



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ISSN 2674-5623.

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Processual Civil, ISSN 2674-5623, v. 3, n. 1, jan./dez. 2021

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

“In Memoriam”

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Dr. Mauro Alves de Araujo

Coordenador da Revista de Direito Processual Civil

CONSELHO EDITORIAL

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

Apesar da continuidade da crise sanitária mundial, aparentemente caminhando para o fim, com a inestimável colaboração do professor Glauco Gumerato Ramos, chegamos à quarta edição de nossa Revista de Direito Processual Civil, edição essa que continua com a temática iniciada na edição anterior, faltando apenas mais um tomo para a sua conclusão.

O professor Glauco Gumerato Ramos, como mencionado na edição anterior, é um grande estudioso e defensor do “Garantismo Processual”, e com isso, com grande trânsito entre os defensores deste importante tema, permitindo que a nossa revista tenha um nível tão elevado de artigos a respeito.

Por isso, igualmente, reiterando, não poderia ser diferente nessa edição, que a apresentação da mesma fosse feita por outra pessoa que não o próprio professor Glauco.

Mais uma vez, obrigado professor Glauco.

Não poderia deixar de consignar, para que não pareça uma indiferença com o passamento prematuro do nosso Grande e inesquecível Amigo, Irmão, Mestre e Coordenador do curso, as devidas homenagens ao nosso já saudoso Professor Claudio Antonio Soares Levada, bem como aos nossos não menos estimados Amigos e Mestres falecidos durante essa crise sanitária, Dr. Renan Lotufo, Antonio Carlos Malheiros e José Manoel de Arruda Alvim Neto. A esses insignes mestres, acertei com o professor Glauco uma homenagem mais completa na próxima edição, mas, desde já, nosso eterno agradecimento aos Mestres que se encontram com o Criador, e que sempre serão lembrados com saudade.

Mais uma vez 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.

SUMÁRIO

| | |
|---|--|
| Apresentação (Tomo II) | 5 |
| O “Indevido Processo Legal” no Código de Processo Civil) | 8 |
| | <i>Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias</i> |
| Sobre Capacidades y Legitimaciones..... | 27 |
| | <i>Alejandro ABAL OLIÚ</i> |
| A Justificação Judicial e sua Refutação. Obstáculos para Controlar a Valoração da Prova em Sede Recursal: Impedimento Político e Impedimento Epistêmico. A Prova como Parte do Raciocínio Judicial. Conclusão..... | 75 |
| | <i>André Luiz Maluf de Araújo</i> |
| O Poder Judiciário Diante da Soberania Popular: O Impasse entre a democracia e a Aristocracia..... | 92 |
| | <i>Eduardo José da Fonseca Costa</i> |
| O Processo: História Natural do seu Sufocamento..... | 110 |
| | <i>William Galle Dietrich</i> |
| Garantismo Processual e a Concessão de Liminar de Tutela Provisória Inaudita Altera Parte | 133 |
| | <i>Márcio Candido da Silva</i> |

APRESENTAÇÃO

(Tomo II)

No segundo semestre de 2020, na noite de 02 de outubro, realizou-se o *IV Colóquio Internacional de Processo de Jundiaí*, evento já integrado ao calendário acadêmico da nossa Faculdade.

Com apoio institucional da *Associação Brasileira de Direito Processual* (ABDPro) e do Capítulo Brasil do *Instituto Pan-americano de Direito Processual* (IPDP), no *IV Colóquio* tiveram fala: ADOLFO ALVARADO VELLOSO (Argentina), FAUZI HASSAN CHOUKR (São Paulo) e JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE Jr (PARAÍBA). Como de costume, ali foram explanados temas jurídicos sob a perspectiva teórica e prática do *Garantismo Processual*.

A quarta edição do *Colóquio* foi em homenagem ao Prof. Dr. RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, que no início de 2020 jubizou-se de suas funções exercidas perante a Faculdade de Direito da PUC-Minas. Por cerca de duas décadas, ali o Professor RONALDO BRÊTAS ensinou nos cursos de *graduação*, *mestrado* e *doutorado*, tendo formado inúmeros processualistas.

Ademais, salienta-se que RONALDO BRÊTAS é Membro Honorário da ABDPro, título que se confere a juristas de estofa e que muito contribuíram à ciência do processo. Orgulho-me em poder chamá-lo carinhosamente, e sem qualquer formalidade, de “Brêtas”, um venerável amigo que a vida jurídica me deu. Como se vê no sumário, este Tomo II principia com um texto de sua autoria.

Na sequência há um texto do processualista de Montevideú ALEJANDRO ABAL OLIÚ, Professor Titular da Faculdade de Direito da *Universidad de la República Oriental del Uruguay*, a mais prestigiosa daquele formoso país. Vale lembrar que o Professor ALEJANDRO foi conferencista na primeira edição do *Colóquio Internacional*, no ano de 2017.

Frise-se que ALEJANDRO ABAL, já que Professor Titular de Direito Processual daquela Faculdade, é o sucessor da cátedra de *EDUARDO J.*

COUTURE, certamente o “príncipe” dos processualistas sul-americanos no interstício entre a primeira e a segunda metade do Séc. XX.

A fascinante história de *COUTURE* é entremeada com a de dois grandes juristas europeus: o alemão JAMES GOLDSCHMIDT e o italiano PIERO CALAMANDREI.

Quanto ao primeiro, sua ascendência judaica obrigou-lhe – a exemplo do que se passou com ENRICO TULLIO LIEBMAN, que veio para o Brasil – a fugir da Alemanha nazista.

Com auxílio direto de EDUARDO *COUTURE*, GOLDSCHMIDT exilou-se em Montevideu, tendo lá vivido e onde está sepultado. Quanto ao processualista italiano, *COUTURE* e CALAMANDREI desenvolveram uma amizade de “ideias e ideais” demasiadamente frutuosa e se tornaram “irmãos-intelectuais”, conforme é narrado na história do processualismo latino-americano.

Tudo isso para dizer que, ao publicar um texto do Professor ALEJANDRO ABAL OLIÚ neste Tomo II, a *Revista de Direito Processual Civil da FADIPA* estará adornada com elementos *jurídicos-históricos-processuais* que transcendem ao nosso Direito de sotaque *lusoparlante*.

O Tomo II também traz textos de proeminentes integrantes da *Escola Brasileira de Garantismo Processual*. Sobre ela, aliás, remeto o leitor interessado ao Tomo I, que integra o volume anterior de nossa *Revista de Direito Processual Civil*.

Seus autores são: ANDRÉ LUIZ MALUF DE ARAÚJO (Mato Grosso do Sul), EDUARDO COSTA (São Paulo), inclusive com texto em que homenageia o Prof. Ronaldo Brêtas, LUCIANA BENASSI (Paraná) e WILLIAN GALLE DIETRICH (Rio Grande do Sul). Todos eles artífices de um discurso jurídico-doutrinário, elaborado pela ótica do *Garantismo Processual*.

Por fim, fecha este Tomo II um ensaio de um “filho” de nossa *Alma mater*, MÁRCIO CÂNDIDO DA SILVA. Assim como eu, MÁRCIO é egresso da “Gloriosa 25ª Turma da FADIPA (1997)”.

Foi ali que nos conhecemos e jamais nos separamos. É daquelas pessoas a quem chamamos de “amigo-irmão”. Assim MÁRCIO é para mim.

Quando nos formamos, no distante dezembro de 1997, MÁRCIO CÂNDIDO sagrou-se como um dos melhores alunos de nossa Turma. Foi laureado com o honroso prêmio NELSON HUNGRIA outorgado pela FADIPA, por ter sido considerado o melhor aluno de Direito Penal entre nós. À época, já que cursara a tradicional Academia Militar do Barro Branco, MÁRCIO ainda era 1º Tenente da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Daí seu pendor ao Direito Penal, além do Direito Administrativo, como bem lembro.

Logo após formado, MÁRCIO sentiu o chamado para as coisas do Direito e, no final de 1998, exonerou-se da carreira militar para se dedicar à advocacia. Com o giro da “grande roda da vida”, a partir de nossa convivência profissional, este meu amigo-irmão acabou se encantando pelo direito processual civil.

Orgulho-me em dizer que, por influência direta de minha parte, MÁRCIO tornou-se professor de nossa disciplina no início dos anos 2000. Desde então foi se transformando num dos melhores professores de graduação que conheço. Orgulho-me, ainda mais, por tê-lo despertado aos saberes do *Garantismo Processual*. Confessadamente ele é hoje um adepto do *processual-garantismo*. Seu ensaio aqui publicado, no qual denuncia equívocos *antigarantíscos* do procedimento das chamadas “tutelas provisórias” previstas no CPC-2015, revela a minha afirmação.

Eis aqui mais um volume de nossa *Revista de Direito Processual Civil da FADIPA*. Desta vez, encartando o TOMO II, integralmente formado por textos dedicados à temática do *Garantismo Processual*.

Jundiaí, abril de 2021.

GLAUCO GUMERATO RAMOS

Professor de Direito Processual Civil da FADIPA.

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

O “INDEVIDO PROCESSO LEGAL” NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Exposição de Motivos do vigente Código de Processo Civil entendeu advertir que um dos principais objetivos de seu texto seria a constitucionalização do processo, ou seja, estar-se-ia elaborando uma nova codificação processual em estreita sintonia com as normas da Constituição Federal de 1988.

Seguindo essa orientação técnica, após enfatizar “*que o processo civil constitucionalizou-se*”, referida Exposição de Motivos concluiu que, em razão disto, “*o processo há de ser examinado,*

estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais”.

Contudo, já que a perfeição não é deste mundo e que boas intenções, a todo momento, são constantemente apregoadas, mas deslembradas logo em seguida, principalmente no Brasil, o que se pode concluir, após o exame de alguns enunciados normativos do Código de Processo Civil de 2015, é que nem sempre o projetado na sua Exposição de Motivos restou concretizado no texto codificado.

Em consequência, são detectadas algumas inconstitucionalidades no texto normativo do vigente Código, as quais nele consagram espécie de *indevido processo legal*, objeto de análise no presente estudo.

¹ Advogado. Doutor em Direito Constitucional e Mestre em Direito Civil pela UFMG. Professor Convidado do Curso de Especialização em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Piauí. Professor Adjunto IV de Direito Processual Civil na Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas Gerais. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Membro Titular do Instituto Panamericano

de Derecho Procesal. Membro Honorário da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do Instituto do Direito de Língua Portuguesa, com sede em Lisboa. Membro da Academia de Direito Processual de Mato Grosso do Sul. Ex-Advogado Chefe Adjunto da Assessoria Jurídica Regional do Banco do Brasil S. A., em Minas Gerais. Autor do livro *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

1. Normas fundamentais do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil, em sua Parte Geral, Livro I, Título Único, Capítulo I, tem início com a recomendação enfática de que o processo civil deverá ser ordenado, disciplinado e interpretado em conformidade com as normas fundamentais estabelecidas na Constituição (artigo 1º.).

Em seguida, nos enunciados normativos dos artigos 3º., 4º., 6º., 7º., 8º., 9º., 10 e 11, o Código reproduz preceitos da Constituição Federal que estabelecem normas (regras e princípios) consagradoras das garantias de regência do processo, quais sejam, as garantias fundamentais da inafastabilidade da jurisdição prestada pelo Estado, quando provocado por qualquer pessoa natural ou jurídica, ao exercer seu direito constitucional de ação, da razoável duração do processo, do respeito à dignidade da pessoa

humana, da observância do efetivo contraditório, da ampla defesa, da legalidade, da publicidade, da eficiência e da fundamentação das decisões jurisdicionais.

Em verdade, essas consideradas normas fundamentais, extraídas do texto da vigente Constituição Federal, formatam o processo constitucional ou modelo constitucional do processo, metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais,² cuja viga-mestra é o devido processo legal.

2. Devido processo legal: norma processual fundamental

Acompanhando vetustas lições do saudoso e talentoso processualista mineiro Ronaldo Cunha Campos, que as tenho por atuais, e, também, a partir do preceito normativo do artigo 5º., inciso LIV, da Constituição Federal,³ tenho sustentado que o conjunto de normas destinadas à regência ordenada do processo

² Sobre o vigente Código de Processo Civil e o processo constitucional, ver BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 92, p. 225-240. Sobre o processo constitucional na construção do Estado Democrático de Direito, ver BRÊTAS. *As*

Novas Fronteiras do Direito, p. 91-106. Também, BRÊTAS. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 103, p. 321-333.

³ Eis sua íntegra: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

assenta-se em uma norma jurídica que pode ser denominada *norma processual fundamental*, a qual se decompõe nos vários enunciados principiológicos que integram a garantia constitucional do devido processo legal. Em outras palavras, ainda na esteira dos ensinamentos do talentoso Cunha Campos, que madrugou no tempo em seus estudos, o direito processual repousa em uma norma – *norma processual fundamental* – contida no instituto⁴ do *devido processo legal*, cuja estrutura principiológica se projeta em todas as fases do procedimento.⁵

Pertinentes ao tema, as considerações do pranteado Ministro Adhemar Ferreira Maciel, do Superior Tribunal de Justiça, quando escreveu: “*A Constituição de 1988 foi o primeiro de nossos Estatutos Políticos a utilizar-se, de modo expresse, da cláusula do ‘devido processo legal’*. É rara uma sessão do *Superior Tribuna de Justiça em que*

não se fale no ‘devido processo legal’. Isso, por si só, já denuncia sua importância. [...]. A *Constituição brasileira, no título referente aos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’*, dispõe no inciso LIV do art. 5º. que *‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’*. Essa cláusula constitucional nos veio diretamente de duas *Emendas à Constituição federal americana, as quais [...] no dizer de Karl Loewenstein ‘são o fundamento, sobre o qual todos os outros direitos de liberdade repousam’*. [...]. Diz a *Emenda V: [...] ‘ninguém será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal’*. A *Emenda XIV [...] fala em sua Seção 1: ‘Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal.’*”⁶

⁴ A expressão *instituto*, empregada no texto, na concepção de Rosemiro Pereira Leal, deve ser compreendida como “*agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidades de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal*” (LEAL. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 382).

⁵ Cf. CUNHA CAMPOS, Ronaldo. *Revista da AMAGIS (Associação dos Magistrados Mineiros)* v. V, p. 74-92. Ver, também, BRÊTAS. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 92, p. 227-228.

⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*, p. 229 e 232.

Portanto, em face dessas considerações, como já explanei em outros textos publicados, o devido processo legal, aqui qualificado *norma processual fundamental*, em decorrência de diversas prescrições normativas esparramadas nos vários incisos do artigo 5º. e do artigo 93 da Constituição Federal, adiante apontadas, vem a ser um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (sujeito constitucional do processo⁷), quando deduzem pretensão à tutela jurídica como partes nos processos, perante os órgãos jurisdicionais do Estado, quais sejam: (1) direito de ação, entendido como o direito incondicionado de qualquer pessoa do povo (parte) postular a jurisdição, atividade-dever do Estado, prestada de forma eficiente em processo legalmente instaurado, dentro de um tempo útil ou lapso de tempo razoável (artigo 5º., incisos XXXV e LXXVIII); (2) garantia do juízo natural ou juízo constitucional, que assegura às partes o direito de obter

decisão proferida por órgão jurisdicional previamente indicado no texto constitucional, vedado, assim, qualquer juízo de exceção (artigo 5º., incisos XXXVII e LIII); (3) garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos que lhe são inerentes, compreendido o recurso como coextensão da ampla defesa, e incluídos nos meios de defesa o direito aos procedimentos de produção da prova e o direito de ser assistido por advogado ou defensor público (artigo 5º., inciso LV); (4) garantia do contraditório paritário e participativo, entendido como a possibilidade de as partes, em igualdade de condições, junto ao juiz, agente público decisor ao qual o Estado delega a função jurisdicional, influenciarem na construção da solução decisória do processo, assegurando-lhes o direito de ver seus argumentos e razões apreciados com atenção e isenção de ânimo no ato estatal do julgamento, estabelecendo-se, assim, estreita conexão entre a garantia do contraditório e a garantia de fundamentação das decisões

⁷ Sobre o povo como “*sujeito constitucional do processo*”, ver BRÊTAS. *Processo*

constitucional e Estado Democrático de Direito, p. 30, nota nº 50.

jurisdicionais (artigo 5º., inciso LV); (5) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, vale dizer, decisões proferidas com irrestrita obediência às normas integrantes do ordenamento jurídico vigente, sobretudo com foco nos princípios da supremacia da Constituição e da interpretação das referidas normas em conformidade com os direitos e as garantias fundamentais relacionadas em seu texto, características marcantes do Estado Democrático de Direito (artigo 5º., inciso II; artigo 93, inciso IX).⁸

3. Inconstitucionalidades do Código e indevido processo legal

Lembradas essas noções e diretrizes preliminares sobre o que sejam normas fundamentais do processo, passo a examinar situações normativas do vigente Código de Processo Civil, nas quais se observa afronta à norma processual fundamental, o *devido processo legal*.

A partir daí, ficam evidenciadas inconstitucionalidades em seu texto, as quais consagram, em sua estrutura normativa, por consequência, ao contrário do desejável, o *indevido processo legal*, como se percebe nos preceitos dos seus artigos 487, parágrafo único, e 332, § 1º.; 382, § 4º.; 404, inciso V; 723, parágrafo único, e 140, parágrafo único; e 464, §§ 2º. e 3º.

3.1- Sentença de improcedência liminar do pedido sem contraditório

Início tal exame focalizando as normas do artigo 487, parágrafo único, e do artigo 332, § 1º., do Código, as quais recomendam julgamento do processo com resolução de mérito (sentença definitiva), declarada a improcedência liminar do pedido, quando, ao exame da petição inicial, o juízo reconhecer, de ofício, a ocorrência da prescrição ou decadência.

Vê-se que o Código, nas referidas normas, exclui a

⁸ Cf. BRÊTAS. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 92, p. 228-229. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado*

Democrático de Direito, p. 89-91, 114-115, 128, 158-159 e 172-173.

manifestação do autor sobre ditas questões, antes de proferida a sentença definitiva. Apontada exclusão significa suprimir o princípio-garantia do contraditório da estrutura do procedimento, contrariamente ao recomendado na norma do artigo 7º. Assim, o Código impede o autor de influir eficazmente na convicção do juiz a respeito das questões que serão decididas, antes de a sentença ser lavrada e publicada, ao contrário do que prescreve a norma do seu artigo 369. Não bastasse, o Código ainda autoriza a decisão surpresa vedada no artigo 10, tudo em lamentável descompasso com a garantia constitucional do devido processo legal, norma fundamental do processo.

3.2- Proibição de defesa e recurso em procedimento probatório

Outra situação de inconstitucionalidade no texto normativo do Código de Processo Civil, por violação ao devido processo legal, se escancara grosseiramente nas normas do seu artigo 382, § 4º., quando cria o

procedimento de produção antecipada da prova.

Conveniente a transcrição do texto normativo em exame, para melhor compreensão da crítica que lhe será feita: *“Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”*.

Cuida-se de verdadeira aberração inconstitucional, já que o transcrito texto normativo proíbe defesa ou recurso no procedimento ali criado, exceto no caso de decisão que indeferir totalmente a prova antecipada requerida, o que se revela grosseira agressão ao devido processo legal, frise-se, uma vez mais, norma processual fundamental.

Alguns exemplos permitirão compreender melhor a procedência da crítica. Primeiro exemplo, a produção antecipada da prova foi requerida. Porém, uma das partes (autor requerente ou réu requerido) não tem pertinência subjetiva com as questões de direito material relacionadas aos fatos, cuja prova se pretende obter antes do processo principal. Vale

dizer, no exemplo considerado, uma das partes não têm interesse ou legitimidade para figurar no procedimento. Pois bem, mesmo assim, a parte interessada está proibida de se defender, pleiteando a extinção do processo sem julgamento de mérito, e de recorrer, se houver decisão judicial que rejeite tal questão preliminar (Código de Processo Civil, artigos 17 e 485, VI). Outros exemplos. O juiz, no curso do procedimento ora considerado, relativo à prova pericial, (1) indefere quesitos apresentados por uma das partes ou (2) rejeita a arguição ou exceção de impedimento ou de suspeição do perito nomeado (artigo 467); ou (3) indefere requerimento para realização de uma segunda perícia (artigo 480); ou, ainda, (4) rejeita postulação para substituição do perito nomeado, em razão de seu escasso conhecimento científico ou nenhuma qualificação técnica para a realização da perícia deferida (artigo 468, I). A parte requerente prejudicada, proibida estará de recorrer das referidas e hipotéticas decisões judiciais.

Os exemplos colacionados, hauridos da realidade forense, multiplicar-se-iam ao infinito, mas é perceptível que, se devidamente considerados, permitem compreender que as normas do artigo 382, § 4º, do vigente Código de Processo Civil, menosprezam o devido processo legal como norma fundamental do processo, assim não podendo ser aplicadas pelos juízes, incumbindo às partes arguirem sua inconstitucionalidade nos arrazoados e recursos manifestados naqueles processos nos quais referidas questões forem discutidas (ver item 4, adiante).

3.3- Decisão segundo o prudente arbítrio do juiz

Outra inconstitucionalidade do vigente Código de Processo Civil, por afronta ao devido processo legal, a merecer crítica exasperada, é a que se encontra posta em seu artigo 404, inciso V, relativa à normatização do procedimento probatório de exibição de documento ou coisa.

Apontada norma prevê que, se a parte ou terceiro recusar-se à exibição ordenada judicialmente do documento

ou coisa, as questões daí decorrentes, se subsistirem “*motivos graves*” justificadores da recusa à exibição, poderão ser decididas “*segundo o prudente arbítrio do juiz.*”

O tema relativo às decisões proferidas “*segundo o prudente arbítrio do juiz*”, seguramente, não é de hoje. Ressalvada melhor pesquisa, surgiu cogitado na literatura especializada e nos textos jurídicos brasileiros, a partir de considerações feitas por Carlos Maximiliano, por volta de 1924, na primeira edição de seu livro *Hermenêutica e aplicação do Direito*, ano em que foi lançada, quando em vigor a primeira Constituição Republicana, de 1891, obra que logrou enorme aceitação e prestígio entre os autores brasileiros ao longo de grande parte do Século XX. A partir de então – e nas edições que se sucederam – o autor sustentou a possibilidade de casos concretos serem decididos “*segundo o critério pessoal do julgador*”. Inspirando-se no Código Civil alemão, elaborado no

Século XIX, e em doutrinadores da primeira década do Século XX, por exemplo, François Geny e Marcel Planiol, Carlos Maximiliano defendeu sob exuberante retórica “*a liberdade de exegese atribuída aos magistrados*”, “*fortemente impulsionada pelo movimento progressista e inovador*” baseado no “*sopro de modernismo saudável*”, que “*da cátedra dimanava até o pretório*”, com inclinação “*para um Direito [...] seguro, menos abstrato e mais verdadeiramente humano*”, a fim de justificar decisões segundo “*o prudente arbítrio do juiz*”.⁹

Porém, essas ideias e justificativas de antanho não podem mais ser aceitas, desde o surgimento do Estado Democrático de Direito, construído política e institucionalmente pela Constituição Federal de 1988. Por primeiro, se contrapõem frontalmente à garantia fundamental da reserva legal ou garantia de prevalência da lei,

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, p. 62-63. Neste trabalho, cito a 9ª. edição da obra, lançada em 1979, quando em vigor a Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda n. 1, de 1969. A observação é necessária, eis que,

à época, o regime político então implantado no Estado brasileiro muito distante estava do atual paradigma do Estado Democrático de Direito, institucionalizado pela vigente Constituição de 1988.

componente do devido processo legal, consagrada na fórmula normativa gravada no inciso II, do art. 5º., da referida Constituição: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Impõe-se compreender que a expressão *lei*, encontrada no transcrito enunciado normativo, tem o significado técnico jurídico de *ordenamento jurídico*,¹⁰ na sua total extensão, vale dizer, conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no sistema jurídico brasileiro, integrado

por normas-disposições ou normas-preceitos (regras jurídicas) e por normas-princípios (princípios de direito), ambas com igual força vinculativa, às quais o Estado-juiz se vincula permanentemente, no ato processual do julgamento.¹¹ Em segundo lugar, a juridicamente infeliz expressão “*prudente arbítrio do juiz*”, com a qual tenho enormes restrições de ordem constitucional há muito tempo,¹² pois norteadora de decisões judiciais estapafúrdias, encerra ideias lógicas e juridicamente antitéticas, ou seja, expostas em

¹⁰ A expressão consta do artigo 140 do vigente Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Deve ser feita distinção técnica entre *lei* – texto legislativo – e *ordenamento jurídico* – conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, abrangendo regras e princípios – porque a lei pode ser omissa, todavia, não sendo o ordenamento jurídico lacunoso (cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 148-149, nota nº 5).

¹¹ Ver BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 88 e 165-166.

¹² No ano de 2004, publiquei livro estruturado em minha tese de doutorado defendida e aprovada na Universidade Federal de Minas Gerais, orientada pelo Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, de saudosa memória, com o título *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Ao me referir “à fórmula hermenêutica tradicional do ‘prudente arbítrio do juiz’ (ou ‘moderado arbítrio do juiz’)”, a critiquei veementemente, com os

seguintes argumentos: “além de agredir qualquer consciência jurídica democraticamente bem formada, seu acatamento ainda resulta em menoscabo do princípio da prevalência da lei. De fato, arbítrio judicial, ao nosso entendimento, configura, a um só tempo, a tirania da vontade única do juiz calcada em subjetividades ou critérios pessoais, o capricho despótico e ilegal do agente público decisor, a atividade discricionária do órgão jurisdicional, o excesso ou abuso de poder no ato estatal de julgar. À evidência, são situações incompatíveis com o princípio da vinculação da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito. Ademais, sob tal ótica, onde houver arbítrio, este jamais poderá ser prudente ou moderado, aflorando da expressão sob exame ideias lógicas e juridicamente antitéticas, sendo certo que os três inimigos figadais do arbítrio judicial são o princípio da reserva legal, o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais.” (BRÊTAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 140).

antítese, eis que, se houver arbítrio, exercício de poder pelo juiz conforme ditames da própria vontade, sem anteparo no ordenamento jurídico vigente, tal “*arbítrio*” nunca poderá ser “*prudente*”.

