborado, enfim, culto, forma os saberes epistemológicos (=científicos) que atraem os espíritos nascidos com essa vocação. Quanto mais específico o conhecimento sobre um determinado saber humano, maior será a possibilidade de que mentes com visão

assemelhadas sobre aquele saber sejam atraídas, fazendo-se com que espíritos até então errantes se aproximem e passem a compartilhar daquele conhecimento específico. Havendo pluralidade de mentes compartilhando e (re)produzindo mais conhecimento sobre aquele específico saber epistemológico, abre-se espaço para o florescer daquilo que se pode chamar de “escola de pensamento”. Os sujeitos que se põem a refletir sobre os temas ali tratados, o fazem porque se identificam com a essência do respectivo conhecimento, ainda que possam existir certos acidentes discursivos (=peculiaridades) que de nenhum modo alteram a substância do pensamento, reverberado pelos que estão conectados ao conhecimento da respectiva escola. Pode-se identificar uma “escola de pensamento” a partir de alguns dados objetivos, que são observados nos discursos prescritivos e/ou descritivos sobre o conteúdo por ali propagado: [i] limitação do objeto do conhecimento, [ii] identidade ideológica relacionada à função-finalidade do objeto, [iii] termos linguísticos dotados de significado próprio, [iv] confrontação analítica com pensamentos opostos; [v] convergência dos pontos de vista dos pensantes; [vi] existência de um canal de veiculação do conhecimento produzido com base nos critérios “i” a “v”.

Passa o mesmo com os vários saberes que habitam o mundo do Direito, cujo conhecimento daí gerado submete-se aos domínios epistêmicos próprios das “ciências culturais”. Em miúdos: o Direito não tem existência tangível. O Direito “não é animal, nem vegetal, nem mineral, não é encontrado em estado sólido, nem no líquido, nem no gasoso, é desprovido de estrutura atômica ou molecular” [Calmon Passos]<sup>267</sup>. Logo, é algo que não “existe”, a não ser como produto cultural do homem a partir de sua característica existencial pró gregariedade. Nem mesmo quando as autoridades competentes “impõem” o Direito por sobre a esfera de liberdade de alguém ele chega a “existir”. O que se tem aí é coerção decorrente do poder. Em suma, é possível que se identifique uma “escola de pensamento” dentro do universo em que estão dispostos os vários saberes jurídicos sobre os quais nos propomos a refletir.

Não tenho dúvida de que atualmente existe entre nós uma “escola de pensamento” que recepciona os saberes próprios do “Garantismo Processual”. É uma “escola” onde se observa, sem qualquer dificuldade, os critérios apontados agora há pouco em [i] a [vi], *supra*. Note-se:

(1) quanto à “**limitação do objeto**”, tenha-se presente que os pensantes dessa escola estudam o fenômeno processual dentro da

perspectiva do “Garantismo Processual”. Logo, o critério apontado em [i] se observa;

(2) quanto à “**identidade ideológica relacionada à função-finalidade do objeto**”, tenha-se presente que os pensantes dessa *escola* entendem que a função-finalidade do *Garantismo Processual* é reposicionar o fenômeno processual, a partir do conteúdo *garantístico* estabelecido na Constituição e nas Convenções Internacionais que vigoram no país. Logo, o critério apontado em [ii] se observa;

(3) quanto a “**termos linguísticos dotados de significado próprio**”, tenha-se presente que os pensantes dessa *escola* estão se valendo de termos e expressões que, supondo-se mais precisos, procuram explicar as estruturas de funcionamento do fenômeno processual. Logo, o critério apontado em [iii] se observa;

(4) quanto à “**confrontação analítica com pensamentos opostos**”, tenha-se presente que os pensantes dessa *escola* estão produzindo textos que, elegantemente, desafiam os conteúdos de pensamentos opostos que potencializam o *arbítrio* em detrimento de *garantias processuais* explícitas. Logo, o critério apontado em [iv] se observa;

(5) quanto à “**convergência dos pontos de vista dos pensantes**”, tenha-se presente que os integrantes dessa *escola* produzem escritos que,

rigorosamente, apontam para um mesmo sentido. Analisando-os, constata-se uma coincidência teórica nas ideias e conclusões apresentadas. Logo, o critério apontado em [v] se observa;

(6) quanto à “**existência de um canal de veiculação do conhecimento produzido**”, tenha-se presente que os pensantes dessa *escola* fazem escoar o produto de suas reflexões por uma plataforma de trabalho localizada na *web*, um famoso *site* jurídico, além de outras plataformas físicas. Desnecessário dizer o alcance obtido pelas veiculações feitas por intermédio da rede mundial de computadores. Logo, o critério apontado em [vi] se observa.

Todo o saber que vem sendo produzido no Brasil, a partir do *Garantismo Processual*, quando dimensionado na perspectiva do que acima acaba de ser dito, é facilmente identificado como sendo um saber gerado a partir de uma *escola de pensamento*. Eis aí a *Escola Brasileira de Garantismo Processual*!

Como qualquer *escola de pensamento*, a *Escola Brasileira de Garantismo Processual* é formada por *sujeitos pensantes* e por *ideias axiais*. São os *sujeitos* e as *ideias* que movem e aprimoram o conhecimento!

A partir da Coluna *Garantismo Processual*, hospedada no importante *site Empório do Direito*, reúnem-se os *sujeitos*

---

<sup>267</sup> Cf. em *Direito, poder, justiça e processo – Julgando os que*

---

*nos julgam*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, 2ª tiragem, p. 24,

*pensantes da Escola Brasileira de Garantismo Processual*. Existindo desde 18 de fevereiro de 2019, e coordenada por Eduardo Costa e Antônio Carvalho Filho, a Coluna *Garantismo Processual* semanalmente apresenta ao público os escritos produzidos pelos respectivos pensantes, a partir dos postulados que compõem essa área do saber jurídico. Evidentemente, os colaboradores da respectiva Coluna não são os únicos *garantistas* da processualística nacional. Mas muito do conhecimento garantístico que no país se produz decorre dos *fundamentos* que são disponibilizados, a cada sete dias, nesta Coluna da página do *Empório do Direito*, que invariavelmente representa as *colunas virtuais* que sustentam a *Escola Brasileira de Garantismo Processual*. Até agosto de 2020, eram *onze* os colaboradores fixos da Coluna. Recentemente incorporou-se mais um. Outros processualistas adeptos do *Garantismo Processual*, ali também colaboram esporadicamente. Todos professores de direito processual. Vejamos os seus nomes, indicando-lhes as respectivas atuações práticas:

- ***colaboradores fixos***: ANTÔNIO CARVALHO FILHO (*magistrado*), DIEGO CREVELIN (*advogado*), EDUARDO COSTA (*magistrado*), GLAUCO GUMERATO RAMOS (*advogado*), IGOR RAATZ (*advogado*), JÚLIO CÉSAR ROSSI (*advogado da união*), LUCIANA BENASSI (*magistrada*),

LÚCIO DELFINO (*advogado*), MARCO PAULO DENUCCI DI SPIRITO (*defensor público*), MATEUS COSTA PEREIRA (*advogado*), NATASCHA SILVA ANCHIETA (*advogada*), WILLIAM GALLE DIETRICH (*advogado*).

- ***colaboraram eventualmente***: ADRIANA PEGINI (*advogada*), ALEXANDRE DE PAULA FILHO (*advogado*), ÁLVARO CASTILLO (*Peru, aluno graduação*), ANDRÉ LUIZ MALUF DE ARAÚJO (*advogado, ex-juiz TRE-MS*), AUGUSTO PASSAMANI BUFULIN (*magistrado*), EVIE NOGUERIA E MALAFAIA (*advogada*), FERMÍN CANTEROS (*Paraguai, advogado*), RENZO CAVANI (*Peru, advogado*), RAFAEL GIORIGIO DELLA BARBA (*advogado*).

O estudioso ou curioso que pretenda conhecer os fundamentos axiais do *processual-garantismo*, partindo do que vem sendo produzido nos últimos dez anos aqui no país, vai se deparar com um *discurso jurídico* epistemologicamente coerente. As pequenas variações notadas em certas peculiaridades *acidentais*, subproduto do estilo discursivo específico e personalíssimo de cada um dos respectivos sujeitos pensantes, em nada afeta a *essência* do conhecimento produzido sobre tão relevante temática do saber jurídico. Em análise retrospectiva, é possível constatar que esse

encadeamento histórico demonstra que os últimos dois lustros consolidaram a primeira década de um ambiente de reflexão e aprimoramento em torno de uma temática. Desse ambiente de constante *movimento*, segue emergindo o produto resultante da atividade realizada por uma *escola de pensamento*. Tal *escola* propõe-se a estudar o *macro fenômeno jurídico-constitucional*, que comumente chamamos de “Processo”, por uma perspectiva *cognoscível externa e interna* toda própria. Na perspectiva *cognoscível externa*, mira-se o Processo *constitucionalmente*, concebendo-o como *garantia contrajurisdicional* [EDUARDO COSTA]. Na perspectiva *cognoscível interna*, procede-se, naturalmente, da mesma forma, projetando-se, porém, sua *vocação garantística* por sobre a *procedimentalidade* infraconstitucionalmente estabelecida pelo legislador ordinário. E se temos uma *escola de pensamento* por aqui, que expressamente revela todas estas características, nada impede que a chamemos de “*Escola Brasileira de Garantismo Processual*”.