No Estado Democrático de Direito, os três inimigos figadais do arbítrio judicial são os princípios-garantias da reserva legal, do contraditório e da fundamentação das decisões jurisdicionais, todos integrantes da cláusula constitucional do devido processo legal, norma fundamental do processo (ver item 2, *retro*).

Como já assinalai em outro texto publicado, autorizar o juiz a decidir segundo seu “*prudente arbítrio*” significa conceder-lhe permissivo para proferir decisões fundadas em suas próprias concepções de vida, subjetividades, crenças e critérios pessoais ou nos seus particulares e predestinados sentimentos de justiça,¹³ o que não se coaduna com o atual modelo constitucional de processo.

Neste século XXI, esses ultrapassados parâmetros são colidentes com o cenário sistêmico do Estado Democrático de Direito, que desautoriza decisões jurisdicionais desvinculadas do ordenamento jurídico vigente, no Título II da Constituição Federal, quando dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais do povo (artigo 5º.), proibindo atividade judicial de manufaturação arbitrária do direito, em outras palavras, não permitindo ao juiz fabricar direitos à margem da reserva legal, garantia componente do devido processo legal. Somente é direito o que como tal for produzido pelos órgãos legislativos do Estado, compostos de representantes eleitos pelo povo, tudo sob expressa autorização constitucional e pelo processo legislativo previsto constitucionalmente (devido processo constitucional legislativo), sendo esta a estrutura de legitimação democrática do Estado de Direito, não podendo o órgão jurisdicional ignorá-la.¹⁴

¹³ Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 169.

¹⁴ Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 170-171.

Assim o é, posto que, se todo o poder emana do povo, sujeito constitucional do processo, em nome de quem os órgãos jurisdicionais do Estado o exercem, o que é fundamento básico do Estado Democrático de Direito, assim declarado solenemente no pórtico da Constituição Federal de 1988 (artigo 1º., parágrafo único), exige-se dos juízes e tribunais brasileiros decisões lavradas conforme as normas constitucionais e infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico estatal, a fim de permitir que sejam, tais decisões, proferidas em nome do povo, sujeito constitucional do processo.¹⁵

3.4- Decisão judicial por equidade

Mais uma inconstitucionalidade desponta no vigente Código de Processo Civil, quando se examina o teor do conteúdo normativo de seu artigo 723, parágrafo único, que, nos atos decisórios dos procedimentos de jurisdição voluntária, desobriga o juiz de observar “*critério de legalidade estrita*”, o autorizando a “*adotar em*

cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”.

Ao que se percebe, pelas referidas normas, examinadas em conjunto com as normas do artigo 140, parágrafo único, do mesmo Código, sob interpretação lógico-sistemática, o juiz está autorizado a julgar por equidade (a *equity*, do *common law*), o que se revela manifestamente inconstitucional no sistema jurídico brasileiro, pelas mesmas razões enumeradas no tópico anterior, pouco importando se sistemas jurídicos de outros Estados admitem julgamentos de tal jaez.

A princípio, noções sobre o que seja equidade precisam ser trazidas à colação. A tanto, outra vez, louvo-me nas lições de Carlos Maximiliano, em obra já referida neste estudo, a qual, no passado, ao longo de boa parte do Século XX, muito influenciou o pensamento jurídico brasileiro.

Segundo o referido autor, escorado nos pensamentos de Luigi Miraglia, François Geny e Konrad Hellwig, destacados juristas do início do Século XX, equidade é “*o justo*

¹⁵ Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 165.

melhor, diverso do justo legal e corretivo do mesmo”, “*é o direito benigno, moderado, a justiça natural, a razão humana, isto é, inclinada à benevolência*”. Dissertou Carlos Maximiliano que a equidade é “*fruto de condições especiais de cultura, noção de justiça generalizada na coletividade, ideia comum do bem, predominante no seio de um povo em dado momento da vida social*”. Em suma, para o mencionado autor, equidade “*é um sentimento subjetivo e progressivo, porém não individual, nem arbitrário, representa o sentir do maior número*”. Considerou Carlos Maximiliano que o juiz, pela equidade, “*embora empenhado em realizar a justiça dentro dos moldes traçados pelos Códigos e pelos costumes, sofra o ascendente [...] das suas preferências teóricas*”. Assim, guiado por tais ideias, concluiu Carlos Maximiliano que o juiz, entre duas soluções que lhe parecessem possíveis, se inclinaria para aquela que melhor se coadunasse com seus pendores morais, benevolências e

critérios de justiça, no ato processual de julgar.¹⁶

À evidência, na esteira das recomendações normativas postas na vigente Constituição Federal, manifestamente comprometida com a observância da garantia fundamental da reserva legal ou de prevalência da lei (artigo 5º., inciso II), que integra a “*garantia-matriz*” posta no “*enunciado-síntese*” do devido processo legal referido no artigo 5º., inciso LIV, norma processual fundamental, não pode haver decisões jurisdicionais apoiadas nas enumeradas concepções vagas e fluídas informadoras da *equidade*, tais como: o *justo melhor*, o *direito benigno moderado*, a *noção de justiça generalizada na coletividade*, a *justiça natural*, a *ideia comum do bem* ou o *sentir social do juiz*. Assim o é, posto que todas estas juridicamente enigmáticas fórmulas de decidir significam portas escancaradas para a prevalência de toda a sorte de subjetividades, crenças e critérios pessoais de julgamento nas decisões judiciais,

¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, p. 172-173.

descambando de forma degenerada para o indevido processo legal.

Nesse sentido, bem disserta José Miguel Garcia Medina, em comentários às normas do artigo 140, do Código de Processo Civil:

“A complexidade da criação da solução jurídica através do processo [...] impõe que se afaste qualquer interpretação do dispositivo que permita ao juiz, p. ex., afastar-se da lei ou da Constituição a pretexto de aplicar, a cada caso, solução que lhe pareceria ‘mais justa’. Tal modo de pensar seria, evidentemente, contrário à Constituição. A respeito do princípio da legalidade, cf. o que escrevemos em Constituição Federal comentada [...], comentário ao art. 5º., II, e, sobre fundamentação da decisão judicial, na mesma obra, comentário ao art. 93, IX.”¹⁷

Impõe-se compreender que, no Estado Democrático de Direito brasileiro, as justificativas da decisão judicial só podem ser feitas dentro de um processo com estrutura (princípio, meio e fim) regida pelo conteúdo principiológico do devido processo

legal, norma processual fundamental, em forma tal que o juiz lhe dê fundamentação racional sob a prevalência inafastável das normas (regras e princípios) componentes do ordenamento jurídico vigente (garantia da reserva legal), vedadas as interferências das convicções pessoais, dos critérios salomônicos ou dos sentimentos particulares ou magnânimos de justiça do agente público julgador.

Enfim, como bem disserta Eduardo José da Fonseca Costa, *“para que o Brasil se constitua em pleno Estado Democrático de Direito (Constituição Federal, art. 1º.), é preciso que juízes e Tribunais adotem uma ortodoxia institucional e legal antidiscricionária, o que já seria bastante, por exemplo, para expulsar do sistema o ‘julgamento por equidade’, que não passa de um resto inconstitucional de detrito medieval”*.¹⁸

3.5- Prova técnica simplificada sem contraditório

¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 270.

¹⁸ *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 106, p. 360.

Finalmente, última situação de arranhões ao devido processo legal se descortina, quando o vigente Código de Processo Civil dispõe sobre a produção do que chama prova técnica simplificada, na redação de seu artigo 464, §§ 2º. e 3º., assunto que já abordei em outro sítio doutrinário.¹⁹

Referidas normas cuidam de um procedimento simplificado para a prova pericial, quando a questão fática controvertida, embora de menor complexidade, exigir o esclarecimento técnico de especialistas. Substitui a prova pericial tradicional e é determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes. Consiste na inquirição pelo juiz de especialista que convocará, com formação acadêmica específica na área, objeto das informações técnicas sobre os fatos controvertidos no processo, as quais prestará em audiência designada a tal fim.

Embora o texto do Código, nos referidos artigos, recomende que o procedimento consistirá, apenas - vale dizer, tão somente - na inquirição

pelo juiz de especialista sobre questão fática do processo que exija conhecimento científico ou técnico, é óbvio que as partes, por seus advogados, também poderão fazê-lo, e não somente o juiz, como parece restringir o texto legal. Não pode ficar afastada de qualquer procedimento, sobretudo procedimento probatório, a prevalência das garantias constitucionais da ampla defesa e do efetivo contraditório, componentes do devido processo legal (Constituição, artigo 5º, inciso LV; Código de Processo Civil, artigo 7º.).

Demais disso, ainda sob a égide das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, entendo que as partes também poderão: (1) impugnar o grau de conhecimento atribuído pelo juiz ao considerado especialista, requerendo, a tanto, a exibição de sua formação curricular, conforme o Código de Processo Civil, artigos 464, § 4º, 465, § 2º, inciso II, e 468, inciso I; (2) apresentar pareceres técnicos ou textos científicos de outros tantos e

¹⁹ Cf. BRÊTAS. *Direito probatório: temas atuais*, p. 118.

considerados especialistas nas questões fáticas debatidas, adicionando esclarecimentos, complementações ou retificações ao procedimento, nos termos do mesmo Código, artigo 472.

4. Arguição de inconstitucionalidade

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos estatais obedece a um sistema misto complexo, exercido (1º.) por meio da jurisdição difusa (controle difuso da constitucionalidade) e (2º.) por meio da jurisdição concentrada (controle concentrado da constitucionalidade). Em tais casos, tem-se especificamente a chamada jurisdição constitucional, atividade prestada pelo Estado, destinada (1) a tutelar o princípio da supremacia da Constituição e (2) a proteger os direitos e garantias fundamentais, das pessoas do povo, por ela contemplados. Em suma, a jurisdição constitucional visa a preservar o ordenamento jurídico-constitucional no julgamento dos casos concretos levados à apreciação

do Estado por meio do processo, com isto, obtendo os interessados a preeminência das normas constitucionais sobre as disposições das leis ordinárias, na ordem legislativa hierárquica que a própria Constituição vigente estabelece, em seu artigo 59.²⁰

Assim, por meio da jurisdição difusa, o controle de constitucionalidade das normas jurídicas postas em vigor é feito de forma concreta e incidental, por qualquer órgão jurisdicional. Significa dizer que, na jurisdição difusa, a questão constitucional é conhecida e apreciada de ofício ou sob arguição das partes (exceção) em qualquer processo que estas iniciarem e estiver em curso, limitado tal controle ao caso específico em julgamento, no qual a norma considerada inconstitucional deixará de ser aplicada pelo juízo. Na jurisdição concentrada, o mesmo controle de constitucionalidade é atribuído exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 102), provocado pelo

²⁰ Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 51.

reduzido elenco das pessoas legitimadas a tanto, enumeradas no texto da Constituição (Constituição Federal, artigo 103), em processo próprio, originado pelo ajuizamento de ação com pretensão declaratória de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade da norma jurídica ou ato normativo em vigor, cujo julgamento se insere no âmbito da sua competência original. Ao analisar a pretensão declaratória, julgando tal processo, o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma jurídica ou do ato normativo questionado, sob apreciação em tese, de modo que a declaração decisória tenha eficácia para todos (Constituição Federal, artigo 102, inciso I, alínea *a*).²¹

A coexistência simultânea, tradicional e democrática dos mencionados procedimentos, no sistema constitucional brasileiro, em sede difusa e em sede concentrada, leva à conclusão de que, no Estado brasileiro, toda jurisdição é

constitucional, pois os órgãos jurisdicionais, quaisquer que sejam, não só podem como devem apreciar as questões constitucionais suscitadas pelas partes, em qualquer processo, nos casos concretos levados à sua apreciação para julgamento.²²

Sendo assim, as normas dos artigos 487, parágrafo único, e 332, § 1º.; 382, § 4º.; 404, inciso V; 723, parágrafo único, e 140, parágrafo único; e 464, §§ 2º. e 3º., do Código de Processo Civil, deverão ter suas inconstitucionalidades arguidas, por violação ao devido processo legal (norma processual fundamental) pela parte interessada, naqueles processos em curso nos quais suas incidências forem consideradas ou aceitas pelo juízo, como questão de ordem constitucional (questão de mérito), em sede de controle difuso de constitucionalidade. Esta arguição (ou exceção²³) de inconstitucionalidade poderá e deverá ser feita de ofício ou em qualquer manifestação processual da parte que

²¹ Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 54.

²² Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 55.

²³ *Exceção* é qualquer forma de defesa utilizada no processo (cf. BRÊTAS *et alii*.

Estudo sistemático do NCPC, p. 125. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 252-253).

nela tenha interesse, na petição inicial, na contestação, na reconvenção, na réplica, nas alegações finais ou nos arrazoados recursais, sempre observado o efetivo contraditório.

Porém, quando o incidente de arguição de inconstitucionalidade estiver sendo discutido ou renovado ou suscitado em recurso, seu julgamento deverá observar o procedimento previsto nos artigos 948 a 949, do Código de Processo Civil, respeitada a cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 125 da vigente Constituição Federal, segundo a qual a inconstitucionalidade arguida somente poderá ser declarada com os votos da maioria absoluta dos integrantes do Tribunal ou de seu órgão especial competente para o julgamento do recurso, assim indicado no Regimento Interno dos Tribunais, nunca pelo seu órgão fracionário.²⁴

Considerações conclusivas

O texto do vigente Código de Processo Civil, a partir da sua Exposição de Motivos, revelou acentuada preocupação com sua constitucionalização, ao recomendar destacadamente a interpretação e aplicação de suas normas segundo a Constituição Federal, de forma a proporcionar o melhor rendimento possível às normas processuais fundamentais (artigo 1º.).

Essas normas processuais fundamentais, enumeradas no texto da Constituição, vivificadas no texto do Código de Processo Civil (artigos 3º., 4º., 6º, 7º., 8º., 9º. 10 e 11), formatam o processo constitucional ou modelo constitucional de processo, cuja vigagemestra é a “garantia-matriz” do devido processo legal (Constituição, artigo 5º., inciso LIV).

Assim, há de se compreender que o conjunto de normas destinadas à disciplina do processo assenta-se em uma norma jurídica que pode ser denominada *norma processual fundamental*, decomposta nos enunciados principiológicos que integram a garantia constitucional

²⁴ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 454-455.

processual matriz do devido processo legal.

Entretanto, o que foi projetado desde a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 e o que está recomendado na norma de seu artigo 1º. não foram bem concretizados em seu texto, notando-se inconstitucionalidades em alguns de seus preceitos normativos, ali se consagrando, em consequência, ao contrário do desejável, espécie de *indevido processo legal*, é o que se nota em seus artigos 487, parágrafo único, e 332, § 1º.; 382, § 4º.; 404, inciso V; 723, parágrafo único, e 140, parágrafo único; e 464, §§ 2º. e 3º.

Essas inconstitucionalidades podem e devem ser arguidas pelas partes, em qualquer processo em curso, de forma concreta e incidental, em sede do chamado controle jurisdicional difuso de constitucionalidade das normas jurídicas e atos normativos, a fim de que a norma acoimada inconstitucional não seja aplicada pelo juízo no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, v. 92, p. 225-240, out./dez. 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Aspectos técnicos e teóricos da prova no Novo Código de Processo Civil. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii* (Orgs.). *Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii*. *Estudo sistemático do NCPC*. 2ª. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. O processo constitucional na construção do Estado Democrático de Direito [livro eletrônico]. In: Alexandra Vilela *et alii* (Orgs.). *As Novas Fronteiras do Direito*. Porto: Universidade Lusófona do Porto/Edições Universitárias Lusófonas, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4ª. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. The constitutional process in the construction of the Law Democratic State. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, v. 103, p. 321-333, jul./set. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O Poder Judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e aristocracia. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, v. 106, p. 351-363, abr./jun. 2019.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo. Garantias constitucionais e processo. *Revista da AMAGIS (Associação Brasileira dos Magistrados)*, Belo Horizonte, v. V, p. 74-92, 1985.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14^a. ed. rev. atual. aum. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5^a. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil* [Teoria geral do processo]. 16^a. ed. reform. ampl. de acordo novo CPC. São Paulo: RT, 2016, v. 1.

SOBRE CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES

Alejandro ABAL OLIÚ²⁵

Sumario:

1. Capacidades y legitimaciones según Humberto BRISEÑO SIERRA.
2. Capacidades y legitimaciones según Dante BARRIOS DE ÁNGELIS.
3. De la necesidad de considerar las capacidades y legitimaciones respecto a todos los sujetos del proceso.
4. Conceptuación de cada una de las capacidades y legitimaciones (en general).
5. De las capacidades y legitimaciones de las partes y gestores (interesados principales).
 - 5.1. De los sujetos a los que en un proceso concreto se les imputan los efectos de los actos procesales correspondientes a los interesados principales (partes y gestores).
 - 5.1.1. Introducción.
 - 5.1.2. La capacidad para que se les puedan imputar los efectos de los actos procesales correspondientes a los interesados principales (capacidad para “ser interesado principal”).
 - 5.1.3. La legitimación en la causa para que en un proceso concreto se les puedan imputar los efectos de los actos procesales correspondientes a

los interesados principales (legitimación “en la causa”).

5.1.4. Acerca de la legitimación “sustancial”.

5.2. De los sujetos que en un proceso concreto realizan los actos procesales correspondientes a los interesados principales (partes y gestores)

5.2.1. Introducción.

5.2.2. La capacidad para realizar los actos procesales correspondientes a los interesados principales (capacidad “procesal”).

5.2.3. La legitimación para realizar en un proceso concreto los actos procesales correspondientes a los interesados principales (legitimación “procesal”).

1. CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES SEGÚN HUBERTO BRISEÑO SIERRA

En su extensa y particularmente completa obra titulada *Derecho Procesal*²⁶ el Prof. Humberto BRISEÑO SIERRA presenta un muy erudito recorrido de una buena parte de las manifestaciones doctrinarias más recibidas hacia fines de la década de 1960, respecto a los conceptos propios de parte y, en especial, respecto de las capacidades y

²⁵ Profesor Titular de Derecho Procesal (Facultades de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Centro Latinoamericana de Economía Humana, Uruguay. Director de Posgrados de Procesal en la Universidad de la República. Integrante del Sistema Nacional de

Investigadores (S.N.I.) de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (A.N.I.I.), Uruguay.

²⁶ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Cárdenas editor, México, 1970, vol. IV, págs. 47 y sigts.

legitimaciones atendidas por el Derecho Procesal.

Luego de considerar a las partes y lo que sobre ellas se ha dicho y él mismo termina entendiendo, releva BRISEÑO SIERRA, con singular capacidad de síntesis y crítica, las ideas respecto a la capacidad para ser parte y a la concreta capacidad procesal expresadas por CARNELUTTI, CARLOS, DEVIS ECHANDÍA, DELLA ROCCA, etc., distinguiendo a su turno ambos institutos y empleando en su discurso para precisarlos los conceptos de “aptitud” y “actitud”.

A continuación encara BRISEÑO SIERRA la legitimación, en sus variedades de “legitimatio ad causam” y “legitimatio ad processum”, resumiendo las ideas que sobre ellas expusieran CARLOS, DELLA ROCCA, CALAMANDREI, ROSENBERG, CARNELUTTI, LEONE, ALCALA ZAMORA, LEVENE (h.), DEVIS ECHANDÍA y LORETO. Y luego, con lucidez de académico e inteligencia de práctico a la vez, señala sobre todo lo expuesto

(sobre legitimación) que: “*Asombra el esfuerzo realizado en todas las escuelas, pero más que nada que no se hayan considerado las consecuencias prácticas que, una vez, hacen inútil el concepto, y otras lo convierten en algo tan complejo y de tan difícil inteligencia, que poco ayuda a las resoluciones*”²⁷.

Empero, al finalizar el análisis personal que de las legitimaciones realiza, en conclusión que como se verá actualmente -por cierto que muchas décadas más tarde- me atrevo a no compartir, BRISEÑO SIERRA señala que: “*Sin embargo, la doctrina ha llegado ya a un punto aceptable, cuando con Carnelutti niega la separación entre legitimatio ad causam y legitimatio ad processum. No es, desde luego, que las razones que exponga este autor sean convincentes, porque su intención es eliminar el vocablo interés procesal. Pero si hay certeza en la afirmación, con la cual Loreto coincide, en el sentido de que se ha de hablar de legitimación sin más calificativos*”²⁸.

²⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto, ob. cit. nota 1, pág. 82.

²⁸ BRISEÑO SIERRA, Humberto, ob. cit. nota 1, pág. 86.

La presente ponencia que se presenta al XXV Encuentro Internacional del Instituto Panamericano de Derecho Procesal pretende contribuir a homenajear al insigne Profesor y fundador de nuestro Instituto Humberto BRISEÑO SIERRA, en cuyo pensamiento tienen en definitiva origen mediato muchas de las reflexiones que se exponen a continuación.

2. CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES SEGÚN BARRIOS DE ÁNGELIS

Una década después de publicada esta obra de BRISEÑO SIERRA a la cual he hecho referencia, otro insigne Maestro del Derecho Procesal y también compañero del anterior en cuanto integrante del cuerpo de académicos fundadores del Instituto Panamericano de Derecho Procesal -el Prof. uruguayo Dante BARRIOS DE ÁNGELIS- incluye en su *Teoría del Proceso* un capítulo destinado a considerar la “Teoría de los Sujetos del Proceso”²⁹.

²⁹ BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Teoría del Proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1979, págs. 115 y sigts.

En esta Teoría, que por obvias razones temporales no pudo ser tenida en cuenta por BRISEÑO SIERRA en su precitada obra, con notable lucidez BARRIOS DE ÁNGELIS expone todos los avances que a esa altura su pensamiento ha logrado respecto a las nociones claves de sujetos del proceso, tribunal y partes, para abocarse luego a la consideración de los conceptos de capacidad y legitimación.

Dirá respecto a estos últimos, en pasajes que en algunos puntos coinciden con lo expuesto por BRISEÑO SIERRA pero que en otros claramente innova, que deben distinguirse la “capacidad para ser parte”, la “capacidad para estar en juicio” (capacidad procesal), la “capacidad de postulación”, la “legitimación causal”, la “legitimación sustancial” y la “legitimación procesal”.

Sintetizando, sobre la capacidad para ser parte expresa BARRIOS DE ÁNGELIS que: “*corresponde a todo sujeto jurídico; persona física o jurídica; significa*

que ella, y por ella sus representantes o sustitutos pueden demandar o gestionar; también que puede ser demandada”³⁰ (5).

De la capacidad para estar en juicio o capacidad procesal, señala que: *“requiere un grado mayor de excelencia. No basta ya, como en el caso anterior, con haber nacido viable y haber vivido 24 horas. Importa un conocimiento de los propios actos y negocios, una capacidad para discurrir y resolver que excluye a los sometidos a patria potestad, a tutela, a concurso, etc. Equivale a la capacidad de ejercicio del derecho civil –no es idéntica– y se la califica, generalmente, como capacidad procesal*”³¹.

A su turno la capacidad de postulación sería *“la especial aptitud para desempeñar las profesiones legales – abogacía, procuración, etc.”*³².

En cuanto a la legitimación causal, BARRIOS DE ÁNGELIS la define como *“la razonable posibilidad de que quienes se*

atribuyen, o a quienes se atribuye, la implicación en los intereses específicos del objeto sean sus efectivos titulares. Dicho de otro modo, la razonable posibilidad de que sean partes materiales”³³.

De la legitimación sustancial, a la cual la Doctrina Procesal no refiere hasta BARRIOS DE ÁNGELIS - aunque en realidad sin denominarla así la reconoce con frecuencia la Jurisprudencia- expresa que: *“Consiste en la efectiva pertenencia de la situación sustancial (o relación jurídica sustancial, en el lenguaje corriente) al sujeto al que se la atribuye, o a quien se asume como titular. Su noción es paralela a la de la efectiva existencia del derecho sustancial (o procesal) pretendido o asumido como objeto. Pero, obviamente, difiere de aquélla; una cosa es que exista el préstamo y no se haya efectuado el pago (fundamento de la acción), y muy otra que quien reclama sea el efectivo acreedor (legitimación sustancial); un hecho es el cuerpo del delito; otro, que el*

³⁰ BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, ob. cit. nota 3, pág. 129.

³¹ BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, ob. cit. nota 3, págs. 129/130.

³² BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, ob. cit. nota 3, pág. 130.

³³ BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, ob. cit. nota 3, pág. 130.

imputado sea su autor. (...) según hemos expresado antes, puede haber legitimación causal y no ser los legitimados los titulares de las relaciones cuestionadas. Existió razonable posibilidad de la titularidad, pero en definitiva resultó la inexistencia de la titularidad”³⁴.

Finalmente define BARRIOS DE ÁNGELIS la legitimación procesal: *“es la aptitud que permite el ejercicio de las funciones correspondientes a los estatutos de parte y de tercero. Se presupone, como en todas las legitimaciones, la condición (de que sea) en un proceso determinado”³⁵.*

3. DE LA NECESIDAD DE CONSIDERAR LAS CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES RESPECTO A TODOS LOS SUJETOS DEL PROCESO

Sobre todos estos desarrollos de BARRIOS DE ÁNGELIS que en forma muy resumida he expuesto, continúe en lo personal trabajando durante los últimos años, al comienzo –mientras aún físicamente no nos

había dejado– en permanente diálogo con el propio Profesor.

En tal sentido he entendido –en valoración compartida con BARRIOS DE ÁNGELIS– que era razonable y altamente conveniente plantear el tema de las capacidades y legitimaciones no solamente en relación a las partes, sino en un marco comprensivo de todos los sujetos que participan en el proceso jurisdiccional; esto es, las dos clases de sujetos principales o necesarios: el Tribunal y los Interesados Principales (concepto el segundo que comprende a las partes del proceso contencioso y a los gestores o simples interesados del proceso voluntario), y las dos clases de sujetos auxiliares o eventuales: auxiliares del tribunal (testigos, peritos, informantes, tasadores, rematadores, depositarios, etc.) y auxiliares de los interesados principales (asistentes técnicos, vale decir abogados).

Dicho planteo obedeció a la observación de que el Derecho Procesal requiere capacidades y legitimaciones no solo de los

³⁴ BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, ob. cit. nota 3, págs. 131/132.

³⁵ BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, ob. cit. nota 3, pág. 132.

interesados principales (nuevamente partes y gestores), sino también de todos los otros sujetos del proceso -es decir de las otras tres clases de sujetos- y que a esa altura las exigencias académicas ya indicaban que debía abordarse una teoría unitaria sobre dichas capacidades y legitimaciones.

Por otro lado, de la consideración de lo que sucede –ya preanunciada por BARRIOS DE ÁNGELIS- resulta que la llamada capacidad para ser cada clase de sujeto (tribunal, interesado principal, auxiliar del tribunal (como testigo, perito, etc.) o auxiliar de los interesados principales (abogado), así como la llamada legitimación en la causa, se requieren por el Derecho Procesal de los sujetos a los que se imputan los efectos de los distintos actos procesales que a ellos corresponden; en tanto por su lado las denominadas capacidad procesal y legitimación procesal se requieren por el Derecho Procesal de los sujetos que efectivamente realizan tales actos

procesales (eventualmente los mismos a los que se les imputan, pero en ocasiones otros sujetos diferentes, como los padres o tutores del menor, los representantes de las personas jurídicas, los apoderados, etc.).

Resumiendo, entiendo que todo ello conduce a la razonabilidad de proceder a analizar por separado a cada una de las cuatro categorías de sujetos (tribunal, interesados principales, auxiliares del tribunal y auxiliares de los interesados principales), y dentro de cada una de dichas categorías examinar por un lado al sujeto al que se le imputan efectivamente los actos (por ejemplo, tratándose de actos correspondientes al tribunal el sujeto al que se imputan los actos es –al menos en el Derecho uruguayo- el Estado o un tribunal arbitral), y por otro lado al sujeto que efectivamente los realiza (que en el caso del Tribunal será un juez si el sujeto de imputación es el Estado, o un árbitro o quién se designe para representarlo, si el sujeto de imputación es un tribunal arbitral)³⁶.

³⁶ABAL OLIÚ, Alejandro, *Derecho Procesal*, tomo I, 7ma. ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2018, págs. 216/217: “*Toda experiencia procesal pone inmediatamente en evidencia que en un*

proceso (como en toda actuación jurídica en general) es posible distinguir entre, por una parte, los sujetos a los que se imputan (o sobre quienes recaen) los efectos de los actos procesales propios o ajenos (que en

De esta manera y como se verá, considero –a esta altura con buena parte de la Doctrina que así lo comparte– que los requisitos (o bien presupuestos si así se prefiere denominarlos) de capacidad para ser sujeto y legitimación en la causa, pueden definirse con una comprensión que abarque a todas las clases de sujetos a los que se imputan

realidad son los únicos sujetos a quienes debemos denominar, con propiedad, ‘tribunal’, ‘actor’, ‘demandado’, ‘gestor’, ‘perito’, ‘testigo’, ‘abogado’, etc.), y, por otra parte, los sujetos que efectivamente realizan los actos procesales que se imputan a los anteriores (se trata de la habitual distinción entre ‘parte en sentido material’ y ‘parte en sentido formal’, pero extendida más allá de las partes, hasta alcanzar a todos los sujetos del proceso). Así, por ejemplo, encontramos que cierta persona física presenta una demanda y que, sin embargo, los efectos de esa presentación de la demanda no se le imputan a la misma sino a otro sujeto (como su hijo menor de edad o una sociedad anónima); o que un juez dicta una sentencia y, no obstante, los efectos de la misma se imputan a otra persona distinta de ese juez (el Estado, que es el tribunal del proceso); o que una persona física responde a una solicitud de informes requerida en etapa probatoria por el juez y que, pese a ello, los efectos del acto de informar son imputados a la persona jurídica a la que el tribunal requirió tal informe y no a aquella persona física que lo realizó y lo suscribió; etc. Empero, esta distinción entre los sujetos que realizan los actos procesales y los sujetos a los que se le imputan los efectos de los mismos –distinción que pareciera tan clara– se torna francamente dificultosa cuando, como a menudo ocurre, el sujeto que realiza el acto es el mismo al cual le son imputados los efectos de ese acto procesal. Sin embargo esta última

(los efectos de) actos procesales, aunque luego deberá concretarse lo exigible para una de las clases de tales sujetos, que siempre será diferente.

Por otro lado los requisitos de capacidad procesal y legitimación procesal igualmente pueden definirse con una comprensión que abarque a todas las clases de sujetos que

observación no es un obstáculo para distinguir siempre a las dos clases de sujetos (aquellos que realizan los actos procesales y aquellos a los que se les imputan los efectos de los actos procesales), puesto que en los casos mencionados en último término simplemente ocurre que los dos sujetos –que técnicamente son diferenciables y que podrían ser distintos– coinciden. Y, según veremos, esta distinción entre los sujetos a los que se imputan los efectos de los actos procesales y los sujetos que los realizan –distinción que, nuevamente, abarca absolutamente a todos los sujetos del proceso y no sólo a las partes como habitualmente se plantea (vale decir, que abarca al tribunal, a los interesados principales, a los auxiliares del tribunal y a los auxiliares de los interesados principales)- no carece de importancia. Bien por el contrario, ella es fundamental para comprender el proceso jurisdiccional, pues para que los actos procesales de cualquier clase de sujeto sean admisibles es preciso –entre otras cosas que veremos al estudiar los actos procesales en la Quinta Parte de esta Obra (tomo III)– que cumplan con cuatro requisitos subjetivos, y ocurre que estrictamente dos de ellos refieren a los sujetos a los que se les imputan los efectos de los actos procesales (capacidad para ser sujeto y legitimación en la causa), en tanto los otros dos corresponden a los sujetos que realizan los actos procesales (capacidad procesal y legitimación procesal)”.

efectivamente realizan tales actos procesales, bien que también en su caso luego deberá concretarse lo exigible para cada clase de sujetos que realiza tales actos procesales.

4. CONCEPTUACIÓN DE CADA UNA DE LAS CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES (EN GENERAL)

En este sendero señalado en el apartado anterior he propuesto que la capacidad para ser un sujeto al que se le imputen actos procesales es una aptitud que debe tener ese sujeto a quien se imputan los efectos de los actos procesales (los actos correspondientes a la clase de sujetos a la que él pertenece: tribunal, actor, testigo, etc.), y que ella existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas a su persona, y que varían según cual sea el Derecho Procesal Positivo que se está examinando y cual sea la clase de sujeto de que se trate.

Estas circunstancias a las que ahora hacemos referencia son siempre

“intrínsecas”; esto es, se trata de circunstancias que forman parte de la naturaleza íntima del sujeto (como lo son, por ejemplo, la pertenencia al género humano, el sexo masculino, el tener dieciocho años de edad, la nacionalidad uruguaya, la calificación como abogado, etc.), que por ello siempre le acompañan y que, por lo mismo, se tendrán por ese sujeto sin que sea necesaria para su existencia ninguna relación del mismo con entidades exteriores a su persona (como en cambio sí ocurre cuando, por ejemplo, se exige la existencia de un vínculo de amistad o de parentesco con otra persona, o de un vínculo de interés respecto a la requisitoria comprendida en el objeto de un proceso, etc.).

Asimismo debe tenerse presente que estas circunstancias intrínsecas varían según el Derecho Procesal Positivo y según la clase de sujeto de que se trate, por lo que es imposible incorporar a un concepto global como el que ahora se analiza el detalle de esas circunstancias³⁷.

³⁷ Para dejar en evidencia esta variabilidad, puede señalarse a sólo título de ejemplo que muy distintos eran los requisitos intrínsecos que configuraban la aptitud para ser parte en ciertos Derechos Positivos del Medioevo,

donde a menudo no se exigía ni siquiera que el sujeto perteneciera al género humano o que fuera una persona no fallecida (y así en algunos lugares era posible iniciar un proceso contra un animal -no contra su

A su turno he entendido que la legitimación en la causa (expresión habitualmente empleada por Doctrina y Jurisprudencia hacer referencia a este requisito pero sólo en relación a las partes, y que yo entiendo que es exigible para todo sujeto del proceso), consiste en una aptitud que debe tener el sujeto para que se le puedan imputar los efectos de los actos procesales (los actos correspondientes a la clase de sujetos a la que el mismo pertenece: tribunal, actor, testigo, etc.), y que existe cuando se presenta cierta circunstancia extrínseca a su persona,

propietario, sino contra el animal mismo, como sujeto del proceso al que incluso se le designaba un defensor para que lo representase- y era también posible seguir un proceso contra una persona fallecida, a la que -también como sujeto del proceso- igualmente se le nombraba un representante y luego eventualmente se le podía aplicar una pena, como el desenterrar su cadáver y decapitarlo), y que otros muy distintos son los requisitos intrínsecos que configuran esa aptitud para ser parte en el actual Derecho Procesal uruguayo, donde -entre otras cosas- se exige que el sujeto pertenezca al género humano y que no haya fallecido.

Por otro lado, aún dentro de un mismo Derecho Procesal positivo como el uruguayo, son muy diferentes los requisitos intrínsecos que configuran la aptitud para ser parte o gestor (concretamente, ser un sujeto concebido perteneciente al género humano y no haber fallecido, o ser una persona jurídica reconocida y no extinguida), de los requisitos intrínsecos que configuran la aptitud para ser tribunal

consistente en un vínculo entre ella y el objeto del concreto proceso al que corresponde el acto procesal³⁸.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la capacidad antes estudiada, esta circunstancia a la que se hace referencia (consistente, como recién he señalado, en un vínculo entre el sujeto y el objeto del proceso al que corresponde el acto concreto), es en este caso siempre “extrínseca”. Ello significa que se trata de una circunstancia que no forma parte de la naturaleza íntima del individuo y que, por tal razón, para un mismo sujeto puede darse en algunos casos y en

(concretamente, ser la persona jurídica mayor de Derecho Público llamada Estado uruguayo, o -en el caso de tratarse de un tribunal arbitral- pertenecer al género humano, tener veinticinco años de edad, hallarse en el pleno goce de los derechos civiles, etc.).

³⁸ Se trata pues, de un requisito que “legítima” (hace legítima) la intervención de un sujeto en una “causa” (en un proceso jurisdiccional) concreta; y si bien puede decirse que la capacidad antes estudiada y la capacidad y la legitimación procesal (procesales) que a continuación veremos, también son requisitos necesarios para que sea “legítima” la participación de un sujeto en un proceso o causa, lo cierto es que como BRISEÑO SIERRA destacara para no modificar una denominación ya tradicional el término “legitimación” lo continuamos empleando solamente para identificar a los requisitos extrínsecos al sujeto (es decir, a esta legitimación en la causa, a la legitimación procesal propiamente dicha y a la legitimación sustancial).

otros no (como ejemplo, el mismo sujeto siempre tendrá -o no- capacidad para ser actor en procesos judiciales, pero en cambio a veces tendrá y a veces no tendrá legitimación en la causa para intervenir en procesos concretos: es que, como se ha dicho, el vínculo entre su persona y el objeto de un proceso concreto -ese vínculo que crea la legitimación en la causa- a veces existirá y a veces no).

³⁹ Así, en Uruguay y a fin de que un sujeto tenga legitimación en la causa para que se le puedan imputar los efectos que correspondan al tribunal de los actos procesales (esto es, para que pueda “ser tribunal” en un proceso concreto), es preciso que entre ese sujeto y el objeto del proceso concreto exista un vínculo que determine que ese objeto lo juzgará tal sujeto; y ese vínculo o bien deberá surgir de una cláusula compromisoria (o de un compromiso arbitral) o de una norma legal que establezca el arbitraje necesario (en este caso último caso más un compromiso arbitral o de la designación del árbitro por terceros previstos o por un tribunal estatal: art. 480.4 C.G.P.); o bien deberá surgir de las normas subsidiarias de la Constitución Nacional (generalmente implícitas) que indican que, cuando no hay para ese proceso concreto ni cláusula compromisoria ni una norma legal de arbitraje necesario, tal vínculo entre el Estado y el objeto de un proceso concreto existe automáticamente. En cambio, en otro hipotético Derecho Procesal positivo el nacimiento del vínculo a través de una cláusula compromisoria podría no ser admisible (de donde un sujeto solamente podría estar vinculado como tribunal a un proceso si para ese proceso concreto existe arbitraje legal necesario o,

Por otro lado y al igual que sucede con la capacidad antes considerada, las características de ese vínculo que genera la legitimación en la causa varían según de que Derecho Procesal Positivo y de que clase de sujeto se trate³⁹.

En cuanto a la capacidad procesal requerida para poder no ya ser sujeto de imputación de los efectos de los actos procesales, sino para poder efectivamente realizarlos, es una aptitud que debe tener el sujeto

de no existir el mismo, si se trata del Estado como persona jurídica mayor de Derecho Público). Por otro lado y siguiendo siempre con ejemplos, a fin de que un sujeto tenga legitimación en la causa para que se le puedan imputar los efectos de los actos que se realicen en un proceso concreto y que correspondan al tribunal, el Derecho Procesal uruguayo establece que el vínculo entre ese sujeto y el objeto del proceso debe existir a través de alguno de los medios que se indicaron en el párrafo anterior. En cambio, como más adelante veremos, cuando se trata de analizar como debe ser el vínculo entre el sujeto y el objeto del proceso concreto, para que ese sujeto tenga legitimación en la causa a fin de que se le puedan imputar los efectos que correspondan al demandado de los actos que se realicen, según el Derecho Procesal uruguayo ese vínculo existirá cuando el sujeto haya sido individualizado (por el actor) como demandado y, además, de la demanda surja que probablemente él es el titular del perjuicio que derivaría si el tribunal satisface injustamente (vale decir, sin que esa satisfacción realmente correspondiera según el Derecho) la pretensión del actor.

que realiza un acto procesal correspondiente a una clase de sujeto (como tribunal, actor, demandado, testigo, etc.), y que existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas a su persona, que también varían según de que Derecho positivo se trate y de que clase de sujeto sea al que se le imputa el acto procesal en cuestión.

Al igual que cuando analizábamos la capacidad para ser un sujeto al que se le puedan atribuir o imputar los efectos de los actos procesales, debemos ahora preguntarnos cuáles son las circunstancias intrínsecas con las cuales se conforma la aptitud estudiada, y que varían según de que Derecho positivo y de que clase de sujeto se trate. Y de la misma forma que anotábamos al

analizar aquella capacidad, debemos también ahora tomar nota de que tales circunstancias son siempre “intrínsecas” al sujeto. Ello significa, una vez más, que se trata de circunstancias que forman parte de su naturaleza íntima y que, por tanto, siempre le acompañan y son independientes de cualquier conexión entre el sujeto y una entidad extraña a él. Mas, ¿no serán las circunstancias intrínsecas que conforman esta capacidad exactamente las mismas que conformaban aquella otra capacidad que hace poco hemos estudiado? Es claro que en algunos casos así es, pero en otros, particularmente cuando se trata de los interesados principales, la observación demuestra que no⁴⁰.

⁴⁰ Constituye un ejemplo de lo primero el supuesto de la capacidad que se exige a los sujetos a los que se les pueden imputar los efectos, correspondientes a un tribunal arbitral, de los actos procesales, y de la capacidad que se exige a los sujetos que efectivamente realizan los actos correspondientes a un tribunal arbitral (pues para tener ambas capacidades se exige en nuestro Derecho la existencia de idénticas circunstancias intrínsecas: ser un individuo del género humano, mayor de veinticinco años de edad, etc.).

En cambio, además del obvio y conocido que se presenta en el caso de, por un lado, los sujetos a los que se atribuyen los efectos de los actos procesales correspondientes a

las partes y, por otro lado, los sujetos que realizan los actos correspondientes a las partes, un ejemplo de falta de coincidencia existe en el caso de, por un lado, el Estado uruguayo como sujeto al que se imputan los efectos de los actos procesales correspondientes a ese tribunal y, por otro lado, los sujetos que realizan los actos correspondientes al tribunal (ejemplo en el que la capacidad del primero se conforma por su existencia como persona jurídica de Derecho Público, y en cambio la capacidad de los segundos se conforma con su calidad de titulares de un órgano jurisdiccional del Estado, lo que además implica un acto de designación que supone la pertenencia de dicho sujeto al género humano, cierta edad

En cualquier caso lo que importa ahora destacar es que también estas circunstancias que se exigen para que exista capacidad procesal varían según de que Derecho positivo y de que clase de sujeto se trate⁴¹.

Finalmente, en lo que guarda relación con la legitimación procesal (no ya la legitimación causal), por una cierta dificultad en distinguirla de la capacidad procesal una buena parte de la doctrina ha terminado negando su existencia independiente (o al menos la ha puesto en duda), absorbiendo en todo caso su consideración dentro de la propia de la capacidad procesal.

No obstante, siguiendo especialmente el surco abierto por BARRIOS DE ÁNGELIS (y aún cuando me permita disentir con este Profesor en algún aspecto menor),

variable según de que órgano sea titular, en ciertos casos el haber obtenido el título de abogado, etc.).

⁴¹ Efectivamente, unas serán en el Derecho Positivo de Uruguay, como ejemplo, las circunstancias que deben existir para que se posea la capacidad para realizar los actos correspondientes a las partes y otras, también como ejemplo, las circunstancias que al mismo efecto deben existir según otro Derecho positivo (así respecto a la edad: dieciocho años en Uruguay y quizás veinte o veintiuno en otro país). Y en cuanto a la clase de sujeto de que se trata, unas son en Uruguay las cir-

considero que no sólo es posible sino que resulta necesario estudiar a la legitimación procesal como un requisito independiente de la capacidad procesal.

En tal sentido puedo expresar que la legitimación procesal es una aptitud que debe tener el sujeto que realiza un acto procesal correspondiente a una clase de sujeto (como tribunal, actor, demandado, testigo, etc.), y que existe cuando se presenta cierta circunstancia extrínseca a su persona, consistente en un vínculo, un vínculo entre ella y el sujeto al que corresponde y se le imputa ese acto (es decir, aquel tribunal, actor, demandado, testigo, etc.); vínculo cuyas características también varían según de que Derecho positivo y de que clase de sujeto se trate.

cunstancias que se exigen para realizar los actos procesales correspondientes a las partes y gestores (genéricamente, pertenecer al género humano, tener dieciocho años de edad -arts. 1278 y numeral 2° del art. 280 del Código Civil, conforme redacción dada por la ley n° 16.719- y no haber sido declarado incapaz, etc.), y otras son, en cambio, las circunstancias que se exigen en general y en nuestro mismo Derecho para realizar los actos procesales correspondientes a los testigos (también pertenecer al género humano, pero tener catorce y no dieciocho años de edad, etc.).

¿Cuál es, en este caso, la circunstancia extrínseca con la que se conforma la aptitud analizada? No volveremos sobre el concepto de “circunstancia extrínseca”, ya desarrollado al analizar la legitimación en la causa, pero resulta en cambio preciso determinar en que consiste esta circunstancia que nos ocupa (que es totalmente diferente de la que conforma aquella otra legitimación). Y bien, como expresara al brindar el precedente concepto, esta circunstancia siempre consiste en la existencia de un vínculo entre el sujeto que realiza el acto y aquel sujeto al que corresponde y se le imputa esa clase de acto (así, por ejemplo, un vínculo entre el sujeto que presenta la contestación de la demanda y el sujeto al que corresponde contestar la demanda).

Pero el vínculo que se exige que exista entre los dos sujetos no siempre es el mismo.

⁴² Por otra parte, aún dentro de un mismo Derecho el vínculo varía según cual sea el sujeto considerado, y así dentro del Derecho Procesal de Uruguay el vínculo que debe existir entre el Estado actuando como tribunal y el sujeto que realiza el acto procesal correspondiente (es decir el juez, titular del órgano judicial con competencia), debe ser necesariamente un vínculo de representación orgánica; en tanto

En efecto, a modo de ejemplo, si bien en el Derecho Procesal uruguayo el vínculo entre el sujeto que realiza un acto propio de un árbitro y el sujeto al que tal acto corresponde (el árbitro) debe ser siempre un vínculo de identidad (debe ser el mismo sujeto aquel que realiza el acto y aquel al cual se le imputa el mismo), en otro Derecho positivo (como suele darse en el ámbito del Derecho Internacional Público) podría también admitirse que ese vínculo sea de representación (es decir, que quien realiza el acto propio de un árbitro sea un sujeto diferente del árbitro, actuando en virtud de un poder que lo habilita para representar al último)⁴².

Una última consideración antes de proseguir con el análisis concreto de estos requisitos o presupuestos en relación a los interesados principales (partes y gestores)⁴³.

Se trata de que para mejor explicar todo lo expuesto me parece

el vínculo que debe existir entre el abogado y el sujeto que realice los actos de asistencia letrada correspondientes a ese abogado, debe ser necesariamente un vínculo de identidad (no admitiéndose en nuestro Derecho, aunque sí en otros, un vínculo de representación).

⁴³ En oportunidad de lo cual también trataré de identificar a la legitimación “sustancial”, que como su propio nombre lo indica no es

oportuno detenerme en analizar si entre estos cuatro requisitos merece que nos detengamos a fin de considerar si entre ellos existen relaciones de dependencia o si, por el contrario, son requisitos independientes entre sí (esto es, si pueden existir o no con independencia de que se presenten los demás requisitos).

Y la respuesta será que se trata de requisitos totalmente independientes.

Para ratificar tal conclusión, y sin perjuicio de que la cabal comprensión del ejemplo que se dará solamente se podrá obtener una vez estudiados los denominados “interesados principales”, veamos el caso de un acto procesal de un demandado: la contestación de la demanda.

Supongamos que la contestación de una demanda de cobro de pesos es imputada a un demandado que es en realidad una institución deportiva amateur que carece de personería jurídica pero que – según los términos de la demanda (equivocados pues no

ya un requisito para que pueda prosperar el proceso, sino un requisito para que pueda

es persona jurídica, y por lo tanto no puede contratar) – sería la que habría contratado al actor. En tal caso el sujeto al que se imputa la contestación de la demanda (la referida institución sin personería jurídica) tendría legitimación en la causa, pero sin embargo carecería de capacidad para ser un sujeto al que se le pueden imputar los efectos de un acto procesal correspondientes a un demandado (como el tener por contestada la demanda).

De manera que es posible que un sujeto no tenga capacidad para que se le imputen los efectos de un acto procesal correspondientes al demandado, y que sin embargo posea legitimación en la causa para ello (y la distinción, como veremos, importa, puesto que – entre otras cosas que se regulan de distinta forma para uno y otro requisito – a efectos de analizar la existencia de esa capacidad para ser demandado en el Derecho uruguayo debe tomarse en cuenta una presunción simple que ni siquiera es necesario mencionar, en tanto la existencia de la legitimación en la

satisfacerse la pretensión obteniendo una sentencia favorable.

causa debe resultar directamente de lo que se diga en el texto de la demanda).

Imaginemos ahora que la contestación de la demanda es atribuida a una institución que sí tiene personería jurídica, pero que manifiestamente no es quien – según los términos de la demanda – debió ser demandada en el caso concreto (o sea que no tiene legitimación en la causa para ser demandada en ese proceso), y que el acto correspondiente (de presentar esa contestación) es realizado por un sujeto que es mayor de edad (y que no está afectado por demencia o sordomudez que le impida expresarse por escrito, como exige el Derecho uruguayo para tener capacidad procesal), y que además ha sido designado apoderado de la institución demandada (por lo que también tiene legitimación procesal). En este caso, encontraremos que el sujeto al que se imputan los efectos del acto de contestar la demanda y que corresponden al demandado (o sea esa institución con personería jurídica), tiene capacidad para ser demandado, así como que quien presentó la

contestación (su apoderado) tiene tanto capacidad procesal como legitimación procesal. Sin embargo al primero -al sujeto al que se le imputan los efectos del acto (la institución demandada)- le falta legitimación en la causa para ser demandado.

Veamos finalmente y naturalmente que sin agotar todos los casos posibles que podrían imaginarse, el supuesto de una contestación de la demanda imputada a una institución con personería jurídica (es decir con capacidad para ser demandada), que además es quien -según los términos de la demanda- debió ser demandada (o sea con legitimación en la causa para ser la demandada en proceso concreto), pero en el que esa contestación de la demanda es presentada por un menor, aún cuando con un poder en forma al efecto (debe señalarse que –al menos en Uruguay- el negocio jurídico de apoderamiento procesal no exige para su validez la mayoría de edad del apoderado, sin perjuicio de que ese apoderado no pueda actuar hasta tener la mayoría de edad). En este caso estaremos ante un ejemplo donde el sujeto al que se imputan los efectos

del acto de contestar la demanda correspondientes al demandado tiene capacidad para ser demandado y legitimación en la causa como tal, no obstante lo cual el sujeto que realiza el acto (en el caso el apoderado), aún cuando tiene legitimación procesal, carece sin embargo de capacidad procesal.

En definitiva y según se advertirá con los ejemplos propuestos, es posible que un individuo no tenga capacidad para ser sujeto pero que igual tenga legitimación en la causa; es posible que ese individuo posea capacidad para ser sujeto pero que le falte legitimación en la causa; es posible que el sujeto que realiza efectivamente el acto procesal tenga capacidad procesal y legitimación procesal aún cuando el sujeto al que se imputa el acto carezca de legitimación en la causa; es posible que se presenten todos los otros requisitos y el sujeto que realiza el acto carezca de capacidad procesal; es posible que estén todos los otros requisitos y el sujeto que realiza el acto carezca de legitimación procesal; etc. Se trata entonces de requisitos

independientes entre sí (requisitos que no sólo exigen circunstancias distintas para su configuración, sino que su contralor y las consecuencias de su ausencia también están a menudo reguladas de diferente forma).

5. DE LAS CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES DE LAS PARTES Y GESTORES (INTERESADOS PRINCIPALES)

5.1. De los sujetos a los que en un proceso concreto se les imputan los efectos de los actos procesales correspondientes a los interesados principales (partes y gestores)

5.1.1. Introducción

Conforme entiendo siguiendo en particular a BARRIOS DE ÁNGELIS, los interesados principales son aquellos sujetos que propiamente están colocados, en un proceso concreto, en la situación jurídica procesal que les otorga el derecho de acción o el derecho de contradicción (y para algunos autores, como un derecho diferente del de acción, el derecho de gestión, que les permite

iniciar y proseguir un proceso voluntario), y a los que, en consecuencia, se imputan los efectos, correspondientes a los interesados principales, de los actos procesales.

Según lo expresado, para la doctrina tradicional que el mismo BRISEÑO SIERRA menciona estos sujetos serían los “integrantes de las partes (o interesados principales) en sentido material”, distinguiéndoselos así de los que la misma doctrina tradicional califica como sujetos “integrantes de las partes (o interesados principales) en sentido formal”.