## V. CEM ANOS DE NASCIMENTO DE CALMON DE PASSOS

No dia 16 de maio de 2020, José Joaquim Calmon de Passos teria completado cem anos de idade. 2020, portanto, é o ano do centenário de

nascimento deste *jurista-processualista-humanista*, que nos provoca uma inefável lembrança. Não o conheci pessoalmente, mas tenho bem presente a sua ereta figura em minha *tela mental*, graças aos vários vídeos feitos de suas mágicas palestras, disponíveis na *web*. Nessa correlação entre os “dez anos” de *Garantismo Processual* no Brasil e o “centenário” de CALMON, ainda há outros elementos que penso ser oportuno que sejam rememorados.

O ano era 2008. Entre 19 e 21 de agosto daquele ano estive na *Universidad de Cali*, na Colômbia, para participar das *XXI Jornadas Panamericanas de Derecho Procesal*, evento oficial do *IPDP*. À época, era diretor da respectiva Faculdade de Direito meu dileto amigo Leonidas Pino Cañarveral, que um mês depois tornou-se meu companheiro na *Cohorte II*, no mestrado em direito processual na *Universidad Nacional de Rosario* (UNR). Estive ali para ser incorporado como membro do *Instituto Panamericano de Derecho Processual* (IPDP), após ter sido indicado pelos professores Marcos Afonso Borges e Flávio Buonaduce Borges, e pelo Min. Castro Filho. Por algum motivo de força maior, nenhum dos três pôde estar presente. Eram eles que conheciam todos por lá, não eu. O fato é que ao me apresentar perante a assembleia que iria votar meu nome para ingresso no IPDP, tive a iniciativa de pedir para palestrar, de modo que o

Brasil não ficasse sem fala no evento. Deliberaram positivamente pelo meu ingresso no Instituto e me autorizaram a ser palestrante. Foi nessa ocasião em que meu venerável mestre Adolfo Alvarado Velloso, que ali não me conhecia, convidou-me para cursar o mestrado por ele dirigido na UNR. Jamais me esqueço que, para me persuadir, Alvarado Velloso foi enfático, disse-me que ao aceitar o seu convite “*eu estaria dando um passo que mudaria a minha vida*”. Resolvi aceitar. Muita coisa realmente mudou em minha percepção sobre o processo jurisdicional de lá para cá. A conferência de encerramento das *Jornadas* de Cali ficou a cargo do ilustre processualista colombiano Jairo Parra Quijano, que à época era o presidente do *Instituto Ibero-americano de Direito Processual* (IIDP). O *alinhamento de astros* estava-me favorável e eu não hesitei em acercar-me de Jairo Parra para dizer-lhe que eu gostaria de ingressar no IIDP. Deixei-lhe meu currículo Lattes em mãos, trocamos cartões, e ele me disse que logo sua secretária faria contato comigo por e-mail para ajustar os detalhes. Sem embargo, disse-me que antes teria que consultar outros membros brasileiros ligados ao Instituto Ibero-americano.

Nesse agitado 2008, voltei de Cali no final de agosto e em menos de duas semanas, já em setembro, embarquei para Buenos Aires e de lá para Rosario, para cursar mestrado em direito

processual na esplendorosa Faculdade de Direito da UNR. Na mesma época, recebi e-mail da assessoria de Jairo Parra informando-me que eu deveria estar na *Universidad de Lima*, no Peru, em outubro. Ali teria lugar, entre os dias 16 e 18, as *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, o congresso oficial do IIDP. Seria lá, durante a assembleia geral, que meu nome seria votado para incorporação no Instituto. Lá estive. Na ocasião, Jairo Parra foi substituído na presidência do Instituto Ibero-americano pelo processualista chileno Raúl Tavolari Oliveros, destacado professor da *Universidad de Chile* e um dos autores da reforma do processo penal naquele país, nos anos noventa. Durante a assembleia, à mesa diretiva do Instituto tinha assento a professora Ada Pellegrini Grinover, que sempre foi muito influente naquela agremiação. Tudo passou bem e meu nome foi aprovado. Outros brasileiros também estavam naquele congresso. Lembro-me que fui para Lima acompanhado por dois queridos amigos, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão<sup>268</sup>, à época, assistente do professor Donaldo Armelin no mestrado/doutorado da PUC-SP e Paulo Leonardo Vilela Cardoso, conhecido *comercialista*, aliás, também de Uberaba. Digno de nota é o fato de que Paulo Leonardo, o “pai intelectual” da lei que criou a figura societária da