Mas, ¿cualquier sujeto puede ser interesado principal (actor, demandado, gestor) en un concreto proceso jurisdiccional? Esto es, ¿qué presupuestos o requisitos debe reunir un sujeto para poder ser interesado principal; vale decir, para que se le puedan imputar los efectos (correspondientes a los interesados principales) de los actos procesales en un concreto proceso jurisdiccional?

Dichos requisitos son, como sucede respecto a cualquier sujeto del proceso y volveremos a ver más detenidamente a continuación, la

capacidad para ser interesado principal y la legitimación en la causa al mismo efecto.

5.1.2. La capacidad para que se les puedan imputar los efectos de los actos procesales correspondientes a los interesados principales (capacidad para “ser interesado principal”)

Retomando ahora el concepto genérico sobre capacidad para ser un sujeto al que se le pueden atribuir los efectos de los actos procesales (es decir para ser un sujeto del proceso), y concretándolo ahora en los interesados principales, entiendo que esta capacidad puede definirse como una aptitud que deben tener los sujetos (que denominamos interesados principales) a quienes se imputan los efectos de los actos procesales correspondientes precisamente a su calidad de interesados principales, y que ella (esa aptitud) existe cuando se presentan ciertas circunstancias “intrínsecas” a tales sujetos.

Estrictamente esta capacidad es independiente de la legitimación en la

causa que puedan tener esos mismos sujetos (por lo cual, además de poder reunir las dos o no tener ninguna, un sujeto puede tener, indistintamente, una de estas dos aptitudes y no poseer la otra).

¿Cuáles son esas circunstancias “intrínsecas” que para poseer tal capacidad exige actualmente el Derecho Procesal de Uruguay?

Partiendo de que ya conocemos el significado de la expresión “circunstancias intrínsecas” (que nos permite diferenciar la naturaleza de las mismas de la naturaleza de las “circunstancias extrínsecas” que requiere la legitimación en la causa), vemos que en el caso de los interesados principales (sean los actores, los demandados, el Estado cuando participa a través de la intervención del Ministerio Público actuando como tercero, o los gestores) dichas circunstancias coinciden con las que se exigen, en general, para que un individuo pueda ser sujeto de Derecho.

En efecto, nuestro Derecho Procesal uruguayo, por ejemplo, nada indica respecto a las circunstancias o requisitos que configuran esta

capacidad (si lo hace, en cambio, en relación a otros sujetos como el tribunal o como varios los sujetos auxiliares), limitándose, en disposiciones como las del art. 11.1 del C.G.P., a señalar que debe tratarse de “personas”; por lo cual a efectos de determinar cuales son esas circunstancias (que otorgan la calidad de persona) debemos remitirnos a las reglas generales que establece el Derecho positivo para ser personas, es decir, para que a un individuo se le puedan atribuir actos jurídicos (incluidos naturalmente los actos procesales).

Y tales reglas nos indican que son sujetos de Derecho las “personas físicas” y las “personas jurídicas”, no correspondiendo extenderme en este momento respecto a cuando según el Derecho uruguayo se es persona física o jurídica dado el objeto de esta ponencia.

¿Qué clase de defecto tiene un acto procesal que se pretende imputar a un individuo que carece de esta capacidad para ser interesado principal?

Veamos, como ejemplos, los casos en que se presenta una demanda

en representación de una persona física que ya ha fallecido, o de una aparente persona jurídica que en realidad nunca fue reconocida como tal o cuya personalidad jurídica se ha “extinguido”.

Pese a que ninguna norma (al menos del Derecho Procesal de Uruguay) lo establezca explícitamente, debe concluirse que en estas hipótesis nos enfrentamos a casos ubicados entre aquellos a los que la Doctrina tradicional ha calificado como de “ausencia de presupuestos procesales” (expresión esta a la que se alude por el inciso primero, parte final, del art. 111 del C.G.P.; cuando hace referencia a la “*carencia de*

requisitos indispensables para la validez” de los actos procesales). Y entonces, faltando uno de los llamados presupuestos procesales (o, para el art. 111 del C.G.P., “*requisitos indispensables de validez*”), cualquier acto procesal cuyos efectos (correspondientes al interesado principal de que se trate) se quieran imputar a estos sujetos incapaces, será absoluta e irremediablemente nulo; y por ello tal nulidad no será subsanable ni por convalidación ni por ratificación, con la consecuencia de producir la nulidad de todos los actos procesales posteriores dependientes del mismo (art. 113 del C.G.P.)⁴⁴.

⁴⁴ De esta forma sería nula la demanda que se pretenda imputar a ese sujeto incapaz o la contestación de una demanda presentada por una persona que invoca la representación de una sociedad cuya personería jurídica se ha extinguido (aún si esa sociedad hubiera figurado en el proceso como demandada), y será nula toda la actividad procesal posterior que –por inadvertencia de aquella nulidad original– pudiere haberse desarrollado (inclusive, naturalmente, la misma sentencia si se hubiese llegado a dictar).

En otro orden, debe tenerse presente que asunto diferente de esta ausencia de capacidad en el sujeto a quien se imputan los efectos de un acto de interesado principal (la demanda, la contestación de la demanda, un recurso, etc.), es la ausencia de dicha capacidad en el sujeto a quien en una demanda se individualiza como demandado. En efecto, en este último caso la ausencia de capacidad del demandado para ser un

sujeto al que se le pueda atribuir un acto procesal (por ejemplo, se dirige la demanda contra una persona fallecida o contra una persona jurídica que nunca existió), a nuestro entender no genera una “nulidad” del acto procesal concretado en la demanda; pero advertida que sea dicha falta de capacidad del demandado debería declararse a la demanda manifiestamente improponible (numeral 1 del art. 24, art. 119.2 y ordinal 5 del art. 341 del C.G.P.), desechándose “in limine” la pretensión, en cuanto es manifiesto que ese sujeto demandado nunca podrá ser afectado por la sentencia, puesto que ya no es (o nunca fue) sujeto de Derecho (y, por lo tanto, es inútil seguir un proceso que inevitablemente va a concluir con el rechazo de la demanda por no haberse demandado a quien correspondía: ese proceso, incluyendo la eventual sentencia que por inadvertencia pudiere dictarse, no afectará a ninguna persona). Por ello es que –como ha señalado el autor uruguayo

En otro orden, ¿cuándo, por quién y de qué forma se controla si el interesado principal al que se imputan los efectos de un acto procesal tiene la capacidad en estudio? Tratándose de un requisito de admisibilidad (más específicamente, de validez) de un acto procesal, la capacidad analizada se debe controlar en ocasión de la realización del control de admisibilidad del correspondiente acto; control de admisibilidad que el tribunal debe realizar cada vez que se realiza un acto procesal cuyos efectos se imputen a un interesado principal (y no solamente en relación, por ejemplo, a la demanda o a la contestación).

En consecuencia, el tribunal debería controlar la existencia de esta capacidad en ocasión de analizar la admisibilidad de todos y cada uno de los actos correspondientes a los interesados principales (adviértase que bien puede suceder que, dentro de un mismo proceso, el actor o demandado o gestor al que se imputan los efectos del acto tenga esa capacidad en un momento y ya no la

tenga luego, como sucedería si durante el proceso se extingue la personería jurídica de una asociación civil que es actora, demandada o gestora en el mismo y viceversa).

Cabe añadir que como cuando falta esta capacidad existe una nulidad insubsanable, y que aunque originalmente el acto hubiera sido admitido, de acuerdo al primer párrafo del art. 111 del C.G.P. esa nulidad deberá ser declarada “*en cualquier estado y grado del proceso*”.

Este control de admisibilidad al que nos referimos debe realizarse por el tribunal de oficio (es decir, aún sin que lo pida otro interesado principal), pues así lo impone el primer párrafo del art. 111 del C.G.P.; y ello aún cuando el deber de realizar este control de oficio no resulte explícitamente de la parte final del art. 133 del mismo Código, en cuanto dicha norma no es taxativa (y, además, el numeral 4 del art. 133 parecería no referir al control de esta capacidad sino, más probablemente, al de la capacidad “procesal” que

Eduardo VAZ FERREIRA— no resulta admisible una demanda contra persona

fallecida, debiendo en este caso seguirse el proceso contra sus herederos.

veremos más adelante). Naturalmente que ese control -cuando el tribunal admite un acto que debió rechazar- también puede ser realizado por el otro interesado principal, quien podrá impugnar la admisibilidad del acto.

Ante ello y pese a que ninguna norma expresa del C.G.P. uruguayo lo indica, por medio de los mecanismos de integración a través de las doctrinas más recibidas (art. 15) debería entenderse que la ley establece una presunción simple de la existencia de esta capacidad; presunción simple que, como toda presunción de tal naturaleza, impone al tribunal -a la inversa de lo que debe hacer normalmente, esto es, cuando no existe esa clase de presunción- que tenga por acreditada la existencia de un hecho pese a no haber prueba ni de su existencia ni de su inexistencia (es decir, pese a haber “dudas” de la existencia), salvo naturalmente alegación y prueba en contrario.

5.1.3. La legitimación en la causa para que en un proceso concreto se les puedan imputar los efectos de los actos procesales correspondientes a

los interesados principales (legitimación “en la causa”)

Aplicando una vez más el concepto genérico ya brindado sobre legitimación para ser un sujeto al que se le pueden imputar los efectos de los actos procesales para referirlo ahora a los interesados principales, podemos decir que esta legitimación es una aptitud que deben tener los sujetos (que denominamos interesados principales) a quienes se imputan los efectos, correspondientes a su calidad de interesados principales, de los actos procesales realizados en un proceso concreto, aptitud que existe cuando se presenta cierta circunstancia “extrínseca” a ellos mismos

¿Cuál es la circunstancia extrínseca al sujeto que le otorga legitimación en la causa para ser interesado principal en un determinado proceso (que lo “legitima” para ser interesado principal en esa causa concreta)?

En el caso de la ley uruguaya no encontramos una definición de la legitimación en la causa, por lo que la circunstancia a la que aludimos debe tratar de descubrirse a través del

análisis e interpretación de un conjunto de disposiciones.

Y bien, teniendo presente el concepto de “circunstancia extrínseca”, advertimos que la misma es un vínculo o nexo entre ese sujeto y el objeto del proceso concreto.

¿Y cuándo existe ese vínculo?

Para saberlo es preciso distinguir según de que interesado principal se trate; puesto que las circunstancias que hacen nacer ese nexo entre sujeto y objeto varían según se trate de los actores o gestores, de los demandados, o incluso del Estado cuando participa en el proceso a través de un integrante del Ministerio Público actuando en calidad de “tercero” (como lo establecen – esto último - algunas normas del Derecho Procesal de Uruguay).

A) Legitimación en la causa para ser actores o gestores

¿Cuándo existe el vínculo que otorga a los sujetos legitimación en la causa para ser actores o gestores (legitimación en la causa “activa”)?

Entiendo que al respecto es posible decir que cuando se trata de los actores (del proceso contencioso) o de los gestores (del proceso

voluntario), el vínculo se crea al iniciar los sujetos un proceso (contencioso o voluntario, según sea el caso) para requerir del tribunal que elimine una insatisfacción jurídica que conlleva un perjuicio del que según los términos de su demanda o solicitud inicial ellos mismos son los titulares.

¿Qué significa esto?

Veámoslo por partes.

Conforme a la Doctrina, a la que debemos acudir para interpretar esta expresión (“legitimación en la causa”) por cuanto se trata de una expresión técnica y su significación debe ser la que le dan los técnicos en Derecho Procesal, en principio lo que el Derecho Procesal requiere para que un sujeto quede habilitado (“legitimado”) para intervenir como actor o gestor en un proceso es, tan solo, que ese sujeto sea aquel mismo sujeto a quien se atribuye la demanda (del proceso contencioso) o solicitud inicial (del proceso voluntario).

De esta manera, si el sujeto a quien se le atribuye un acto propio de los actores (como la contestación de las excepciones previas interpuestas por los demandados, o la ratificación

de la demanda durante la audiencia preliminar, o la apelación de una sentencia que no hace lugar a la demanda, etc.), es el mismo que ya se ha vinculado al objeto del proceso por haber presentado la demanda, tal sujeto estaría siempre legitimado en la causa – en esa causa, en ese proceso – para ser actor y, por ende, serán admisibles todos los actos correspondientes a un actor que se le atribuyan al mismo.

En sentido inverso, si el sujeto a quien se le atribuye un acto propio de los actores (como esa contestación de las excepciones previas interpuestas por los demandados, etc.), no es el mismo sujeto que se había vinculado al objeto de ese proceso por haber presentado la demanda, tal sujeto no estará legitimado en la causa para ser actor y, por ende, serán inadmisibles – y deberán ser rechazados por falta de ese requisito – todos los actos correspondientes a un actor que se le atribuyan al mismo (aunque sea el titular del perjuicio alegado).

En principio entonces, el vínculo es creado por el mismo actor o gestor al presentar su demanda (en el

proceso contencioso) o solicitud inicial (en el proceso voluntario).

No obstante, si retomamos los conceptos expuestos al inicio de este apartado, advertiremos que para que el vínculo entre el sujeto y el proceso sea suficiente para “legitimar” su intervención, nuestro Derecho Procesal (al menos el uruguayo) requiere algo más.

En efecto, según surge al menos del art. 11.2, numeral 9 del art. 133 y numeral 5 del art. 341 del C.G.P. de Uruguay, para el caso de los actores, y arts. 404.6 y 404.1 del mismo Código (“*a solicitud se presentará por parte interesada*”) para el caso de los gestores, la legislación procesal de mi país –al exigir que estos sujetos tengan “interés” (y pese a que en la letra de la ley el mismo parezca ser un requisito independiente de la propia “legitimación”)– considera insuficiente ese sólo vínculo al que me referí precedentemente, exigiendo además que si fueran ciertos los hechos alegados en la demanda o solicitud inicial (y sin importar, a este efecto de la legitimación causal, que sean o no ciertos), según el Derecho (comprendiendo todo el Derecho y no

solo el alegado por el interesado), ese sujeto sea el titular de un perjuicio causado por una insatisfacción jurídica cuya existencia se alega en esa demanda (del proceso contencioso) o solicitud inicial (del proceso voluntario) y que según el Derecho Procesal se puede eliminar por esa clase de proceso; en otras palabras, a través de esas normas se exige que ya desde el inicio del proceso resulte que ese sujeto tiene un “interés” personal, y esta exigencia pasa a integrar el concepto de legitimación en la causa.

Ahora bien, podría entenderse – como aparentemente lo indican el art. 11.2 y el numeral 9 del art. 133 del C.G.P. y lo suele señalar la Doctrina, incluido por ejemplo BRISEÑO SIERRA– que la exigencia del interés es independiente de la exigencia de la legitimación en la causa, de donde la última se limitaría a ser el vínculo creado por los actores o gestores por la sola presentación de la demanda y, en consecuencia, el primero debería estudiarse como un requisito independiente.

Sin embargo, como ha advertido BARRIOS DE ÁNGELIS en su *Teoría*

del Proceso, no es posible tal inteligencia, desde que si así fuera nunca el sujeto a quien se atribuya una demanda podría dejar de tener legitimación en la causa como para que se le atribuya tal demanda (pues en su caso ya se había cumplido con el requisito: presentó la demanda); y sucede que es justamente a la posible ausencia de esta legitimación en la causa del sujeto al que se le imputa una demanda (es decir, el que ya presentó la demanda) a lo que – específicamente– se refieren el art. 11.2 -”proponer (...) las pretensiones”- y el numeral 9 del art. 133 del C.G.P. -”la falta de legitimación (...) cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda”-; de donde si a ello (a la sola presentación de la demanda) se limitara la exigencia para tener la legitimación en estudio carecerían totalmente de posibilidades de aplicación práctica ambas disposiciones.

En consecuencia, la exigencia de tener interés –como por otra parte lo reconoce buena parte de la Doctrina más moderna– forma necesariamente parte de la misma legitimación en la

causa, y no parece posible considerarla como un requisito independiente y no comprendido en esa legitimación (y, por lo tanto, su ausencia –la ausencia del interés– traerá como consecuencia una ausencia de la legitimación en la causa).

La necesidad legal de que el sujeto tenga tal interés es, precisamente, lo que introduce en el concepto de legitimación en la causa la necesidad de que el sujeto sea el titular del perjuicio causado por la insatisfacción jurídica cuya existencia se alega en la demanda o solicitud inicial.

Recordemos que esa insatisfacción jurídica que en la demanda se alega que existe y que causa un perjuicio que los actores o gestores solicitan que se elimine, es una discordancia que (según indican los mismos) existiría entre lo que el Derecho señala que debe ser y lo que en la realidad es, discordancia que causa un perjuicio. La titularidad de ese perjuicio crea el interés del sujeto en deducir la pretensión (para eliminarlo).

En otro orden, debe tenerse presente que lo que la ley exige es solamente que de la demanda o solicitud inicial resulte que es posible una coincidencia entre el sujeto que quiere intervenir como actor o gestor y el sujeto que, siempre según tal demanda o solicitud inicial, es el titular del perjuicio causado por la insatisfacción jurídica cuya existencia se alega; esto es, nuestra ley no exige que el sujeto al que se le imputa la demanda “tenga” legitimación en la causa, sino la “posibilidad de que ese sujeto tenga” legitimación en la causa; posibilidad que, como señala el numeral 9 del art. 133 del C.G.P., siempre existirá, salvo que resulte “manifiesto” (claro, contundente) que no se tiene.

En otras palabras, se trata de que de acuerdo a los hechos cuya existencia se alega en esa demanda o solicitud inicial (sin importar en este momento del análisis si realmente esos hechos existen), y conforme a lo que surge del Derecho aplicado a esos hechos, no resulte ya imposible “per se” que el sujeto que formula el petitorio o requisitoria de eliminación de la insatisfacción sea el titular del

perjuicio que esa insatisfacción estaría causando (así, por ejemplo, si la demanda la presenta un amigo del acreedor – que obviamente no sea su representante – es claro que el mismo no es el titular del perjuicio causado por el no pago de la deuda alegada, y por tanto es manifiesto que no cumple con este requisito exigido para tener legitimación en la causa).

Mas, ¿por qué en lugar de exigirse que de la demanda o solicitud deba resultar “que es posible” que los sujetos a los que se les atribuyen una u otra tengan legitimación en la causa (sean los titulares del perjuicio que se alega), no se requiere que de tales actos resulte la “certeza” de que la tienen (“que esos sujetos son los titulares” del perjuicio alegado)?

Pues porque de los términos de la demanda o solicitud inicial no siempre queda absolutamente claro (en particular porque no siempre es claro el Derecho aplicable) quiénes son realmente esos titulares; resultando de la experiencia forense

que en algunos casos complejos y luego del examen inicial de la demanda quedan dudas sobre esa titularidad (dudas que recién se van a ir despejando a medida que avance el proceso y se aclaren absolutamente todos los aspectos de la pretensión deducida). Y como, conforme veremos poco más adelante, esta exigencia (que va más allá de la sola exigencia de haber presentado la demanda o solicitud inicial) se establece sólo en interés de la “economía procesal”, cuando no está claro que el sujeto no es el titular del perjuicio resulta lógico que el proceso deba seguirse, dado que toda la actividad procesal necesaria para despejar absolutamente la duda (actividad que debería realizarse necesariamente si la exigencia consistiera en tener la certeza de que los que presentan la demanda o solicitud son verdaderamente los titulares del perjuicio, vale decir, del interés), atendería a su vez contra el referido principio de economía⁴⁵.

⁴⁵ Por ello entonces es que, en vez de exigirse que de la demanda o solicitud inicial resulte la titularidad del perjuicio en cuestión, lo que se exige es que no resulte claro que no existe la titularidad. Esto es, se exige que esa titularidad sea “posible” y,

por lo tanto, que la misma legitimación en la causa sea posible; con lo cual, aún en caso de dudas sobre la titularidad del perjuicio, los sujetos que presentaron la demanda o solicitud inicial tendrán de todas formas legitimación en la causa para ser

¿Cuándo es que la ley uruguaya se limita a exigir la “posibilidad” de la existencia de la legitimación en la causa, en lugar de exigir que esa legitimación resulte en forma concluyente?

Cuando en el numeral 9 del art. 133 del C.G.P. autoriza e impone declarar la falta de legitimación o interés si es “manifiesta”, y luego, en el numeral 5 del art. 341, señala que se debe proceder de esa forma si la falta de legitimación en la causa es “definible” al comienzo del litigio.

En cuanto al fundamento de esta exigencia de la ley procesal referida a la parte actora o gestora (la posible titularidad del perjuicio alegado), señalábamos poco antes que en el caso de actores y gestores responde a una aplicación del principio de economía.

En efecto, al exigirse tal requisito se trata de evitar el seguir

actores o gestores (puesto que “será posible” que sean titulares del perjuicio o, como dice la ley, del interés).

No se trata, según se ve, de que en algunos casos resulte imposible determinar si el sujeto al que se atribuye el acto tiene o no legitimación en la causa; se trata de que lo único que se pretende con el requisito en estudio es aplicar el principio de economía y, como no siempre es fácil resolver con la sola demanda o solicitud inicial si el sujeto es realmente el titular del perjuicio que alega, y a veces puede llegarse a una conclusión errónea pero de mucha

un proceso que ya, con la sola demanda o solicitud inicial (sin que sea necesario ni investigar la existencia de los fundamentos de hecho y de Derecho alegados, ni – tampoco– esperar la contestación de la demanda si se trata de un proceso contencioso), resulta evidente que el mismo necesariamente va a concluir con el rechazo de esa demanda o solicitud (puesto que aún si existen los hechos que se alegan, pero según el Derecho quien podría formular el petitorio no es quien lo hizo, entonces la pretensión –por razones de Derecho Sustantivo– necesariamente va a ser rechazada; y, obviamente, si no existen tales hechos, la pretensión también va a ser necesariamente rechazada).

Desde un punto de vista diferente, debe también prestarse particular importancia a otro dato que

trascendencia (especialmente si se declara inadmisibile una demanda o una contestación), parece razonable que se autorice a declarar inadmisibile el acto sólo cuando ese tribunal esté seguro de que en definitiva es imposible que se acoja la demanda (u oposición) por falta de coincidencia entre aquel sujeto al que se atribuye el acto y el que, según los términos de la pretensión deducida, debió haberlo realizado (vale decir, por falta de legitimación en la causa).

resulta de la ley (y por ello del propio concepto de legitimación en la causa). Nos referimos a que la legitimación en la causa para ser actor o gestor debe resultar de la demanda; no debiendo consultarse para determinar su existencia ningún otro elemento (salvo claro está, las normas que establecen la titularidad de los derechos). Y, especialmente (pues se suele incurrir en frecuentes errores al respecto), a que en orden a determinar la existencia de la legitimación en la causa para nada importa ni deba considerarse la prueba. Y ello porque, a este efecto, no interesa si los hechos alegados realmente existen.

Es que, en efecto, a fin de determinar si tiene legitimación en la causa para nada importa que el sujeto considerado realmente sufra el perjuicio que dice que sufre. Y de allí es que, naturalmente, se pueda tener legitimación en la causa para

presentar una demanda, por ser el sujeto titular del perjuicio cuya existencia se alega, y luego no obtenerse sentencia favorable, ya sea por no existir verdaderamente los hechos alegados para fundar la existencia del perjuicio, ya sea por no existir normas de Derecho que establezcan que de esos hechos nacía para el sujeto un derecho a que se elimine el supuesto perjuicio.

Estas conclusiones sobre la necesidad de considerar sola y exclusivamente a la demanda (o, en caso de proceso voluntario, a la solicitud inicial), evidentes por sí mismas, son explicitadas particularmente por el numeral 9 del art. 133 del C.G.P. (“de los términos de la demanda”), e implícitamente también por el numeral 2 del art. 122 y el numeral 5 del art. 341 del mismo Código⁴⁶.

⁴⁶Parece conveniente explicitar algunos ejemplos que nos aclaren el funcionamiento de este requisito de la legitimación en la causa que entiendo que deben tener los sujetos a quienes se atribuyen los actos correspondientes a los actores y gestores.

Supongamos así a un sujeto (de esos que se prestan a defender causas ajenas sin importarles la voluntad de los implicados), que solicita que se condene a un tercero a abonar a su vecino (cuya representación ni alega ni tiene) una suma de dinero (tal sería

el “petitorio” o “requisitoria”), fundándose en que existió un préstamo realizado por ese vecino al tercero y que éste nunca lo devolvió (estos serían los “fundamentos de hecho”), y en que existen disposiciones en nuestro Derecho que al regular el contrato de mutuo establecen que en tal caso su vecino tiene derecho a obtener una sentencia de condena contra el tercero (es decir, por estos “fundamentos de Derecho”). En tal supuesto quien presenta la demanda carece de legitimación en la causa, pues –

B) Legitimación en la causa para ser demandados

Precedentemente he señalado cual es a mi entender el vínculo que debe existir entre los sujetos a los que se atribuyen los actos procesales correspondientes a actores y gestores y el objeto del proceso, a continuación analizaré cual es el vínculo que en nuestro Derecho debe existir (para que tengan legitimación en la causa) entre los sujetos a los que se atribuyen los actos procesales

sin que importe que lo afirmado en cuanto al préstamo y en cuanto a la existencia de las normas sobre el contrato de mutuo, sea o no cierto— de la misma demanda resulta manifiestamente que no es el titular del perjuicio que existiría si realmente se produjo el alegado desajuste entre los hechos y el Derecho (y, por lo tanto, resulta claro que no es posible que tenga legitimación en la causa). En definitiva, el sujeto al que se le atribuye la demanda claramente no es el titular del perjuicio que, de ser todo cierto, podría existir, y por ello no es posible que tenga la legitimación en estudio (quien en cambio es posible que la tuviera, si se le hubiera atribuido esa demanda, sería el vecino del demandante).

Adviértase que ese caso pudiera ser que realmente existan los hechos y también, en cuanto a la necesidad de devolución del préstamo, el Derecho alegados y, por lo tanto, que para ajustar la realidad al Derecho correspondiera que se dicte una sentencia de condena; pero, sin embargo, como es manifiesto que para el Derecho el titular del perjuicio no es el sujeto a quien se atribuye la demanda, si se siguiera todo el proceso hasta su culminación inevitablemente (aún si existiera certeza de la existencia de los hechos de las normas sobre el contrato de mutuo que se alegan), ese proceso tendría que concluir con una

correspondientes a los demandados y el objeto del proceso (en otra expresión, muy usual, para que los sujetos tengan legitimación en la causa “pasiva”).

Y bien, tratándose de los demandados (que solo existen si estamos ante un proceso contencioso), el vínculo se crea cuando los sujetos son identificados como demandados por los actores y, además, según los términos de la demanda esos demandados son los

sentencia que no haga lugar a la pretensión. Esto último es lo que, según se ha expresado, justifica el que —por razones de economía procesal— el Derecho Procesal (al menos el uruguayo) imponga controlar este extremo al analizar la admisibilidad de una demanda, en lugar de esperar para ese control al momento en que normalmente se dicta la sentencia.

Veamos otro ejemplo. Supongamos ahora que ese mismo sujeto reclama una sentencia de condena contra cierta persona alegando que le prestó una suma de dinero que nunca le fue devuelta (fundamentos de hecho), y que esa falta de cumplimiento de su obligación está violando lo que dispone nuestro Derecho sobre el contrato de mutuo (fundamentos de Derecho). En este segundo caso, aún cuando luego se rechace la demanda por no existir los fundamentos de hecho que se alegaron (vale decir, por haberse demostrado que no es cierto que haya existido un préstamo), el sujeto habrá tenido legitimación en la causa para ser actor; no contrariando esa conclusión el que la sentencia haya rechazado la demanda (se dirá, siguiendo la terminología propuesta por BARRIOS DE ÁNGELIS, que al actor — que tenía “legitimación en la causa”— le faltaba, en cambio, “legitimación sustancial”).

titulares del perjuicio que se sufriría si el tribunal satisface injustamente – esto es equivocándose– la pretensión de dichos actores.

En primer lugar, conforme a la doctrina, a la que a falta de definición legal nuevamente debemos acudir para interpretar la expresión “legitimación en la causa para ser demandado”, en principio lo que el Derecho Procesal requiere para que un sujeto quede habilitado (“legitimado”) para intervenir como demandado en un proceso es, solamente, que ese sujeto sea el mismo sujeto a quien el actor identificó como demandado en la demanda (el vínculo lo crearía entonces el actor al presentar su demanda, cuando conforme lo dispone el numeral 3 del art. 117 del C.G.P. de Uruguay individualiza en esa demanda a este sujeto como la contraparte).

De acuerdo a esta primera aproximación, aún si los actores hicieran una identificación de los demandados que aparece incorrecta - incorrecta por no ser estos los titulares del perjuicio que se sufriría si el tribunal satisface injustamente la

pretensión - esos demandados serían de toda forma los sujetos “legitimados pasivamente en la causa” y, por lo tanto, los únicos sujetos a los que se les pueden atribuir en ese proceso concreto los actos correspondientes a los demandados. Y ello aunque la eventual sentencia no los pueda nunca afectar (pues quien sufriría el perjuicio si el tribunal se equivoca al fallar en definitiva no serán ellos, sino otros sujetos).

En otras palabras, para realizar la actividad procesal propia de los demandados en el ámbito de un proceso concreto estarían legitimados los sujetos que, bien o mal (según sean o no los titulares del perjuicio que existiría si la sentencia satisface injustamente la pretensión), fueron identificados como demandados por los actores.

Así, conforme a lo expuesto hasta ahora, un hipotético sujeto (“B”) tendría esta legitimación si el actor (“A”), equivocándose, lo identifica como demandado en un juicio en el que pretende una condena contra otro sujeto (“C”) basándose en

que existe una deuda por un préstamo efectuado a este último.

Y, siguiendo con el mismo ejemplo, no tendría en cambio legitimación en la causa como demandado quien según los términos de la demanda adeuda dicha suma (o sea “C”), aún cuando el sea quien debió haber sido el demandado.

Claro está que ello no le impedirá a este último (“C”) presentarse en el proceso como tercero, alegando que el demandado debe de ser él; siempre que no opte por una actitud totalmente pasiva, dado que aún cuando el tribunal lo condenara la sentencia no le sería oponible (no podrá ejecutarse contra el) atento a los “límites subjetivos de la cosa juzgada” (art. 218.1 del C.G.P.), conforme a los cuales para que una sentencia (y por ende la cosa juzgada) alcance a un sujeto éste debió integrar una “parte” en el proceso (en el caso la parte demandada).

Empero, conforme al concepto señalado al comienzo de este apartado, para que un sujeto tenga legitimación en la causa para ser demandado nuestro Derecho Procesal

de Uruguay exige algo más que la mera individualización como tal por el actor.

Efectivamente, por lo que expresa el art. 11.2 del C.G.P., nuestra legislación procesal considera insuficiente este vínculo, exigiendo para que exista esta legitimación en la causa pasiva que además de esa identificación, y de acuerdo a lo que se ha alegado en aquella demanda, ese sujeto sea el titular del perjuicio que se causaría si el tribunal satisficiera injustamente (equivocándose al aplicar el Derecho) la pretensión de los actores. En otras palabras, se exige que ese sujeto sea el que deba pagar la suma que establezca la eventual sentencia de condena, o que sea quien resulte divorciado por la eventual sentencia que decrete la disolución del matrimonio, o que sea quien debe sufrir la eventual pena privativa de libertad que fije una sentencia que concluya un proceso penal, etc.

Se trata, una vez más, de que de la demanda resulte posible que ese sujeto tenga un “interés” personal.

En consecuencia, si de la demanda resulta que no existe la

requerida coincidencia entre el sujeto individualizado como demandado y aquel sujeto que sufriría el perjuicio en caso de que el tribunal satisficiera injustamente al actor, el primero de estos sujetos carecería de legitimación en la causa para ser demandado y los actos correspondientes a un demandado que se le atribuyan en ese proceso serán inadmisibles (naturalmente que tampoco tendría esta legitimación en la causa el titular del perjuicio, en su caso por no haber sido individualizado como demandado por los actores).

Esto último no será obstáculo para que ese demandado – que carece de legitimación en la causa en el proceso principal – pueda, sin embargo, intervenir en la incidencia destinada a resolver si tiene o no esa legitimación en la causa (pues en relación a dicho objeto incidental ese demandado, que no tiene legitimación en la causa en lo principal, la tendrá sin embargo en lo incidental). De allí que sea admisible un acto de este demandado, sin legitimación en la causa en lo principal, interponiendo por ejemplo una “excepción previa”

por la que alega su propia falta de legitimación pasiva en la causa.

Corresponde ahora reiterar algo ya expresado en relación a la legitimación en la causa de los actores y gestores. Nos referimos a que lo exigido por la ley es solamente que de la demanda resulte que es posible que el sujeto identificado como demandado tenga legitimación en la causa (en cuanto a que sea el titular del perjuicio que se causaría si el tribunal satisficiera injustamente, esto es incorrectamente, a los actores), no requiriéndose la certeza de que tal identificación haya sido correctamente efectuada. Esta solución legal –por la que se excluye la existencia de legitimación en la causa para ser demandado solamente cuando su ausencia sea “manifiesta”– resulta del numeral 9 del art. 133 del C.G.P. (que no distingue entre legitimación de los actores y legitimación de los demandados, admitiendo exceptuarse en los dos casos).

Las razones para que nuestra legislación exija sólo esta posibilidad y no la certeza ya fueron dadas, y a lo entonces expresado me remito.

Mas, ¿cuál es el fundamento de la exigencia legal de que el demandado sea el titular del perjuicio que se causaría si se satisficiera injustamente la pretensión de los actores?

En el caso de los demandados el fundamento de la exigencia es indudablemente de orden procesal; desde que carecería de sentido que se permitiera realizar los actos de demandado (oponerse a la pretensión o allanarse a la misma, ofrecer pruebas, impugnar las resoluciones, etc.) a un sujeto para el cual el resultado del proceso es indiferente (puesto que nunca va a ser alcanzado por la sentencia).

Lo señalado precedentemente se complementa con que, en cambio, si será necesario convocar al proceso a quien puede resultar afectado por una sentencia injusta.

Téngase presente que el Derecho de Uruguay establece, como regla general, que la sentencia solamente

será eficaz en relación a un sujeto cuando fue “parte” del proceso. Pero nuestro Derecho no lo hace porque técnicamente sea imposible concebir una sentencia que afecte a una persona sin su intervención en el proceso correspondiente (una legislación podría técnicamente establecer que el proceso se resuelve con la exclusiva intervención de los actores y del tribunal, sin que sea necesaria la intervención de quien sería afectado por la sentencia en el caso de que injustamente se hiciera lugar a lo que solicita el actor). Lo hace, en cambio, porque en ese caso se violaría el llamado “derecho de contradicción”, que resulta esencial para que un proceso sea propiamente “jurisdiccional”. De todas formas esto último, la no convocatoria como demandado a la persona correcta, no debe analizarse ahora sino en ocasión de estudiar los requisitos de la demanda⁴⁷.

⁴⁷ Es que tal defecto lo que plantea no es el problema de la admisibilidad de los actos correspondientes al demandado que se atribuyen a un sujeto determinado (y que es a lo que refiere la legitimación en la causa para ser demandado), actos como podrían ser una contestación de la demanda o una apelación de la sentencia, sino que lo que

plantea es el problema de la admisibilidad de la misma demanda (pero no por evaluar que el acto de demandar carezca de un requisito “subjetivo”, como sería la legitimación en la causa para ser actor, sino por evaluar que en esa demanda no se cumple con un requisito “de contenido” que consiste en la correcta individualización del

Examinando los conceptos iniciales desde otro ángulo, debemos también prestar atención a la exigencia de que esta legitimación pasiva en la causa se analice tomando en cuanto exclusivamente a la demanda.

Es que, en efecto, también en relación a la legitimación en la causa para ser demandado son aplicables las consideraciones efectuadas en su momento en relación a similar legitimación para ser actor o gestor.

El contralor de la existencia de este requisito no exige entonces considerar ni la prueba ni la voluntad

manifestada por otros sujetos (por ejemplo a través de la contestación de la demanda). No sólo es suficiente al efecto con considerar la demanda, sino que solamente puede considerarse la legitimación en la causa para ser demandado a la luz de lo alegado en la demanda (o, naturalmente, lo alegado en las eventuales modificaciones de esa demanda operadas a lo largo del proceso, posibilidad que como veremos en la sexta parte de esta obra nuestra ley admite en varios supuestos)⁴⁸.

demandado). Como oportunamente veremos, si el tribunal advierte que manifiestamente el demandado ha sido mal individualizado, deberá rechazar la demanda por inadmisibles por falta de este requisito de contenido, que no es estrictamente el que ahora analizamos (pues no sería, en este caso, un requisito referido al sujeto al que se atribuye el acto de demandar, que obviamente es el actor y no el demandado), sin perjuicio de que ese tribunal deberá fijar un plazo dentro del cual el defecto puede subsanarse (art. 119.1 del C.G.P.); y sin perjuicio también de que en el especial caso de incorrecta individualización de los demandados al que refiere el segundo párrafo del art. 47, el Código imponga admitir la demanda (como acto “atendible” e “integrable”, según la clasificación de las admisibilidades que realiza BARRIOS DE ÁNGELIS), pero impidiendo que ella produzca el efecto procesal inmediato, es decir, que se emplace al demandado ya individualizado dándole traslado (de donde la admisibilidad de la demanda no implicaría en el caso llegar a

aceptar que produzca “causación formal”, según la clasificación ya aludida).

⁴⁸ En vía de ejemplificar supongamos a un actor que pretende una sentencia que condene a una Sociedad Anónima al pago de una suma de dinero, fundándose en un préstamo que le efectuó y que nunca fue devuelto, y que, en lugar de denunciar como demandada a dicha Sociedad denuncia como tal a la persona física que actuó como su representante (y que, para aventar problemas de interpretación de la demanda, añadimos que ya no es más su representante). En el supuesto considerado, de la misma demanda ya resulta manifiestamente que no es posible que quien fue individualizado como demandado sea el titular del perjuicio que se causaría con una sentencia injusta (desde que este último sujeto lo sería en todo caso la Sociedad Anónima, cuya condena se solicita). En consecuencia y además de lo ya expresado en cuanto a que el juez debería considerar inadmisibles la demanda por violar un requisito procesal y formal “de contenido”, lo cierto es que quien en ese ejemplo fue

¿Qué consecuencias tiene el que al realizarse un acto procesal correspondiente a un interesado principal le falte al sujeto al cual se le atribuye tal acto la posibilidad de tener la legitimación considerada (recordemos, una vez más, que lo que la ley exige es solamente esa “posibilidad”)?

Pues la inadmisibilidad del acto en sí (vale decir, su rechazo).

Efectivamente, si por ejemplo el sujeto a quien se atribuye un acto correspondiente a los actores (como la demanda, o la contestación de las excepciones previas, o la apelación de una sentencia que desestima la demanda, etc.) carece de la posibilidad de tener legitimación en la causa, su acto deberá ser declarado inadmisibile y, conforme veremos al

demandado no es posible que tenga legitimación en la causa para que se le atribuyan los actos que en ese proceso corresponden al demandado (sin perjuicio de que la tenga, exclusivamente, pues no la tendría para contradecir los hechos o alegar prescripción extintiva, etc., para la sola incidencia en la cual el mismo demandado puede plantear su manifiesta ausencia de legitimación en la causa en lo principal).

En otro ejemplo imaginemos a una madre que en representación de sus hijos reclama una condena a los abuelos paternos al pago de pensión alimenticia, en forma subsidiaria a la condena al padre al mismo efecto, y, sin embargo, solamente individualiza como demandado al padre. En

estudiar los actos procesales, no será “integrado” al proceso (lo que no implica que el acto no sea “atendible” como acto procesal; desde que – conforme enseña BARRIOS DE ÁNGELIS si cumple con los requisitos respectivos superará lo que puede calificarse como el primer control de admisibilidad, sin perjuicio de que luego el acto no pueda “integrarse” al proceso). Y, para la legislación de Uruguay todo conduce a considerar que nos encontramos frente a un requisito de validez de los actos procesales, cuya ausencia provoca la nulidad del acto, que será “insubsanable” según el art. 111 del C.G.P. (no es subsanable ni por “convalidación” ni por “ratificación”), con la consecuencia de producir la nulidad de todos los

ese caso el padre podrá oponerse a la pretensión deducida contra él mismo (tendrá legitimación al efecto), pero será inadmisibile su oposición a la pretensión subsidiaria deducida contra los abuelos (manifiestamente no es posible que tenga legitimación en la causa para ello); sin perjuicio de que en ese caso y por lo expresado incidentalmente en este apartado, el tribunal deba además declarar inadmisibile la demanda por ausencia de un requisito de contenido (la falta de individualización de los abuelos como demandados subsidiarios), otorgando a la parte actora un plazo para subsanar el defecto.

actos procesales posteriores dependientes del mismo (art. 113 del C.G.P.).

¿Cuándo se debe controlar que los sujetos a los que se atribuyen los efectos de los actos procesales tengan una posible legitimación en la causa?

Siendo esta un requisito para la admisibilidad (más estrictamente para la validez, según vimos en el apartado anterior) de los actos procesales, la respuesta no puede sino ser que el contralor debe realizarse al analizar la admisibilidad de todos y cada uno de los actos procesales correspondientes a los interesados principales.

De allí que no sólo la demanda deba considerarse inadmisibile por falta de este requisito, sino que también la contestación de la demanda, la contestación de las excepciones previas, todos los actos realizados en la audiencia, todos los recursos, etc., sean pasibles de ser considerados inadmisibles por la ausencia de este requisito que ahora nos ocupa.

En otro orden y como ya se indicó y fundamentó en el anterior apartado, ese control de la existencia

del requisito en cuestión debe realizarse de oficio, sin perjuicio de que si la contraparte advierte que tal requisito está ausente pueda impugnar la providencia –que aunque más no sea tácitamente– admitió el acto realizado sin que estuviera presente el mismo

5.1.4. Acerca de la legitimación sustancial

A efectos de despejar equívocos entiendo que sin que nos encontremos en su caso frente a un presupuesto o requisito procesal, sino de Derecho Sustantivo, considero necesario abordar brevemente el concepto de la “legitimación sustancial” propuesto por BARRIOS DE ÁNGELIS (legitimación que a menudo es confundida con la hasta ahora estudiada legitimación causal).

La legitimación sustancial activa es el vínculo que atento a los hechos que realmente se ha comprobado que existen, y según el Derecho que efectivamente rige los mismos, se presenta entre el actor o gestor por un lado y, por otro lado, el perjuicio causado por la insatisfacción jurídica

cuya existencia se alegó en la demanda o solicitud inicial, y que según el Derecho Procesal puede ser eliminado por esa clase de proceso (ordinario, extraordinario, monitorio, etc.).

Esta legitimación, como requiere la comprobación de que existen los hechos alegados y la certidumbre de lo que el Derecho establece al respecto, a diferencia de la legitimación causal, sólo puede determinarse al final del proceso, al momento de dictarse la sentencia.

Observando un ejemplo quizás podamos captar mejor el concepto y deslindar el mismo del correspondiente a la legitimación causal activa.

Así, cuando en un juicio de rescisión de un contrato de arrendamiento por incumplimiento del arrendatario se alega en la demanda que el sujeto al que se imputa la misma (el actor) es el arrendador (y no, por ejemplo, un simple amigo del arrendador), éste sujeto tendrá legitimación causal activa, pero no necesariamente legitimación sustancial activa.

Recién si durante el curso del proceso se comprueba que son ciertos los hechos alegados en cuanto a que el actor es efectivamente el arrendador, podrá afirmarse (al dictarse la sentencia) que el mismo también tiene legitimación sustancial activa (si no se comprobare tal cosa el sujeto no tendrá esta legitimación sustancial, pero seguirá teniendo legitimación causal).

Sin embargo, no necesariamente por tener esa legitimación sustancial activa este actor verá acogida su pretensión. Es que, en efecto, aún habiéndose comprobado que era cierto lo alegado en la demanda en cuanto a que él es el arrendador, si además no se comprueba que existió el incumplimiento del arrendatario que también se alegó en la demanda, aún teniendo el actor legitimación causal activa y también legitimación sustancial activa, la pretensión de rescisión del contrato será rechazada por el tribunal.

Como se advierte, no nos encontramos ahora frente a un presupuesto o requisito procesal sino claramente sustancial, referido y

exigido por el Derecho Sustantivo aplicable al caso.

5.2. De los sujetos que en un proceso concreto realizan los actos procesales correspondientes a los interesados principales (partes y gestores)

5.2.1. Introducción

Pasemos ahora a considerar a aquellos sujetos que efectivamente realizan los actos procesales que se imputan a los interesados principales (los sujetos que presentan la demanda, los que la contestan, los que comparecen en las audiencias, los que apelan la sentencia, etc.).

Para la Doctrina tradicional estos sujetos serían los “integrantes de la parte en sentido formal”, distinguiéndoseles así de los sujetos “integrantes de la parte en sentido material” ya estudiados en la tercera sección de este mismo capítulo.

Ahora bien, ¿cualquier sujeto puede realizar en un proceso concreto los actos correspondientes a un interesado principal?

La respuesta es negativa: para que los actos correspondientes a un interesado principal sean admisibles se requiere que quienes los realizan tengan dos aptitudes: por un lado “capacidad procesal”, por el otro “legitimación procesal”.

5.2.2. La capacidad para realizar los actos procesales correspondientes a los interesados principales (capacidad “procesal”)

Retomando el concepto genérico sobre capacidad “para realizar” los actos procesales ya brindado precedentemente, para referirlo ahora a los interesados principales, parece posible decir que esta capacidad es una aptitud que deben tener los sujetos que realizan los actos procesales correspondientes a los interesados principales, y que existe cuando se presentan ciertas circunstancias “intrínsecas” a ellos mismos (circunstancias que examinaremos a continuación).

Esta capacidad, que es también denominada “capacidad para actuar en juicio”, o “capacidad para estar en juicio” o, incluso, “capacidad

procesal de ejercicio”, aparece en realidad como independiente de la legitimación procesal que puedan tener esos mismos sujetos y que también constituye un requisito para que sus actos se puedan imputar a los interesados principales (es decir que, como a menudo sucede, se puede tener una de ellas y carecer de la otra).

¿Cuáles son las circunstancias que deben presentarse y gracias a las que los sujetos tendrán capacidad procesal para realizar actos cuyos efectos se imputen a los interesados principales?

La ley procesal (al menos la de Uruguay) no contiene una regulación general al respecto, pues al contrario de lo que a primera vista podría suponerse el art. 32 del C.G.P. –bajo el epígrafe de “*Capacidad*”– estrictamente no regula la capacidad procesal más que muy parcialmente, reiterando algunas incapacidades que ya surgen de las normas generales del Código Civil, siendo su finalidad más bien la regulación de algunos aspectos de la legitimación procesal que analizaremos más adelante y que, como se ha expresado, es

independiente de la capacidad ahora considerada.

Por todo ello es que siendo los actos procesales actos jurídicos, para determinar cuales son en nuestro Derecho positivo estas circunstancias que conforman la aptitud requerida (la capacidad procesal), debemos remitirnos a las normas generales de este Derecho sobre actos jurídicos. Y dichas normas, que se encuentran en el Código Civil de Uruguay, no son las que nos indican cuando los efectos de un acto jurídico pueden imputarse a un individuo, sino las que nos señalan cuando es que un sujeto puede realizar actos jurídicos (cuyos efectos se atribuyan a él mismo o a otro sujeto). Se trata entonces de las normas que regulan lo que normalmente, por oposición a la “capacidad de goce”, se denomina “capacidad de ejercicio”.

Y esas normas generales (numeral 2º del art. 280 y art. 1278 del Código Civil de Uruguay, en redacción dada por la ley nº 16.179), nos indican que las circunstancias en general requeridas para “tener capacidad de ejercicio” (y, dada la ausencia de normas específicas en el

C.G.P., para tener capacidad procesal que habilite a realizar los actos correspondientes a los interesados procesales), consisten en ser persona física, haber cumplido dieciocho años de edad, no haber sido judicialmente declarado incapaz con anterioridad al momento de realizar el acto y no serlo notoriamente en el momento de realizarlo (en este último caso la incapacidad procesal pesará siempre que luego de realizado el acto se le haya declarado judicialmente incapaz). Esta última circunstancia responde a una fórmula especial que indirectamente resulta el art. 34.1 del C.G.P., y que marca una pequeña diferencia entre la capacidad procesal y la capacidad de ejercicio que en general tienen los sujetos en nuestro Derecho Positivo⁴⁹.

¿Qué defecto tendría el acto procesal correspondiente a un interesado principal que es realizado por un sujeto que carece de capacidad procesal?

Al menos en el Derecho Procesal de Uruguay no existen normas

específicamente procesales que regulen el problema con carácter general. Mas por lo que establece el art. 34.1 del C.G.P. (cuya solución se extiende por integración a los casos de quienes nunca fueron procesalmente capaces), la respuesta indica que esta capacidad sería un presupuesto y, por otra parte, a estos presupuestos es a los que se refiere el primer párrafo del artículo 111 del C.G.P. cuando menciona los “requisitos indispensables de validez” y luego señala que su ausencia provoca la nulidad del acto.

Sentado lo anterior pasemos a una segunda pregunta, que refiere a si dicha nulidad del acto realizado por el incapaz procesal es o no subsanable por ratificación (tanto para el caso de las incapacidades declaradas judicialmente cuanto para el de las otras, como son por ejemplo la del menor o la de quién sin ser procurador o abogado realiza un acto en virtud de un poder otorgado conforme al art. 38 del C.G.P.). Y frente a esta segunda interrogante la respuesta debe ser

⁴⁹ Ello sin perjuicio de algunas reglas especiales sobre capacidad procesal, que en ocasiones amplían la misma (permitiendo por ejemplo a ciertos menores de edad realizar por sí algunos actos procesales) y

en otras la acotan (prohibiendo incluso a mayores realizar actos procesales por sí, como en el caso del proceso penal en Uruguay según el C.P.P. de 1980).

afirmativa, en cuanto a que en el Derecho de Uruguay puede subsanarse la nulidad por ratificación; marcando así una importante diferencia entre la capacidad ahora considerada y la ya estudiada capacidad para ser interesado principal (cuya falta es, en cambio, insubsanable); puesto que si para el caso concreto de una demanda presentada por un sujeto procesalmente incapaz se admite la subsanación (art. 342.3 del C.G.P.), dicha posibilidad claramente se extiende, por integración analógica, a todo otro supuesto de acto de un interesado principal realizado por un sujeto sin capacidad procesal (contestar la demanda, comparecer en una audiencia, etc.)⁵⁰(25).

Pero esta nulidad no será en cambio subsanable mediante “convalidación”, pues el mecanismo que establece el art. 112 del C.G.P. no se aplica a la nulidades que, como las que nos ocupa, surgen del primer párrafo del art. 111 del C.G.P. (ausencia de requisitos

indispensables de validez; esto es, falta de los llamados presupuestos procesales).

¿Cuándo, por quién y de qué forma se controla si los sujetos que realizan actos correspondientes a los interesados principales tienen esta capacidad? Al tratarse de un requisito de admisibilidad de los actos procesales (requisito “procesal formal”) la capacidad procesal de quiénes los realizan debe controlarse en el momento mismo en que se verifican los actos (cualesquiera sean ellos: demanda, recepción de una notificación, contestación, contestación a las excepciones previas, comparecencia en audiencias, recursos, etc.). Ello sin perjuicio de que al tratarse de un requisito de validez de los aludidos por el primer párrafo del art. 111 del C.G.P., tal control pueda operarse nuevamente e incluso de oficio en cualquier momento del proceso (con efectos retroactivos).

⁵⁰ Empero, tal subsanación tiene un plazo especial (perentorio, como todo plazo procesal no exceptuado especialmente): según el art. 342.3 del C.G.P. debe

realizarse dentro de los diez días que otorgue el tribunal a ese efecto.

5.2.3. La legitimación para realizar en un proceso concreto los actos procesales correspondientes a los interesados principales (legitimación “procesal”)

Como ya señalé, debido a una cierta dificultad en distinguir esta legitimación del anterior requisito (la capacidad procesal), una buena parte de la doctrina extranjera y nacional ha negado su existencia independiente (o al menos la ha puesto en duda), estudiándola como parte de la capacidad procesal o como uno o varios institutos (la asistencia, la representación, la sustitución) separados.