EIRELI no Brasil<sup>269</sup>, trouxe a ideia de lá, após conversar com um processualista português, que também estava no congresso, e que era advogado comercialista em Lisboa, mas isso já é outra história. Dentre os brasileiros que participavam desse congresso em Lima, além da professora Ada, lembro-me dos professores Humberto Theodoto Jr, Ernane Fidelis dos Santos, Petrônio Calmon, Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier e Hermes Zanetti. No dia 18, último dia do congresso, notei a falta de Fredie. Havia chegado a notícia do falecimento de Calmon de Passos, e seu conterrâneo aprontou as malas e retornou ao Brasil para tentar chegar a Salvador para o momento de despedida.

Chegamos então em 2020 e no centenário dessa inefável figura do mundo jurídico brasileiro, que foi Calmon de Passos. Alguns eventos foram feitos em sua homenagem. Um deles foi o *Congresso Centenário Calmon de Passos*, realizado nos dias 09, 10 e 11 de julho, virtualmente, pois já convivíamos sob o isolamento social imposto pela pandemia de Covid-19. Sob a organização da *Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo* (ANNEP), processualistas de vários cantos do país ali palestraram, e as respectivas falas foram gravadas em vídeo e são facilmente localizadas

na internet. Devo dizer que assisti várias delas e me decepcionei ao observar o *descompasso* contudístico dos discursos dos expositores com o pensamento libertário e *processual-garantístico* de Calmon. É claro que todos os expositores, sem exceção, iniciaram suas falas enaltecendo o brilho e a história do homenageado. Mas poucos, pouquíssimos, discursaram alinhados com o pensamento crítico de Calmon de Passos às posturas legitimadas pela dinâmica da instrumentalidade do processo, que via de regra potencializa a *jurisdição* (=poder) e apequena as *garantias processuais* dos sujeitos que se veem enredados na cena processual. Mas, “justiça seja feita”, houve uma dentre as várias exposições a que tive acesso, que definitivamente honrou a memória *contra-autoritária* do processualista que estava sendo homenageado. Refiro-me à fala do estimado Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, ilustre professor e advogado no Estado da Paraíba. Miro, como carinhosamente o chamamos, na noite de 09 de julho *evocou* o *Garantismo Processual* que marcara a trajetória intelectual de Calmon de Passos. Todos aqueles que leram Calmon, notadamente, em sua obra ensaística, e, fundamentalmente, em seu livro-testamento *Direito, Poder, Justiça e Processo – Julgando os que nos julgam*, sem dificuldade verificam que o pensamento do processualista

---

<sup>268</sup> Autor da importante obra *Coisa julgada*, Bolo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

---

<sup>269</sup> Cf. o seu *O empresário de responsabilidade limitada*, São

baiano é rigorosamente afinado com o que hoje conhecemos por *processual-garantismo*. É evidente que em sua época, Calmon não chegou a ser considerado um “garantista”, e isso pelo simples fato de que por aqui o *Garantismo Processual* ainda não era difundido. E mais: Note-se que Calmon de Passos, ano após ano, foi uma *voz isolada*, reverberando uma forma de se conceber o processo jurisdicional que se opunha frontalmente ao discurso oficial instrumentalista, viabilizador do perverso *ativismo judicial*, que lamentavelmente se observa em todas as instâncias do poder judiciário. Em suma, Calmon de Passos precedeu-nos a todos na prédica *processual-garantista*. Logo, sua conexão com o saber difundido desde o *Garantismo Processual* é um dado objetivo que não temos o direito de ignorar.

## VI. FECHAMENTO

Penso que tenha cumprido a minha tarefa de explicar os “porquês” que José Joaquim Calmon de Passos deve ser considerado o *Patrono* póstumo da *Escola Brasileira de Garantismo Processual*. O *garantismo* que hoje é *coletivamente* cultivado no Brasil, outrora foi *individualmente* reverberado pelo intelectualmente “imorrível” ex-professor titular

da UFBA, ainda que com outras palavras. Se vivo fosse, Calmon seria declarado nosso Patrono. Como entre nós ele já não mais está, será *postumamente* guindado a este posto. Com isso, mais do que *homenagear* e *reverenciar* a memória de Calmon de Passos, somos nós, os *processuais-garantistas* brasileiros, que estamos sendo brindados por sua etérea companhia, entremeando o conhecimento que vem sendo gerado pela *escola de pensamento* que cultivava o saber proposto pelo *Garantismo Processual*.

Será nosso dever, nos próximos cem anos, fazermos com que o legado intelectual de Calmon de Passos permaneça presente em nossos espíritos.

**Jundiá, agosto de 2020**