Sin embargo, de acuerdo en particular a los estudios de BARRIOS DE ÁNGELIS no sólo la legitimación procesal es pasible de ser considerada como un requisito que engloba todos estos últimos institutos a los que me he referido, sino que por razones lógicas así debe hacerse.

Retomando entonces las ideas consideradas en ocasión del estudio del concepto genérico de legitimación procesal y refiriéndolas a los sujetos que ahora nos interesan, debe señalarse que la legitimación procesal

es una aptitud que deben tener los sujetos que realizan los actos procesales correspondientes a los interesados principales, y que existe cuando se presenta cierta circunstancia “extrínseca” a sus personas. Y como ya he expresado, esta legitimación es independiente de la capacidad procesal, pudiendo tener un sujeto una de las dos y carecer de la otra.

¿Cuál es la circunstancia extrínseca a los sujetos que realizan los actos procesales que corresponden a los interesados principales, y que les otorga la legitimación procesal?

Se trata de un vínculo o nexo entre sus personas y los sujetos a los que se imputan los efectos de los actos procesales correspondientes a los interesados principales (esto es, aquellos sujetos que propiamente se identifican como los interesados principales del proceso, los integrantes de las partes “en sentido material”). Es que en cualquier caso y con independencia de que el sujeto tenga o no capacidad procesal (lo cual también influirá para que el acto sea o no admisible, pero no ya por falta de legitimación procesal sino por

ausencia de tal capacidad), todo sujeto que realiza un acto procesal cuyos efectos se imputan a algún interesado principal debe tener alguna clase de vínculo con este último. Ese vínculo es el que –precisamente– “legitima” su actuación procesal: legitima que el sujeto pueda “realizar” un acto procesal concreto.

Y en el caso específico de los interesados principales el vínculo existe por presentarse una relación de “identidad” entre ambos sujetos (por realizar el acto el mismo sujeto a quién se imputan sus efectos), o por concurrir una relación de “asistencia”, de “representación” o de “sustitución” entre uno y otro sujeto⁵¹.

⁵¹ Sin embargo debe tenerse presente que no siempre es admisible cualquiera de estos cuatro vínculos: en ciertos casos concretos el Derecho Procesal nacional exige que quién realiza ciertos actos de los interesados principales tenga necesariamente uno de estos vínculos, excluyendo los otros.

Sin que esta enunciación sea taxativa, ello sucede por ejemplo cuando se trata de comparecer en la audiencia preliminar de un proceso ordinario, en cuyo caso se exige que actores y demandados (si son personas físicas con capacidad procesal, pues diferente es la solución legal si se trata de personas jurídicas) concurren personalmente (art. 340.1 del C.G.P.); lo que se traduce en que para realizar ese acto el sujeto sólo puede tener legitimación procesal por identidad (o en todo caso por

El vínculo de identidad existe entonces toda vez que coinciden el sujeto que realiza el acto procesal con el sujeto al que se imputan los efectos del mismo (en expresión tradicional: cuando coinciden los integrantes de la parte en sentido formal con los integrantes de la parte en sentido material). Claro está que el acto no será admisible si, pese a tener legitimación procesal (por identidad), quién realiza el acto no tiene además capacidad procesal; de donde, a vía de ejemplo, será inadmisibile –pero no por falta de legitimación procesal, sino por ausencia de capacidad procesal– el acto de un interesado principal realizado por el mismo sujeto al cual se imputan sus efectos

asistencia o sustitución), excluyéndose la legitimación procesal que resulta de un vínculo de representación. También ocurre lo mismo cuando se trata de notificarse del emplazamiento y el sujeto que debe notificarse se encuentra dentro del “área jurisdiccional del tribunal” (art. 128 del C.G.P., “a contrario sensu”); o cuando se trata de que el interesado principal declare en su calidad de integrante de una parte (arts. 151.1 del C.G.P. y diversas normas del C.P.P. de 1980 en relación al imputado); o si se trata de la comparecencia a las audiencias de divorcio por sola voluntad de la mujer o por mutuo consentimiento (numerales 2 y 3 del art. 187 del Código Civil de Uruguay); o de la comparecencia en los casos que el tribunal requiera se realice en forma personal (art. 38 del C.G.P.); etc.

pero que es menor de edad o que ha sido judicialmente declarado incapaz.

El vínculo de asistencia se presenta cuando el sujeto que realiza un acto procesal conjuntamente con un sujeto menor de edad emancipado o habilitado a quién se imputan los efectos de dicho acto, ha sido designado asistente de este último. La “asistencia” es requerida por el Derecho para la realización de actos correspondientes a los menores de edad emancipados o habilitados (que en Uruguay actualmente serán solamente los menores de dieciocho años que han contraído matrimonio o que intervengan en procesos referidos a sus “peculios” profesional o industrial). A este respecto el legislador establece que dichos sujetos, pese a ser menores de dieciocho años, tienen – excepcionalmente – una cierta capacidad procesal, por lo que a diferencia de lo que ocurre con los menores en general su voluntad debe necesariamente ser tomada en cuenta para realizar los actos procesales. Pero según el art. 32.2 del C.G.P. dicha capacidad no será suficiente para que puedan realizar los actos

procesales, por lo que el mismo legislador exige para esto último que junto a la de ellos concorra la voluntad de un sujeto con capacidad procesal plena (que, a diferencia de los representantes de un menor, no podrá tampoco realizar el acto por sí sólo, debiendo contar necesariamente con la voluntad conforme del menor asistido). La creación de este vínculo está regulada por el art. 33.1 del C.G.P.: la designación del asistente – que la hará siempre un tribunal – podrá ser solicitada por el propio menor si quiere iniciar o se le quiere iniciar un proceso, o por el actor del proceso si el menor fuera el demandado (siguiéndose en cualquiera de los casos, a tal efecto, el trámite de un proceso voluntario).

El vínculo de representación procesal es por su parte el que existe entre un sujeto que sin tener un interés personal en el resultado realiza un acto procesal en nombre de otro sujeto a quién se imputan los efectos de dicho acto, y éste último sujeto.

Y en tal sentido parece oportuno señalar que de entre las muchas formas que es posible ensayar para

clasificar los vínculos de representación procesal, me parece que – a efectos de la mayor comprensión del instituto y de su régimen – la más útil es la que puede establecerse a partir, en primer lugar, de la distinción entre “vínculos de representación orgánica” y “vínculos de representación no orgánica”⁵².

Finalmente, el vínculo de sustitución procesal es el que existe entre un sujeto (llamado sustituto) que tiene interés personal en el resultado del proceso (lo que lo distingue del representante), y que realiza actos procesales cuyos efectos se imputan a otro sujeto (llamado sustituido). Este vínculo, en el Derecho Procesal de Uruguay, solamente nace “cuando la ley lo autorice” (art. 36.2 del C.G.P.), siendo entre otros los casos más típicos de sustitución procesal (no de sucesión, que es totalmente diferente) el de la acción subrogatoria o el del síndico del concursado.

Ahora bien, luego de considerar los múltiples caminos a través de los

cuales se puede crear el vínculo que otorga la legitimación procesal (por identidad, por asistencia, por representación o por sustitución), y siendo que la misma es un requisito de los actos procesales, cabe preguntarse que consecuencias atribuye a su ausencia nuestro Derecho Procesal. La respuesta es que el acto resulta necesariamente nulo; no obstante lo cual corresponde plantearse si esa nulidad es o no subsanable.

En cuanto a lo primero debe tenerse presente que la legitimación procesal es considerada en general por la doctrina como un “presupuesto procesal” de los actos de los interesados principales, y que –una vez más– estos presupuestos procesales están comprendidos en el primer párrafo del art. 111 del C.G.P., cuando menciona los “requisitos indispensables de validez”. Siendo

⁵² Un muy detallado estudio de todas las formas de representación, con referencias normativas correspondientes al Derecho de Uruguay, puede por ejemplo consultarse en el tomo II (y en parte en el tomo VI) de la

obra *Derecho Procesal* de mi autoría (ABAL OLIÚ, Alejandro, *Derecho Procesal*, F.C.U., Montevideo).

así, su ausencia tendría como consecuencia una nulidad del acto⁵³.

De allí que pueda concluirse que toda carencia de legitimación procesal conlleva la nulidad del acto realizado (esta conclusión se ve además ratificada, a contrario sensu, por lo que establece el art. 34.3 del C.G.P., cuando califica como “válidos” a ciertos actos realizados por representantes –esto es, “legitimados procesales”– de los interesados principales).

Mas, esta nulidad ¿es subsanable? Si, pero solamente por

ratificación (y no por el mecanismo de convalidación previsto en el art. 112 del C.G.P.). En efecto, tratándose de la demanda el ya citado art. 342.3 del C.G.P. establece que la nulidad por ausencia de “personería” (que debe interpretarse extensivamente como ausencia de cualquier clase de legitimación procesal) es subsanable; y dicha regulación – por integración analógica fácilmente fundable y aceptada en forma prácticamente uniforme por la doctrina y la jurisprudencia – es aplicable a la ausencia de legitimación procesal en

⁵³ Por otra parte, refiriéndose a un caso concreto de ausencia de legitimación procesal, el art. 342.3 del C.G.P. indica que si el tribunal acoge la excepción previa de ausencia de legitimación procesal (“falta de personería”) de quién presentó la demanda o reconvención, deberá otorgar un plazo de diez días para subsanar el defecto (mediante ratificación realizada por quién tenga legitimación procesal) bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda (suspendiéndose mientras tanto la audiencia preliminar), lo que equivale a tener por nulo el acto de demandar. Y, asimismo, el art. 40 del mismo Código establece, expresamente, que “será nulo” lo actuado por un sujeto que en un caso de urgencia alega tener un poder y actúa sin presentar la prueba de que existe ese poder, y luego no presenta tal prueba dentro del plazo que le fije el tribunal para hacerlo.

O sea que –al margen de lo señalado respecto al primer párrafo del art. 111– aún cuando el Código no contiene una regulación general explícita de las consecuencias de la ausencia de legitimación procesal en la realización de cualquier acto imputable a un interesado

principal - limitándose a indicar lo que ocurre en el caso de faltar a indicar una variedad de la misma (la representación) al demandar (art. 342.3), o al no haberse probado la representación luego de realizar una primera gestión urgente sin acreditarla pero alegando que existe (art. 40) - no pareciera que puedan quedar dudas de que –además del argumento referido al primer párrafo del art. 111– en todo caso lo establecido por estas dos disposiciones regula, por integración normativa a través de la analogía, las consecuencias de la ausencia de esta legitimación en todo y cualquier caso (o sea cuando, por ejemplo, sin tratarse de una de las situaciones urgentes a las que refiere el art. 40 del C.G.P., comparece un sujeto alegando ser representante de los demandados y no lo es; o cuando se presenta un recurso de apelación en representación de los actores pero sin que realmente exista ese vínculo de representación; o cuando se alega ser sustituto procesal del actor y no se es tal; o cuando se alega ser asistente procesal de alguno de los interesados principales sin serlo; etc.).

la realización de todo acto procesal; por lo que toda vez que se declare la nulidad de un acto por esta causa el tribunal deberá otorgar (inclusive en el caso del art. 40 del C.G.P., al declarar nulo el acto de quién alegó no poder presentar el poder que tenía) un plazo de diez días.

Finalmente, debe reiterarse que con absoluta lógica (pues para nada importa la voluntad de la contraparte en relación a si quién realiza el acto está o no autorizado a hacerlo), esta nulidad no es en cambio subsanable a través de la convalidación, que opera por el consentimiento tácito de la contraparte (art. 112 del C.G.P.) al no reclamar que se declare la misma “en la primera oportunidad hábil al efecto y por la vía correspondiente” (y ello, porque se trata de una nulidad de aquellas que según el primer párrafo del art. 111 del C.G.P. deriva de la ausencia de uno de los “requisitos indispensables de validez”, y a esta clase de nulidades no se les aplica el mecanismo de convalidación previsto en el art. 112).

Respecto a cuándo debe realizarse el contralor de la legitimación procesal, siendo que la

legitimación procesal, como todos los demás requisitos que hemos considerado, es un requisito de admisibilidad (requisito “procesal formal”) de todos los actos procesales correspondientes a los interesados principales, ella debería controlarse en el mismo momento en que se verifican todos y cada uno de los actos procesales, sin perjuicio de que, al provocar su ausencia una nulidad comprendida en el primer párrafo del art. 111 del C.G.P., ese contralor pueda volver a realizarse también posteriormente, en cualquier momento.

En cuanto a quién deberá realizarlo, no puede quedar duda de que ese control deberá realizarse de oficio también en todos los casos; pues si bien la parte final del art. 133 del C.G.P. prevé tal contralor de oficio sólo en relación a la “representación” alegada por quién presentó una demanda, la solución es claramente tal para el control de todas las clases de legitimaciones (identidad, asistencia, representación y sustitución) de cualquier acto procesal de los interesados principales; puesto que al constituir

su ausencia una nulidad de aquellas comprendidas en el primer párrafo del art. 111 del C.G.P., conforme a tal disposición ella debe declararse de oficio. Ello será naturalmente sin perjuicio de la posibilidad de que el defecto se alegue por la contraparte en caso de que el tribunal no lo haya advertido, interponiendo para ello una excepción previa o los demás medios impugnativos previstos en el art. 115 del C.G.P., según corresponda.

Finalmente, por lo que refiere a cómo se efectúa el control, debe responderse que el mismo se hará cotejando la prueba de su existencia, lo que conlleva que debe acreditarse la existencia del vínculo o nexo que le da origen. Esto último está obviamente dirigido a los casos en que se invoca una legitimación procesal por asistencia, representación o sustitución; desde que si el nexo que da la legitimación procesal es de identidad, resulta obvio que la demostración de la identidad ya resulta del sólo cotejo entre la identidad del sujeto a quién se imputan los efectos del acto y la del sujeto que lo realiza. Corroborando lo señalado, el art. 40

del C.G.P. –aunque haciendo referencia solamente al nexo de representación– establece que la legitimación procesal debe acreditarse (y ella no se presume como si sucede según vimos con las capacidades). Empero, una vez acreditada su existencia en relación a un acto procesal, esa existencia se presume (siempre presunción legal simple, que admite prueba en contrario) de allí en adelante en relación a ese sujeto.

A JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL E SUA REFUTAÇÃO. OBSTÁCULOS PARA CONTROLAR A VALORAÇÃO DA PROVA EM SEDE RECURSAL: IMPEDIMENTO POLÍTICO E IMPEDIMENTO EPISTÊMICO. A PROVA COMO PARTE DO RACIOCÍNIO JUDICIAL. CONCLUSÃO

*André Luiz Maluf de Araújo*⁵⁴

A JUSTIFICATIVA DA DECISÃO JUDICIAL E SUA REFUTAÇÃO

Impugnar uma decisão judicial significa postular certos vícios de justificação, em instância processual específica, para que a decisão seja revista pelo mesmo órgão que a proferiu, ou por outro. Nesse último caso, costuma-se dizer que o meio impugnante em questão tem um "efeito devolutivo" e, para alguns, apenas este meio constitui *recurso* autêntico.

⁵⁴ É formado em Ciências Jurídicas (1988) pela - FUCMT – Campo Grande, Mestre em Direito Processual Civil (89/91) pela USP/SP - Largo do São Francisco, Pós-graduado (Latu Sensu) em Direito Constitucional e Direito Administrativo – Membro do IBDC, possui estudo na Universidade de Milão (1991), Membro da ADPMS, ABDPRO e

Por outro lado, são numerosos os vícios que podem sofrer a justificação de uma decisão judicial. Analisá-los requer a especificação de certas arestas na justificativa de tais decisões. Nesse sentido, há vários anos tem sido dito entre os teóricos que uma decisão judicial é internamente justificada, se a norma individual que é o resultado decisivo (ou seja, a decisão do produto) decorre dedutivamente da conjunção de uma premissa principal, normativa e uma premissa factual menor. Por exemplo, a decisão cuja premissa principal é que "quem descumpre um contrato deve responder por isto e arcar com o descumprimento" só é internamente justificada, se a premissa factual reza que Antônio lesou João neste contrato, ao não cumpri-lo como resta expresso. A norma individual conclusiva ou decisão do produto será, por *modus ponens*: "Antônio deverá responder pelo descumprimento contratual conforme expresso em cláusula(s) ”.

A justificativa interna de uma decisão judicial é, no entanto, apenas uma das arestas desta justificativa, talvez a mais superficial. É

do IPDP, parecerista da RBDPRO. Advogado, foi Juiz Substituto do TRE/MS. Formado em Língua Inglesa em 1980. Professor de Direito Processual Civil - Direito Civil e Direito Constitucional. Vice-Presidente da Comissão de Reforma do Novo Código de Processo Civil- Criada pela OAB/MS – 2010/2015.

um requisito mínimo, excessivamente restrito. Além disso, parece sensato exigir que os juízes expliquem por que invocam e usam em seu silogismo cada uma das premissas que o compõem: a premissa factual ou menor e a premissa normativa ou maior. Nesse sentido, a justificativa, independente de cada uma das premissas que compõem o silogismo, tem sido chamada de justificativa externa.

Reflitamos, entre as duas premissas da decisão, há uma diferença crucial, a saber: enquanto a premissa maior consiste em uma declaração expressiva de uma norma, a premissa menor é uma declaração expressiva de uma proposição empírica. Assim, enquanto o último é, necessariamente, verdadeiro ou falso, o primeiro não tem valor de verdade. Assim, uma proposição empírica é verdadeira ou falsa dependendo de como o mundo está configurado. No exemplo, a premissa factual será verdadeira se, e somente se, for o caso de Antônio ter descumprido com o contrato. Mas as regras não são verdadeiras nem falsas; no máximo são válidas ou inválidas. Portanto, a justificativa para cada uma dessas premissas terá que se referir às razões de natureza diferente, embora deva envolver procedimentos argumentativos, também substancialmente diferentes.

Importa pontuar, que não nos detemos na questão relativa à justificativa externa da premissa maior ou normativa. Embora seja útil notar que justificar a premissa factual pressupõe, em certa medida, que a premissa principal já foi determinada. É esta última premissa que determina qual é a classe relevante dos fatos, *isto é*, o caso genérico. Assim, uma premissa factual pertinente será tudo o que constitui uma instância, *ou seja*, um caso individual, da classe em questão. No exemplo, o contrato assinado e válido de uma pessoa com outra é a classe de fatos, enquanto o descumprimento do respectivo contrato é uma instância dessa classe.

Ora, justificar externamente a premissa factual, segundo a qual "Antônio lesou João" (no aspecto não qualificativo) consiste em dar razões a favor da verdade da proposição que essa premissa expressa; isto é, respondendo à *quaestio facti*, mostrando que o que é afirmado por meio da emissão dessa declaração realmente ocorreu no mundo. A justificativa de tal afirmação, costuma-se dizer, depende da presença de razões epistêmicas (ou, o que dá no mesmo: evidências) suficientes para a aceitação da afirmação factual como premissa da decisão. Assim, afirma-se que as afirmações

factuais da decisão judicial são justificadas desde que suficientemente comprovadas.

Nessa perspectiva, a conclusão do raciocínio probatório, se bem-sucedida, traduz-se em enunciado do tipo "está provado que *p*", ou seja, *enunciado probatório* que justifica o uso da premissa fática na decisão. No exemplo, afirmar que "Antônio comprovadamente descumpriu determinada cláusula contratual e trouxe prejuízos a João" justifica o uso da afirmação "Antônio lesou João" como premissa menor da decisão.

Os critérios de suficiência probatória que determinam a veracidade da declaração probatória podem ser definidos de acordo com uma pluralidade de sistemas de avaliações da evidência. Esses sistemas são os métodos de atribuição de peso de evidência aos elementos de evidência (*isto é*, às razões epistêmicas) que estão disponíveis. Penso aqui em três desses métodos: o legal (taxativo), a convicção íntima e, por fim, a livre convicção motivada do nosso Código. Deixarei de lado as duas primeiras e me concentrarei na terceira, especificamente quando diz que "a decisão deverá ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos em conformidade com o princípio da boa-fé" (assim art. 489, § 3º. do CPC /2015).

A decisão apoiada " ..em conformidade com o princípio da boa-fé" , pode ser pensada como um sistema de avaliação que dispensa tanto o recurso às normas jurídicas que determinam o peso da prova, como a sua suficiência ou não para a adoção de uma ou outra decisão (como no caso do sistema jurídico e seu ônus) e a identificação dessa suficiência com o estado subjetivo de potenciais julgadores (como acontece no sistema da íntima convicção). Mais precisamente, a única norma jurídica relevante é a que determina que a apreciação das provas deve ser justificada de acordo com as normas legais do livre convencimento motivado; isto é, aquelas da epistemologia em geral, as regras do correto entendimento humano justificado. Entre essas últimas, costumam se destacar as regras da lógica, entre elas, o princípio da razão suficiente e a experiência comum.

Este pequeno estudo visa a abordar a problemática da revisão de possíveis vícios justificativos relacionados a esse aspecto específico da decisão judicial. Será considerada a possibilidade de se examinar possíveis erros na justificativa externa da premissa factual, especialmente no que se refere à inferência probatória, por órgão diverso daquele que expediu a decisão. Em

outras palavras, trata-se da possibilidade de revisão da avaliação das evidências (assim, e apenas como exemplo, a decisão apoiada em conformidade com o princípio da boa-fé, visto a sua subjetividade), principalmente, da conclusão de que certas afirmações factuais são ou não provadas, de forma recursiva.

II. Obstáculos sustentados para controlar a Valoração da Prova em Sede Recursal: impedimento político e impedimento epistêmico

A epistemologia é a parte da filosofia que indaga sobre as condições com as quais podemos dizer que sabemos. Tradicionalmente, tem-se entendido que o conhecimento é a crença verdadeira e justificada, que alguém sabe que 'p', quando acredita que 'p', essa proposição será verdadeira, e sua crença sendo apoiada por (ou tendo sido gerada por) razões do tipo apropriado.

Consequentemente, de acordo com um sistema de prova, as razões apropriadas para julgar se uma afirmação factual está ou não provada serão aquelas que justificariam a crença na verdade dessa afirmação em qualquer domínio cognitivo. Isso não significa que, para afirmar que uma afirmação de fato é provada em juízo, as demais

condições devam necessariamente ter sido atendidas para falar de conhecimento.

Nada impede que uma declaração possa e deva ser considerada legalmente provada por razões epistêmicas, mas, ao mesmo tempo, essas razões não são suficientes para dizer que é conhecido o fato a qual a declaração se refere. Além disso, aceitar uma premissa factual como verdadeira no âmbito de uma decisão judicial pode ser justificada mesmo que a proposição expressa por essa premissa seja falsa. O que importa aqui, não é tanto ter o mesmo grau de razões que justificariam dizer que alguém sabe, nem ter garantias de que a proposição é verdadeira, o importante é que as razões, que são apeladas para justificar a aceitação daquela proposição, são da mesma natureza daquelas que justificam as crenças: razões epistêmicas.

Sabemos que aqui não é o espaço apropriado para aprofundar a discussão sobre quais são os critérios corretos para a justificação das crenças, mas falaremos breve. Aqui, a chamada "epistemologia jurídica", que ocupa um fragmento extremamente restrito nesta discussão mais ampla, uma circunscrição que aponta em duas direções.

Por um lado, vincula a epistemologia jurídica a uma concepção intuitiva e discreta

da ontologia, bem como da possibilidade e do modo de acesso à realidade. Por outro lado, mais precisamente em razão do último, sugere certos limites do que é exigido de cada decisão judicial em termos de justificação epistêmica. Talvez, e só talvez, pareça razoável exigir de cada tomador de decisão em cada ato de tomada de decisão, no que diz respeito à premissa normativa de seu argumento, a elaboração de uma “peça de filosofia jurídica” completa. Mas, certamente não pareceria razoável exigir, com respeito à premissa factual, uma justificativa que consiga demonstrar a inexistência do gênio do mal, conspirando para nos enganar, assim sobre o que pensamos perceber ou refutar, visto a conjectura de que somos cérebros medianos. A relevância que ambas as percepções sensoriais e outras crenças tem para justificar propósitos de outras crenças ou proposições nem mesmo parece estar em disputa, uma tese que não é de forma alguma indiscutível no campo da epistemologia.

Em razão do que foi dito, e a fim de avançar em direção ao tema proposto, usarei uma concepção de justificação epistêmica que não apenas se encaixa muito bem com essas intuições comuns, mas também fornece fortes argumentos a favor de muitos deles: o fundacionalismo de Susan Haack (*HAACK, Susan. Evidence and inquiry: a pragmatist*

reconstruction of epistemology. Nova Iorque: Prometheus Books, 1993).

Na perspectiva de Haack, o fundacionalismo e o coerentismo, rivais tradicionais na arena epistemológica, estão certos e igualmente sofrem de certos defeitos. O fundacionalismo consegue destacar que a percepção sensorial tem relevância na justificação epistêmica, mas está errado na medida em que assume que a justificação corre em apenas uma direção: das crenças básicas (para explicá-lo rapidamente: naquelas geradas a partir da percepção sensorial) às crenças derivadas, sem a possibilidade de receber, por sua vez, justificativa de alguns dos últimos. Ao mesmo tempo, o coerentismo consegue admitir que todas as crenças devem ser justificadas com outras crenças, mas erra na medida em que nega toda relevância justificativa para a percepção sensorial, para a experiência comum, terminando por se desconectar do mundo exterior.

Haack mostra que as tentativas fundacionais e coerentes de escapar desses erros levam ao abandono suave e plano das posições iniciais. A concepção de Haack emerge da reconstrução mais plausível de cada uma dessas duas posições. O fundacionalismo pressupõe que a experiência tem relevância justificadora, mas também

admite que as crenças decorrentes das percepções sensoriais recebem parte de seu apoio justificativo de outras crenças que fazem parte do repertório doxástico de cada agente (O termo doxástico é derivado do grego antigo δόξα (doxa), que significa "crença" ou "opinião").

Suponha que a proposição a ser provada seja 'p', a aceitação de 'p' será mais ou menos epistemicamente justificada de acordo com três parâmetros, a saber: (a) quão favorável é a evidência direta em relação a 'p' (quanto mais suporte, mais justificativa); (b) quão seguras são as razões diretas para 'p', independentemente da crença em 'p' (quanto mais segurança, mais justificativa); (c) a abrangência das provas a favor de 'p' (quanto maior a abrangência, maior a justificativa).

As evidências diretas referidas por (a) incluem (a.1) certas razões (ou seja, outros conteúdos proposicionais incluídos na rede de crenças do agente) que operam diretamente indicando a verdade ou falsidade de p e (a.2) certas evidências experienciais em favor de p. A margem em que (a.1) e (a.2) que favorecem a crença em p, depende de quanto suporte aquele conjunto de evidências oferece à proposição 'p'.

A segurança das razões diretas referidas em (b) refere-se a razões e evidências experienciais adicionais, que

indiretamente justificam a crença em 'p'. Conforme declarado no parágrafo anterior, as evidências em favor de 'p' são compostas por certas razões em favor de 'p' e por certas evidências experienciais. O parâmetro (b) indica como é justificado aceitar essas razões em favor de 'p'. As razões a favor de 'p' são, por sua vez, hipóteses factuais, de modo que a forma como são justificadas é idêntica à maneira como a crença em 'p' é justificada. Não é possível aprofundar esses aspectos para os fins deste trabalho, embora acredite, que o que foi dito seja suficiente para cumprir o objetivo proposto.

O decisivo aqui é perceber que todos esses parâmetros agora englobados no rótulo de razões epistêmicas são individualmente e conjuntamente ajustáveis. Além de cada item poder ser apresentado em maior ou menor grau, existem múltiplas combinações possíveis entre eles, que também irão variar os graus de justificativa da proposição em questão. Nesse sentido, é importante destacar que os diferentes parâmetros são, por um lado, complementares para efeito de julgar se a aceitação de uma proposta é justificada ou não e, por outro lado, compensáveis, no sentido de que a diminuição em um deles poderia ser compensada pelo aumento de outro.

De resto, nenhum destes critérios é quantitativamente ajustável, assim não é possível saber o quanto mais ou menos justificado um indivíduo se encontra em relação a uma determinada crença, nem em termos globais nem em relação a cada um dos critérios relevantes. Não é possível quantificar o favorecimento das evidências a respeito da proposição, nem o suporte justificativo em favor das razões diretas, nem a abrangência do conjunto de elementos disponíveis. Nem é sua combinação, sua complementaridade, nem a maneira pela qual eles são compensados quantificáveis. Assim, a tese da gradualidade somada à impossibilidade de quantificação leva a outra tese aqui crucial, a saber: a do contextualismo.

Nesse sentido, o contextual não é o critério epistêmico, mas a completude ou suficiência na satisfação de (os únicos, os autênticos) critérios epistêmicos (por exemplo: integração explicativa, segurança, integralidade, etc.). A suficiência de razões epistêmicas em favor de proposições varia de acordo com o contexto de decisão. Talvez uma distinção possa ser feita, por um lado, os parâmetros epistêmicos que justificam a adesão a uma ideia ou ocorrência (ou seja, a um conteúdo proposicional, como o conteúdo semântico de um ato ilocucionário

meramente assertivo potencial) e, de outro, os parâmetros operacionais epistêmicos na justificativa do ato de se afirmar e, principalmente, na justificativa de atos adicionais para os quais o conteúdo afirmado (e aceito) opera como pressuposto ou razão auxiliar. A natureza das razões que justificam a aceitação de uma proposição é sempre a mesma, isto é, razões epistêmicas, mas sua completude ou suficiência muda, dependendo do que vai ser feito em cada contexto. Assim, o que determina a suficiência ou completude das razões epistêmicas a favor de uma proposição factual são as razões práticas relacionadas à ação a ser realizada a partir da aceitação dessa proposição.

Talvez fosse até possível dizer que o verdadeiro “núcleo duro” da epistemologia aponta para a justificativa da aceitação de um conteúdo proposicional sem maiores delongas, um ponto de vista daquele que se preocupa apenas com a verdade das proposições que ele aceita e sem nenhuma consideração prática adicional. Deste ponto de vista puramente epistêmico, ao que parece, para alguém seria justificável em acreditar em tudo, desde que possua melhores razões epistêmicas.

No entanto, dificilmente poderíamos admitir que este grau de suporte para uma proposição é sempre adequado para agir.

Certas considerações práticas podem impor - talvez entre outras - demandas epistêmicas posteriores em relação àquelas que justificam aderir a uma ideia (ou talvez até mesmo se contentar com menos).

A injustificabilidade do ato é, sem dúvida, uma consideração prática; mas o que é peculiar sobre essa consideração prática é que ela encontra seu fundamento na evidência insuficiente para realizar a ação, na precariedade da justificativa epistêmica para fins práticos. Assim, a tese contextualista está intimamente ligada a uma forma específica de pragmatismo.

A área em que a questão da tensão entre o direito à dupla conformidade e a alegada impossibilidade de revisar a inferência probatória em recurso que geralmente foi levantada, tem sido a do chamado recurso com prova subjetiva. Nessa área, a rejeição da revisão do que tem a ver com a avaliação das evidências, frequentemente se concentra em três argumentos relativamente independentes.

O primeiro deles é de natureza essencialmente política e tem a ver com uma concepção conservadora e essencialista deste recurso específico, *ou seja*, da cassação ou reforma. Nesse sentido, a abordagem levantada no que se refere às questões de apuração da prova é rejeitada pela mera denominação jurídica do recurso, por suas

razões históricas, por sua “natureza jurídica”, e assim por diante. Geralmente, esse tipo de argumento remonta às origens da cassação como um desafio natural ou essencialmente destinado ao controle entre poderes políticos. Em alguns casos, isso também se deve aos normativos legais que, com base nessa concepção, excluem indiscutivelmente, por meio dos textos normativos, o acesso desse questionamento à revisão das questões de fato.

O segundo argumento, foca em uma alegada impossibilidade epistêmica factual de acesso pelo tribunal, ao procedimento para definir os fatos e avaliar as evidências. Não seria mais um obstáculo meramente político ou projeto legislativo convencional, mas um impedimento epistemológico genuíno. Este é o argumento em que devemos nos concentrar. A revisão é, deste ponto de vista, impossível, por razões cognitivas, de modo que a avaliação da prova se torna um julgamento infalivelmente exclusivo do juízo, perante o qual a prova foi produzida e analisada.

Em outras palavras, o tribunal que busca rever a decisão a *quo* pode não ter acesso ao raciocínio probatório exarado. Ele será irremediavelmente “cego” em questões de valor ou peso epistêmico das evidências produzidas. Consequentemente, faltará

qualquer aptidão crítica quanto à inferência probatória, pois tais evidências foram retiradas em primeira instância. Isso teria como consequência que as inferências deste último, em sede de tribunal, se tornariam epistemicamente impermeáveis, irreversíveis, sendo ele o soberano indiscutível em questões de correção dos fatos.

A esse segundo argumento é adicionado o terceiro, que está intimamente relacionado a ele. Com efeito, alega-se que a revisão do recurso da avaliação das provas pelo tribunal distorceria as regras da oralidade e do imediatismo. Assim, a dupla garantia, se estendida à revisão da avaliação da prova por outro juízo, tornar-se-ia uma espécie de “antigarantia” e levaria à violação do imediatismo, da garantia do requerido, bem como também da oralidade, redirecionando a avaliação final das evidências para um órgão diferente daquele que testemunhou sua divulgação.

É um obstáculo híbrido: É de natureza política, pois coloca a garantia do imediatismo sobre a da revisão em segunda instância. Mas essa escolha depende da concepção epistêmica do imediatismo. Ou seja, o argumento da impossibilidade epistêmica indicado no parágrafo anterior é considerado correto. Esta é a relação íntima

indicada entre o segundo e o terceiro argumentos, e o que torna o último um híbrido, uma vez que se o segundo argumento for rejeitado, não parece haver uma boa razão para supor que a garantia da dupla conformidade, se estendida à avaliação da revisão da prova, afete a garantia de imediatismo.

Seja como for, como é evidente, ao contrário do primeiro, o segundo e o terceiro argumentos não se limitam a afetar a capacidade do recurso.

A rejeição do controle da avaliação da prova nas instâncias superiores como sustentam alguns, constituem uma solução para um problema inexistente, baseado na má compreensão do raciocínio probatório. Uma reflexão mais rigorosa mostra que nem o segundo nem o terceiro argumento são aceitáveis, e que ambos se baseiam no exagero do que é produto do imediatismo e do que ele impõe.

A prova como parte do raciocínio judicial

O trabalho do juiz, num determinado instante, encontra-se num espaço de trevas, constituído pelos fatos que sustentam cada uma das afirmações das partes, de modo que é necessário apurar com justiça sobre tais fatos, que constitui o objetivo principal do

procedimento probatório, esta afirmação, que parece redundante e evidente, adquire importância na medida em que os elementos que constituem a decisão se baseiam em afirmações sobre fatos cuja veracidade é desconhecida em primeira mão; Da mesma forma, esse caráter de verdadeiro ou não, que o relato factual pode adquirir, não se manifesta por si só, mas como resultado de um trabalho lógico, baseado na avaliação simultânea e pactuada dos demais fatos relevantes do caso, em que graças ao raciocínio indutivo a sua validade pode ser verificada. Esse segundo aspecto é o que interessa com maior ênfase.

Na verificação da veracidade dos fatos, muitas vezes a simples observação da realidade pode nos dar a resposta, porém, no caso do juiz, ainda que tal verificação requeira apenas a ação sensorial direta dele, o caráter da verdade dos fatos é obtido indiretamente ou mediado, para alcançar uma finalidade utiliza ações judiciais que lhe permitem criar uma convicção da verdade, por exemplo, em um processo de indenização por danos derivados de um acidente de trânsito, os danos pessoais são diretamente observáveis, mas o juiz costuma criar convicção por meio de atestados médicos que o comprovam, ou seja, os exames, nesses casos, não são resultado direto da observação,

mas de uma inferência que se faz a partir de outros enunciados. As inferências padrão do exemplo mencionado são dedutivas por natureza e são caracterizadas por leis lógicas, nas quais o raciocínio válido requer necessariamente que sua origem seja encontrada em premissas verdadeiras, isso significa que não há como concluir premissas verdadeiras em um raciocínio que não seja dedutivo, muitos dos raciocínios judiciais seguem este esquema de raciocínio.

Em uma revisão das sentenças proferidas por vários tribunais do país, visualizamos que o raciocínio dedutivo é o mais popular, para dizer o mínimo. Porém, o raciocínio lógico independe do tema epistemológico dos fatos, de sua conotação factual de verdade, de modo que um argumento dedutivo não é necessariamente verdadeiro, a menos que as premissas o sejam, isso significa que o raciocínio dedutivo não garante a infalibilidade dos resultados. Isso ocorre basicamente nas chamadas provas científicas, nas quais além da validação científica, é importante que a técnica processual utilizada seja adequada, como no caso das habilidades grafotécnicas, em que é necessária uma coleta adequada de amostra. Assim, conhecer as circunstâncias em que foram levados a aceitar a validade de seus resultados, além do método de avaliação

em si, que pode ser variável, dependendo da formação científica do responsável.

O raciocínio dedutivo é precedente ao raciocínio indutivo, sendo este o processo em que o raciocínio parte do particular para chegar ao geral, exatamente o oposto da dedução. A base da indução é a suposição de que se algo é verdadeiro em algumas ocasiões, também o será em situações semelhantes, mesmo que não tenham sido observadas. A indução é verificada na atividade diária basicamente por dois tipos de operações, que são chamadas de previsão e causalidade. Desse ponto de vista, verifica-se que o raciocínio probatório mais adequado para a atividade jurisdicional é justamente aquele ao qual corresponde à evidência indutiva, uma vez que utiliza um método de raciocínio no qual as premissas, ainda que logicamente verdadeiras, não implicam necessariamente um caráter de verdade em seu resultado, nesse caso, estamos diante de probabilidades suficientes para criar convicção no juiz.

Deve-se notar que a probabilidade de certeza de um fato que surge do raciocínio indutivo implica obviamente uma margem de incerteza e liberdade de escolha entre as opções; do que resulta o poder de jurisdição exercido pelo juiz, para decidir sobre os direitos invocados. Neste contexto, é

necessário que as margens de incerteza sejam reduzidas, de modo que não se deve esquecer que a inferência judicial deve se basear em evidências empíricas perfeitamente identificáveis, para que as proposições que se formulem sobre tais evidências ou fatos, possam ser qualificadas com certeza como verdade ou não, evitando que sob o pretexto de enunciados descritivos apenas sejam formulados juízos de valor.

Este tipo de raciocínio, como se pode verificar, requer uma série de circunstâncias factuais que permitam chegar à conclusão, constituída pela resolução decisória, fundamentalmente quando se trata de casos complexos em que um único fato não é suficiente para determinar a condenação, declaração ou imposição pelo juiz. Em muitas ocasiões se tentou dar às máximas da experiência a conotação de leis sociais, cuja regularidade tem sido observada ao longo do tempo, para identificá-las como dedutivas, como no caso de quem saiu de uma reunião, ficou bêbado, dirigiu e causou um acidente, no entanto, essa inferência é uma espécie de indução, e seu resultado é uma hipótese com alto grau de probabilidade, ou seja, uma afirmação que consideramos provavelmente verdadeira, embora não saibamos se é ou não. No entanto, não se deve esquecer que o conhecimento indutivo é apenas provável,

portanto, o resultado da indução pode ser falso. Nesse contexto de falibilidade dos resultados probatórios, os métodos de avaliação da evidência adquirem especial importância para o modelo judicial da evidência, que deve observar todos os cuidados metodológicos para aproximar os resultados da verdade em grau extremo.

A motivação da prova, ao contrário da motivação da sentença, está relacionada à determinação de sua qualidade de verdade, ou probabilidade, dos enunciados introduzidos no processo pela prova, ou seja, se constitui no trabalho do juiz pelo qual ele explica as razões que sustentam este caráter de verdade, em oposição a um sistema em que a avaliação fundamentada é realmente arbitrária e subjetiva. Embora nosso sistema processual abranja princípios como imediatismo ou avaliação por meio da apreciação fundamentada, isso não significa que, em razão desses princípios, o juiz tenha a liberdade de simplesmente confiar em suas próprias percepções sensoriais ao decidir. A participação direta e imediata do juiz, defendida, não implica que a impressão que o juiz dá nas audiências, das partes ou das provas apresentadas, seja a única fonte de suas decisões, pois esta seria puramente subjetiva, nesta área surge a necessidade de

motivar a prova, que deve estar ligada tanto à prova direta - adquirida pela imediatez do juiz - quanto à prova indireta. Por outro lado, a apreciação fundamentada confunde-se, pelo ônus processual, com a afirmação genérica de prova dos fatos, com a qual pretende dar cumprimento o nosso CPC, num sentido real do sistema de valoração que promove o padrão indicado, referindo-se especificamente à exigência de raciocinar e explicar as razões e fontes pelas quais a prova foi realizada. Neste caso, a apreciação fundamentada não pode significar a declaração formal de cumprimento de um requisito processual, ou seja, o juiz não está autorizado a proferir sentença exclusivamente com base em sua convicção íntima, o que se verifica na prática processual.

É provável que, no decorrer do processo, o julgador possa perceber por meios sensoriais que uma parte não está dizendo a verdade, mas deve abstrair sua convicção íntima para motivá-la, podendo utilizar outros meios de prova que o levam a determinar o caráter de verdade de sua primeira impressão, pois também é possível que aconteça o contrário, ou seja, que ele não possa justificar sua convicção. Consequentemente, o trabalho de motivação se constitui como um filtro em relação ao trabalho intelectual do juiz, é o baluarte da racionalidade que permite

consolidar os argumentos que se refletirão na decisão. Desta forma, a técnica de motivação recomendada é aquela pela qual três elementos são estruturados em detalhes: (i) exposição das evidências, (ii) valor probatório e (iii) inferências feitas sobre elas. Sobre esta questão, é pertinente especificar que a apreciação fundamentada preconizada pelo Código de Processo Civil, embora na prática não implique qualquer justificativa dos meios probatórios, não contraria este exercício do juiz, uma vez que cobra sentido pleno, tendo em conta que a justificação dos fatos não é um simples ato, pelo contrário, a diversidade de elementos probatórios que se apresentam num caso concreto, em que cada um deles deve ser apreciado, implica uma tarefa de justificação da prova, e, conseqüentemente, também da determinação do caráter de verdade das hipóteses formuladas a partir deles. Da mesma forma, é inaceitável a forma judicial pela qual as sentenças se referem aos autos ou documentos que constam do expediente, alegando que sua mera incorporação ao processo como prova implica sua justificação. A motivação analítica da evidência deve ser ainda pedagógica e autossuficiente, a explicação do raciocínio não deve ser entendida, mas deve ser cristalina a partir da leitura da sentença.

Nessas condições, na medida em que existem vias de refutações disponíveis, tudo parece indicar que a decisão judicial pode ser criticada por meio da alegação de que o juiz estabeleceu incorretamente a suficiência probatória. Os erros, nesse sentido, podem ser de dois tipos: por um lado, quanto à (a), a presença de evidências epistemicamente relevantes e o que elas permitem inferir; de outro, no que diz respeito à alínea b), a sua suficiência axiológica para adotar a decisão em questão. A propósito, a discussão sobre esse segundo ponto é consideravelmente mais complicada e provavelmente não há possibilidade de resolvê-la recorrendo a critérios objetivos de correção, como qualquer discussão sobre o que é moralmente correto. Mas isso não impede que críticas e revisões sejam possíveis: sempre será admissível questionar - e este último, mesmo em parte, com critérios epistêmicos objetivos - visto a satisfação do padrão da prova e a conseqüente correção da constituição da suficiência pelo juiz.

Na verdade, hoje é frequentemente assumido que os padrões de prova, os limites da suficiência epistêmica, estão ligados à força da inferência probatória que os aplica. Às vezes, o propósito de analisar tal inferência tem sido recorrido ao modelo de argumento delineado por Stephen [Toulmin em seu](#)

[livro *The Uses of Argument* \(1958\)](#) . Esse é um modelo de argumento que parece especialmente adequado para os propósitos aqui propostos.

Repetindo, penso que esta é a única maneira pela qual a distinção procedimentalista (obsoleta) entre evidência direta e evidência indireta faz algum sentido: dependendo do ato de fala, pois constitui um relato das percepções sensoriais da pessoa ou uma conclusão resultante de ter processado certas inferências em formação. Assim, por exemplo, o juiz (que informa e escreve que) a testemunha afirmou que viu claramente e ouviu claramente e afirma ter estado com a parte no lugar *l* no dia *d*. Somente as declarações que reportarão diretamente esses dados sensoriais (*ou seja*, sobre o que foi percebido, o que foi visto e ouvido) seriam declarações genuínas de imediatismo.

Em qualquer caso em que, ao contrário, se faça necessário fazer algum tipo de inferência que do que se percebe leva ao enunciado factual, já será a chamada "evidência indireta", enunciados inferenciais, por exemplo: fingir o que é visto e ouvido (*ou seja*, o que é imediatamente percebido) a testemunha mente. Este último enunciado é inferencial, pois supõe pelo menos uma etapa argumentativa, intelectual, que inclui pelo menos um enunciado não

perceptivo. Consequentemente, como o leitor já pode perceber, o campo de relevância das chamadas "provas diretas" dos enunciados imediatos parece extremamente limitado, se não simplesmente nulo: elas só serão relevantes se o enunciado for justificado, a reivindicação final do argumento consiste na própria percepção do juiz, em sua própria sensação interna. Em outras palavras, as declarações de imediatismo só aparecem em cena quando o que se põe em discussão é a ocorrência do evento (alegado como) percebido, assim se a testemunha realmente fez ou não os sons que o juiz afirma ter percebido por meio de seus sentidos. Mas a verdade é que essas não são geralmente as declarações factuais cruciais da decisão judicial.

A sua relevância justificativa, no que diz respeito à reivindicação em questão, a sua relevância inferencial, depende da existência de certas regras de ligação. Por exemplo: os dados segundo os quais "a testemunha estremeceu na hora do depoimento" (que pode ser uma declaração de imediatismo se for baseada na percepção visual desse "tremor" pelo juiz) são relevantes como prova a favor do alegar que "a testemunha estava mentindo" apenas com base em uma regra. Esta oratória, por exemplo, para que

“sempre que - ou quase sempre - a testemunha treme, será porque mente”.

Para sintetizar o que foi dito até agora, a estrutura de argumento reconstruída e as distinções traçadas poderiam ser ilustradas da seguinte maneira: a premissa factual da decisão judicial é identificada com uma reivindicação (*ou seja*, uma declaração factual). Dois tipos de dados podem ser fornecidos a seu favor: declarações inferenciais ou declarações imediatas. Este último consiste no que é direta e imediatamente percebido pelos sentidos da pessoa que justifica a afirmação. Os dados inferenciais, por outro lado, apoiam a reivindicação por meio do recurso a regras de apoio. Estes podem, por sua vez, ser de dois tipos, dependendo se são apoiados pela observação do mundo ou por atos autorizados. No primeiro caso, a regra de apoio será uma máxima de experiência e todo o argumento será uma presunção *hominis*. No segundo caso, a regra de sustentação será uma norma jurídica e toda a argumentação será uma presunção *iuris*.

CONCLUSÃO

A prova judicial corresponde a uma elaboração doutrinária na qual participam tanto o juiz como as partes, cada qual no seu

papel, seja pela fixação dos fatos alegados (partes) e polêmicos, seja pela decisão sobre a validade daqueles (juiz). O objeto da prova judicial é constituído pelos fatos que constituem o objeto do conflito judicial, incorporando ao conceito de fato todos os fatos possíveis variáveis, que podem ser derivadas de questões de evidência no processo.

A concepção cognitiva da prova é o que permite a avaliação da prova de forma racional, tendo em conta a probabilidade de certeza das provas disponíveis. A prova assumida do ponto de vista racional, não subjetiva, permite determinar a veracidade das hipóteses que explicam os fatos da polémica, bem como a utilização de meios para contestar uma possível conclusão imperfeita determinada pelo juiz, fundado em instalações com probabilidade de certeza muito baixa.

Assim, como tentamos mostrar de forma singela, não pode haver limites de reanálise nos recursos, seja ou não quando o caso diz respeito a prova colhida presencialmente por imediação ou quando a sentença se utiliza de presunção *hominis*. A reanálise deve ser ampla e em todos os aspectos. No que se refere ao raciocínio probatório, já de partida, será necessário reconhecer que consiste em atividade

complexa. Ir das provas aos fatos que se quer determinar implica a realização de uma série de inferências. Chama-se inferência o passo que vai de uma informação integrada ao processo à conclusão sobre o fato cuja ocorrência importa ao caso em questão. Diga-se aqui, num caso de reanálise das questões pela óptica da boa-fé do julgador, como o exemplo acima colocado.

Essas inferências são chamadas de inferências probatórias epistêmicas. Probatórias porque são realizadas precisamente na etapa processual das provas e epistêmicas porque se devem ao esforço do agente em se aproximar ao máximo da verdade dos fatos. O esforço de determinar os fatos o mais próximo possível de como ocorreram, em realidade, dependerá do emprego de generalizações empiricamente observadas do tipo “Quando A ocorre, B ocorre também”. Elas são válidas porque efetivamente a ocorrência de fatos da categoria A costuma ser seguida da ocorrência de fatos da categoria B. Logo, quando no processo se determina a ocorrência de um fato A, fica autorizada, com isso, a conclusão da ocorrência do fato B também.

Não é demais esclarecer que as inferências probatórias epistêmicas representam a valoração racional e livre das provas, em casos nos quais isto seja possível.

De posse de suas faculdades intelectuais, o juiz integra as generalizações que estima relevantes aos fatos do caso individual que tem sob exame. Não há regras que predeterminem o rendimento de meios de provas em específico, ou que, ainda, entre eles, produza qualquer sorte de hierarquia. Daí dizer-se livre. Mas também é importante salientar o predicado racional, que significa que a liberdade para valorar as provas não inclui liberdade para considerar prova sua mera convicção íntima. O juiz é livre de tarifações jurídicas que engessem previamente o raciocínio, mas não é livre da tarefa de determinar fatos conforme razões cuja qualidade possa ser controlada por outros sujeitos.

Apesar do importante papel desempenhado por inferências probatórias epistêmicas no contexto de determinação dos fatos no processo, não há como se deixar de acudir às chamadas inferências probatórias normativas. Há exercício livre das faculdades cognitivas, mas a determinação dos fatos também pode significar o seguimento de regras. A regra conhecida como presunção de inocência civil, por exemplo, obriga o juiz a decidir com base na inocência sempre que inexistam provas suficientes da culpabilidade do acusado sobre o fato imputado pelo autor,

ao invés de tentar inverter este ônus de forma dinâmica e quando não de ofício.

A regra antecipa o resultado “inocente” nas hipóteses de ausência/insuficiência de provas, isto se aplica tanto no penal quanto no cível, e este foi o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que temos não observar em nosso sistema, e isto se visualiza de certa forma também quando se aplica a regra do ônus da prova que deriva do direito romano (STC 48/2003, de 12 de Marzo).

Em suma: claro está que a determinação dos fatos é complexo e que a sua complexidade é perfeitamente justificada. Nela, inferências probatórias epistêmicas e normativas dividem espaço. As inferências probatórias normativas servem à determinação dos fatos em hipóteses as quais o emprego da discricionariedade judicial no tema probatório envolve riscos que merecem ser evitados.

**O PODER JUDICIÁRIO DIANTE
DA SOBERANIA POPULAR:
O IMPASSE ENTRE A
DEMOCRACIA E A
ARISTOCRACIA**

*Eduardo José da Fonseca Costa*⁵⁵

Ao Eminente Professor RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, cuja palestra magna proferida no 3º Encontro Nacional da ABDPro (Curitiba, 09/11/2018) me inspirou a escrever este pequeno artigo.

I

O *équilibre des pouvoirs* marca a tradição textual constitucional a partir de MONTESQUIEU [1689-1755]. No entanto, no plano prático-político, esse equilíbrio jamais foi satisfatório. De ordinário, por força de diversos fatores, houve 1) um protagonismo do poder legislativo no século XIX, 2) um protagonismo do poder executivo no século XX e 3) um

protagonismo do poder judiciário no século XXI. Em contraposição, no plano jurídico-dogmático, não houve o esperado primado 1) das garantias individuais contrajurislativas no século XIX, 2) das garantias individuais contra-administrativas no século XX e 3) das garantias individuais contrajurisdicionais no século XXI. Onde o poder se agigantou pelas mãos dos seus titulares, ali as respectivas garantias não se agigantaram na mesma medida pelas mãos dos juristas. Decididamente, no Brasil, o polo primaz da ciência jurídica constitucional sempre foi o *poder estatal*, não as garantias individuais dos cidadãos, que o limitam. Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (a «Constituição Cidadã»). Isso tem feito do constitucionalismo brasileiro menos um «constr-*i*-tor» e muito mais um «constr-*u*-tor» do domínio estatal. Trata-se, contudo, de um enorme paradoxo. Afinal de contas, a essência do fenômeno constitucional é juridicamente limitar e refrear - não

⁵⁵ Juiz Federal em Ribeirão Preto/SP. Bacharel pela USP. Especialista, Mestre e Doutor pela PUC-SP. Presidente da

ABDPro. Diretor da RBDPro. Membro do IBDP, do IPDP e do IIDP.

alargar e propulsar - o poder do Estado. Esse é o dado estrutural invariável da historicidade positiva constitucional universal. Mesmo assim, a historiografia do pensamento jurídico-constitucional registra correntes dogmáticas pró-executivas e pró-judiciárias. Em cada uma delas, desfilam vários juristas com longa ficha de «relevantes» serviços prestados ao rendimento do despotismo. São os «juristas do poder epocal». Quanto ao jurismo autoritário pró-executivo, valem menção: a) no Brasil, FRANCISCO LUÍS DA SILVA CAMPOS ou simplesmente FRANCISCO CAMPOS [1891-1968], o «Chico Ciência», redator de tantos diplomas normativos antiliberais como a Constituição de 1937 (a «Polaca») e o AI-1 do Golpe Militar de 1964; b) no exterior, o alemão CARL SCHMITT [1888-1985], o grande jurista do Terceiro Reich, para quem um ditador forte poderia encarnar a vontade popular mais efetivamente do que um corpo legislativo (Die Diktatur, 1921). Quanto ao jurismo autoritário pró-judiciário ou judiciocrata, não se podem especificar nomes no Brasil e

no exterior: um verdadeiro exército de constitucionalistas e «processualistas» [rectius: jurisdicionalistas-procedimentalistas] adula os tribunais superiores (mal apelidados de «cortes de vértice»), defende-lhes a hegemonia institucional e receita a patuscada dos «precedentes obrigatórios».

Em tempos de ativismo judicial e de instrumentalismo processual, esses juristas têm ensinado o juiz a capturar para si o processo como se fosse seu instrumento de poder, a usurpar as atribuições dos outros poderes constituídos e, portanto, a atuar indevidamente como legislador e como administrador público, quando não, como justiceiro. Por isso, é preciso que a constitucionalística do restante do século XXI - em nome dos ditames da República e da Democracia - devolva o Poder Judiciário ao seu chão de origem. Mais: é inadiável que se edifique, em lugar de uma teoria constitucional estatista pró-jurisdição, uma “teoria constitucional cidadã pró-jurisdicionado”. Para tanto, a estrutura e a função do Poder

Judiciário devem radicar-se na cidadania e, conseqüentemente, na noção «santa e firme» de Soberania Popular. Uma ciência constitucional do Poder Judiciário deve pensar o poder jurisdicional como emanado do povo, devotado para o povo e exercido pelo povo. Eis por que as questões fundamentais primeiras de uma ciência constitucional com essa nova feição devem gravitar ao redor das seguintes perguntas: i) O Poder Judiciário tem representatividade popular?; ii) Qual o fundamento positivo-constitucional dessa representatividade?; iii) Em que medida a representatividade popular de juízes e tribunais difere da representatividade popular de parlamentares e governantes?; iv) Qual a estrutura e o conteúdo de uma relação jurídica de representação desse tipo? v) «Representatividade popular» e «legitimidade democrática» são expressões sinônimas ou equivalentes?; vi) Como o Poder Judiciário se torna democraticamente legítimo?; vii) Essa democraticidade a jusante é capaz de contrabalançar a aristocraticidade a montante do Poder

Judiciário? viii) Afinal, o que é democracia?

II

A republicanização da vida política - por influência contundente do pensamento de JEAN-JACQUES ROUSSEAU (*Contrat social*, 1762) - passou a divisar no povo *a fonte emanante, a razão de ser e o desempenho do poder* (obs.: emanar = *e/ex + manare* = «de, desde, a partir de um interior para um exterior» + «brotar, fluir» = fluir de dentro para fora). O poder é emanado do povo, devotado para o povo e exercido pelo povo. Fórmula triádica equivalente consta do artigo 2º da *Constitution de la République française du 4 octobre 1958*: «*gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple*» (<<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.n.asp>>). A propósito, a fórmula reproduz o famoso trecho do *Discurso de Gettysburg*, proferido pelo Presidente dos Estados Unidos ABRAHAM LINCOLN durante a Guerra Civil Americana, em 19 de novembro de 1863, no Cemitério Nacional dos Soldados em

Gettysburg, no Estado da Pensilvânia: «[...] *that these dead shall not have died in vain - that this nation, under God, shall have a new birth of freedom - and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth*» (<<https://www.britannica.com/event/Gettysburg-Address>>) (d. n.). Trata-se do princípio da soberania popular, que conferiu legitimidade democrática ao Estado contemporâneo, fazendo do povo o ponto arquimediano que determina «a» condição quase-transcendente de realidade do próprio Estado. Nesse sentido, o povo assume no constitucionalismo atual um papel similar ao de Deus no Gnosticismo e ao d'«O Uno» [τὸ Ἕν] no Emanacionismo de PLOTINO. Entretanto, posto que invariavelmente o poder seja emanado do povo e devotado a ele, limitações incontornáveis de praticabilidade e de organização impedem que o próprio povo exercite o poder de maneira direta, constante e estável. O povo é - como diz o publicista alemão JOSEF ISENSEE - uma «deidade muda» [*stumme Gottheit*] (*Das Volk als*

Grund der Verfassung: Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt. Opladen: Westd. Verl., 1995, p. 71). Eis por que são necessários representantes, isto é, um grupo reduzido de pessoas que faça as vezes do povo, que fale por ele, agindo reunidamente em seu nome e exclusivamente pelo seu interesse. Sob a égide do princípio da soberania do príncipe, os poderes administrativo, jurislativo e jurisdicional emanavam igualmente do príncipe e cada um deles era exercido por delegados; ou seja, administradores, legisladores e juízes eram subordinados hierárquicos ao príncipe e por ele autorizados a - respectivamente - administrar, legislar e judicar; não raro esses poderes eram avocados pelo monarca. Por sua vez, sob a égide do princípio da soberania do povo, os poderes administrativo, jurislativo e jurisdicional emanam igualmente do povo e cada um deles se exerce por representantes, salvo quando o próprio povo pode e consegue exercê-los *sponte propria* nas situações previstas na Constituição; ou seja,

administradores, legisladores e juízes são escolhidos a - respectivamente - administrar, legislar e judicar em nome e no interesse do povo. Uma enunciação clara e acurada do princípio da soberania popular poderia ser esta: «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]». Algo semelhante é pronunciado pela *Constitución Política de Colombia* de 1991 («*Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece*») (<<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>). De forma bastante parecida se pronuncia a *Constitución de la República Dominicana* de 2015: «*Artículo 2.- Soberanía popular. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, de quien emanan todos los poderes,*

los cuales ejerce por medio de sus representantes o en forma directa, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes» (<<https://www.one.gob.do/Multimedia/Download?ObjId=7082>>).

III

No Brasil, ao princípio da soberania popular é reservado o parágrafo único do artigo 1º da CF/1988: «Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou, diretamente, pelo povo, nos termos desta Constituição». O dispositivo está em conjugação funcional com o artigo 14 da CF/1988: «A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular». Como se vê, a enunciação brasileira da soberania popular é a) incompleta e b) restritiva. (a) Incompleta porque versa o povo como fonte emanante e exercente do poder, mas não como beneficiário exclusivo desse exercício, diferentemente do que faz, v. g., a *Constitución Política*

de los Estados Unidos Mexicanos no seu artigo 39 («*La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste*») (d.n.) (<<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>>); ora, de nada adiantaria ao povo ser a fonte e o exercente do poder se o poder não servisse ao próprio povo, se não que ao Estado ou a uma liderança carismática. (b) Restritiva, pois reduz os representantes do povo aos «representantes eleitos», escolhidos pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto; ou seja, limita-se a tratar dos representantes legislativos [= parlamentares] e executivos [= governantes], olvidando-se dos Representantes Judiciários [= juízes e tribunais], que, embora não eleitos, também exercem poder emanado do povo. A soberania popular não se cinge às emanações jurislativa e administrativa. A emanação é trina ou trinitária. Do povo igualmente emana jurisdicionalidade. Dentre as múltiplas atribuições do Estado

[realidade secundária ou derivada], nada há que não se determine pela unidade indivisível do povo [realidade primária ou originária], ou que o povo não contenha como *primum principium*. Findo o Estado, ao povo tudo retorna em procissão (inclusive - a propósito - a ação de direito material, cuja realização substitutiva pelo Estado-juiz, entrevista por PONTES DE MIRANDA, a doutrina brasileira nega toscamente). Com base nessa premissa, VEZIO CRISAFULLI sustentava que o Estado como um todo («*lo Stato-soggetto*») era «*rappresentante del popolo*» (v., p. ex., SILVESTRI, Gaetano. *Sovranità popolare e magistratura*. <<http://www.costituzionalismo.it/pdf/?pdfId=107>>). Daí o acerto da *Constitución de la República del Ecuador*: «Art. 167.- *La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución*» (<<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6716.pdf>>). Vale menção, outrossim, o artigo 178

(I) da *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*: «La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos»

(https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf) (d. n.). Nesse sentido, mais bem sucedida é a enunciação do princípio da soberania popular [*Volkssouveränitätprinzip*] constante do artigo 20 (2) da Lei Fundamental da República Federal Alemã: «*Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.*»

(<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>) (tradução: «Todo poder também por meio de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário»). Nessa mesma linha a *Constitución*

Política de la República del Panamá: «Artículo 2- El Poder Público sólo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece, por medio de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración.»)

(https://www.oas.org/juridico/spanish/pan_res2.doc). Da mesma forma o artigo 6º (1) da *Constitution of Ireland [Bunreacht na Héireann]*: «*All powers of government, legislative, executive and judicial, derive, under God, from the people, whose right it is to designate the rulers of the State and, in final appeal, to decide all questions of national policy, according to the requirements of the common good*» (https://www.taoiseach.gov.ie/eng/Historical_Information/The_Constitution/Constitution_of_Ireland_Aug_20_12_.pdf).

IV

A CF/1988 fala de a) vereadores, deputados estaduais, deputados federais e senadores como representantes *legislativos* do povo,

de b) prefeitos, governadores de Estado e presidente da República como representantes *executivos* do povo, e de c) juízes e tribunais como representantes *judiciários* do povo (logo, magistrados não são propriamente «servidores públicos», mas Agentes Políticos, que ocupam cargos em *órgãos de soberania popular*). Aliás, tão apenas juízes e tribunais. Nada se diz sobre o árbitro. Não é ele emanção jurisdicional do povo. O poder jurisdicional é emanado do povo, devotado para o povo e exercido pelo povo diretamente, nos termos da Constituição, ou mediante 1) juízes e 2) tribunais. Não há um *tertium*. No texto constitucional brasileiro, nada há que se assemelhe, *e. g.*, ao artigo 209º (2) da Constituição da República Portuguesa («Podem existir tribunais marítimos, *tribunais arbitrais* e julgados de paz») (d. n.) e ao artigo 190 da *Constitución de la República del Ecuador* («*Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las*

que por su naturaleza se pueda transigir»). Enfim, no Brasil, infelizmente, nenhuma erosão ainda foi infligida à estatalidade da jurisdição. Por isso, é inconstitucional a interpretação da arbitragem como jurisdição. Nada impede que se lhe admita residualmente uma natureza contratual. Nesse caso, a sentença arbitral será um título executivo judicial *ex vi legis*, não *ex vi suaessentiae* [CPC, art. 515, VII]. Situação diversa é a do tribunal do júri, cuja jurisdicionalidade é reconhecida no inciso XXXVIII do artigo 5º da CF/1988. É importante registrar que o corpo de jurados forma um colegiado leigo de *representantes jurisdicionais não-judiciais do povo*, de «agentes jurisdicionantes» que não são juízes de carreira; assim sendo, estão mais próximos do povo que dos juízes e tribunais, mais próximos da fonte emanante que do resultado emanado, mais próximos do uno que do múltiplo. Daí a soberania de seus veredictos [CF/1988, art. 5º, XXXVIII, c], corolário da soberania do povo, de cujo seio os jurados são pinçados *per saltum*.

Como já dito, a representatividade popular de juízes e tribunais não é eletiva ou imediata. O sistema brasileiro de recrutamento judicial é um misto de seleção técnica e nomeação política [CF/1988, art. 93, I; art. 94, *caput* e parágrafo único; art. 98, II; art. 101, *caput* e parágrafo único; art. 104, parágrafo único, incisos I e II]. Por outro lado, a Constituição do Estado da Geórgia, nos EUA, prevê sistema eleitoral de recrutamento judicial (Artigo VI, Seção VII, Parágrafo I: «*All superior court and state court judges shall be elected on a nonpartisan basis for a term of four years. All Justices of the Supreme Court and the Judges of the Court of Appeals shall be elected on a nonpartisan basis for a term of six years. The terms of all judges thus elected shall begin the next January 1 after their election. All other judges shall continue to be selected in the manner and for the term they were selected on June 30, 1983, until otherwise provided by local law.*» (<http://sos.ga.gov/admin/files/Constitution_2013_Final_Printed.pdf>). De todo modo, a representação popular não-eletiva ou mediata é

autêntica representação. Não sem motivo, diversas constituições prescrevem que juízes e tribunais (os representantes) devem administrar a justiça *em nome do povo* (o representado). Assim estabelece o artigo 202º (1) da Constituição da República Portuguesa («Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo» (<<http://www.parlamento.pt/Legislaao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx>>). Também o faz o artigo 20 da *Constitution Libanaise*: «*Les arrêts et jugements de tous les tribunaux sont rendus et exécutés au nom du Peuple libanais*» (<<http://www.cc.gov.lb/sites/default/files/La%20Constitution%20Libanaise.pdf>>). Do mesmo modo o artigo 26 (3) da Constituição da Grécia de 1975 («*Σύνταγμα της Ελλάδας*»): «*Η δικαστική λειτουργία ασκείται από τα δικαστήρια· οι αποφάσεις τους εκτελούνται στο όνομα του Ελληνικού Λαού*» (<<https://www.hellenicparliament.gr/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/article-26/>>) (tradução: «Os poderes judiciários

devem ser exercidos por tribunais de justiça, as decisões devem ser executadas em nome do povo grego»).

V

A representatividade popular da magistratura é corroborada, ademais, por diversas leis infraconstitucionais de países estrangeiros: i) artigo 132 do *Codice di Procedura Civile* italiano: «*La sentenza, è pronunciata in nome del popolo italiano e reca l'intestazione: Repubblica Italiana*» (<<https://www.google.com.br/amp/s/exscripta.it/amp/codici/codice-procedura-civile/articolo-132>>); ii) artigo 125 (2) do *Codice di Procedura Penale* italiano: «*La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano*» (<<https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-secondo/titolo-ii/art125.html>>); iii) artigo 88 (1) do *Codice del processo amministrativo* italiano: «*La sentenza, è pronunciata in nome del popolo italiano e reca l'intestazione: Repubblica Italiana*» (<[\[a/area_amministrativa/2010/settembre/News_2010_1/Dlgs_104_2010_Codice_Amministrativo.pdf\]\(https://www.brocardi.it/codice-del-processo-tributario/titolo-ii/capoi/sezione-iv/art36.html\)>\); iv\) artigo 36 \(1\) do *Codice del processo tributario* italiano: «*La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano ed è intestata alla Repubblica italiana*» \(<<https://www.brocardi.it/codice-del-processo-tributario/titolo-ii/capoi/sezione-iv/art36.html>>\); v\) artigo 454 do *Code de Procédure Civile* francês: «*Le jugement est rendu au nom du peuple français*» \(<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEX000006070716&idArticle=LEGIARTI000006410700>>\); vi\) § 25 \(4\) da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão \(*Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG*\): «*Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergehen "im Namen des Volkes"*» \(tradução: «As decisões do Tribunal Constitucional Federal são proferidas "em nome do povo"»\) \(<\[https://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/___25.html\]\(https://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/___25.html\)>\); vii\) § 268 \(1\) do Código processual penal alemão \(*Strafprozeßordnung - StPO*\):](http://ww2.gazzettaamministrativa.it/opencms/export/sites/default/_gazzetta_amministrativa/gazzetta_inform</p></div><div data-bbox=)

«Das Urteil ergeht im Namen des Volkes» (tradução: «O julgamento é proferido em nome do povo») (<https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/___268.html>); viii) § 311 (1) do Código processual civil alemão (*Zivilprozeßordnung - ZPO*): «Das Urteil ergeht im Namen des Volkes» (tradução: «O julgamento é proferido em nome do povo») (<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/___311.html>); ix) § 117 (1) do Código de jurisdição administrativa alemão (*Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO*): «Das Urteil ergeht im Namen des Volkes» (tradução: «O julgamento é proferido em nome do povo») (<https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/___117.html>); x) § 117 (1) do Código de jurisdição fiscal alemão (*Finanzgerichtsordnung - FGO*): «Das Urteil ergeht im Namen des Volkes» (tradução: «O julgamento é proferido em nome do povo») (<https://www.gesetze-im-internet.de/fgo/___105.html>); xi) § 132 (1) da Lei de jurisdição social alemã (*Sozialgerichtsgesetz - SGG*): «Das Urteil ergeht im Namen des Volkes» (tradução: «O julgamento é

proferido em nome do povo») (<https://www.gesetze-im-internet.de/ssg/___132.html>); xii) artigo 1º da Lei Portuguesa de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei nº 3/99, de 13 de janeiro): «Os tribunais judiciais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo» (<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1&tabela=leis>). Não se trata de sub-, proto-, quase- ou pseudo-representação. Tampouco de representação «de baixo grau», «de segunda mão» ou de «ordem inferior». Na representação eletiva, a soberania do povo é situação jurídica originária; a representatividade popular dos agentes políticos (no caso, parlamentares e governantes), situação jurídica derivada: o exercício da soberania pelo povo, mediante voto direto e secreto [*prius*], faz nascer a representatividade popular do agente político [*posterius*]. Já na representação não-eletiva, a soberania do povo e a representatividade popular do agente

político (no caso, juízes e tribunais) são situações jurídicas simultâneas, cooriginárias e independentes entre si, que decorrem diretamente da Constituição. Elas têm, enfim, origem *uno actu*. Se se admitisse a inautenticidade da representação não-eletiva, ter-se-ia de dizer que: A) a jurisdição não é propriamente um poder, mas um «setor», uma «repartição»; logo, somente haveria dois poderes: «*juris-latio*» [= criação do direito] e «*juris-executio*» [= aplicação do direito] (o que atenta contra a CF/1988, que adotou um sistema de divisão de poderes tripartite, não bipartite) [= interpretação restritiva do âmbito de incidência]; ou B) a jurisdição é um poder que não emana do povo (o que atenta contra o artigo 1º, parágrafo único, da CF/1988: onde se lê «todo poder emana do povo», ter-se-ia de ler «*nem* todo poder emana do povo» ou «todo poder emana do povo, *exceto o poder jurisdicional*») [= interpretação restritiva do programa normativo]. Logo, a leitura correta do artigo 1º, parágrafo único, da CF/1988, é a seguinte: C) «todo poder emana do povo, que o exerce por meio de

representantes eleitos e não eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição» [= interpretação ampliativa].

VI

Portanto, para se abarcar o ofício dos juízes e tribunais no conceito de democracia, é preciso redefini-la em termos mais realistas. Não é possível mais a definição tradicional de democracia como o sistema das normas gerais e abstratas, que são criadas pelo povo ou por representantes por ele eleitos. Na verdade, ela é «apenas» um sistema de poder - não circunscrito ao âmbito legislativo - exercido *em nome do povo*. Extraordinariamente, o poder é exercido de maneira direta pelo próprio povo; ordinariamente, o poder é exercido de maneira indireta por meio de representantes, dos quais só alguns são eleitos (cf. TROPER, Michel. *Le Pouvoir Judiciaire et la Démocratie*. <https://ejls.eui.eu/wp-content/uploads/sites/32/pdfs/Autumn_Winter2007/Le_Pouvoir_Judiciaire_et_la_Démocratie_%20Michel_Troper_.pdf>: «[...] *a démocratie* [...] *n'est plus ni un système d'autonomie,*

ni le pouvoir exercé par le peuple à travers des représentants élus, mais seulement un pouvoir exercé au nom du peuple par des représentants dont certains seulement sont élus). A democracia juridicamente positivada nada mais é do que isso. Em outros termos: a democracia é uma categoria jurídico-positiva definida pela Constituição, não uma fórmula política supranacional. Gostem ou não alguns juristas criativos de soluções mirabolantes, que têm no democratismo igualitário radical um superprincípio suprapositivo capaz de desautorizar o próprio texto constitucional, como se a democracia não fosse *da* Constituição, mas *apesar dela*. Ora, a um só tempo, o sistema brasileiro de direito constitucional positivo vigente introduz o princípio democrático e atenua-o a circunstâncias particulares do País (o que demonstra, dentre outras coisas, que o controle de constitucionalidade é menos um instrumento da democracia que um limite a ela). Nesse sentido, a democracia - tal como plasmada nas constituições em geral e na constituição brasileira em particular - não é «o» ideal político-

abstrato da democracia teórica. Afinal, o subsistema constitucional jurisdicional contém um *quid* ineliminável (quase um «mal necessário») de Aristocraticidade. Não obstante, esse *quid* impede a degradação do Judiciário por um «despotismo eleitoreiro». Evita que juízes e tribunais se desvistam da imparcialidade e da independência e, em lugar de aplicarem corretamente o direito positivo, se curvem à pressão e à opinião imponderada de seus eleitores. Nesse sentido, juízes e tribunais são representantes populares não eleitos, escolhidos não pela vontade popular, mas por aprovação em concurso ou nomeação política. Isso faz do sistema constitucional como um todo, se não propriamente um sistema misto, ao menos em sua gênese um «sistema democrático não-puro» ou um «sistema democrático com algum resquício aristocrático». Assim, o Poder Judiciário padece do «pecado original da aristocraticidade crônica». Uma vez instituído pela CF/1988, ele já nasce sob e em privação primordial de democraticidade. Daí a necessidade

de uma «compensação», que se faz exigindo-se de juízes e tribunais - seja no julgar, seja no proceder - uma Fidelidade “Canina” a Constituição e às Leis. Para que o País se constitua num pleno Estado Democrático de Direito (CF/1988, art. 1º, *caput*), é preciso que os seus juízes e tribunais adotem uma ortodoxia constitucional e legal antidiscrecional (o que já seria bastante, por exemplo, para expulsar do sistema o «julgamento por equidade», que não passa de um resto inconstitucional de detrito medieval). Faltando-lhes democraticidade constitutiva, extraem-na apenas dos textos preexistentes de direito positivo aprovados pelos representantes eleitos democraticamente pelo povo (cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Legitimidade dos atos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *VirtuaJus*. Belo Horizonte. v. 13. n. 1. 1º sem.-2017, p. 17: «[...] a legitimidade democrática dos atos praticados pelos órgãos competentes ao exercício da função jurisdicional prestada pelo Estado exige assentamento rigoroso nas normas emanadas da vontade

popular, debatidas, votadas e aprovadas pelos representantes das pessoas do povo no parlamento, as quais devem fiscalizá-lo, normas tais que compõem o ordenamento jurídico vigente, após sancionadas pelos governantes eleitos». V., ainda, ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112-114). Noutras palavras: o Poder Judiciário não ganha democraticidade diretamente de seu modo de composição [legitimidade estrutural], mas indiretamente de seu modo de atuação [legitimidade funcional]. Enfim, «compensa» a sua aristocraticidade organizativa com a democraticidade da Constituição e das leis, que aplica à risca. Frise-se: com a democraticidade da *lex populi* emitida pelo Poder Legislativo, não da *vox populi* emitida pelas ruas.

VII

Segundo FÁBIO KONDER COMPARATO, «o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o

único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*: é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo» (O Poder Judiciário no regime democrático. *Estudos Avançados*. 18 (51). 2004, p. 151). Todavia, essa posição esbarra em grave problema: embora desejável a *auctoritas* judicial, não há nexo necessário entre «respeito moral» e «democracia», o que faz com que o déficit estrutural de democraticidade do Judiciário [composição não-eletiva] não seja simetricamente «compensado» com um suplemento funcional de democraticidade [adstrição à Constituição e às leis], mas com uma performance ético-ocupacional [«prestígio público»], a qual - não se podendo objetivar - não pode ser seguida *ab intra* pelos juízes, nem controlada *ab extra* pelos jurisdicionados. Alguns dizem, conquanto não escrevam, que o concurso público de provas e títulos (CF, art. 93, I) confere por si só legitimidade democrática aos juízes.

Sem razão, porém. Quem diz isso não sabe o que significa «legitimidade» nem «democracia». Atendem mais ao *princípio republicano* que ao princípio democrático, tanto a escolha dos agentes públicos em geral, mediante seleção por critérios objetivos de mérito, quanto à escolha dos juízes em particular, mediante concurso público de provas e títulos. Da mesma forma, o elo entre os concursos públicos e as eleições populares é menos o princípio democrático e mais o *princípio republicano*. Na verdade, a expressão imediata do princípio democrático são as eleições populares, não o concurso público. A seiva democrática provém do voto secreto, imotivado e incontrolável feito pelo povo, não da seleção pública, motivada e controlável feita pela banca examinadora. Logo, não se pode divisar força democratizante equivalente entre uma coisa e outra. Ainda que assim não fosse, a suposta força democratizante do concurso de provas e títulos somente imantaria os juízes concursados, não aos nomeados. Por isso, não sem razão, diversas constituições nacionais,

proclamando a representatividade popular de seus juízes e tribunais, submete-os ao império exclusivo da Constituição e da lei, exortando-os a uma autolegitimação democrática e, por via reflexa, resguardando-lhes a indispensável independência funcional: i) *Costituzione della Repubblica Italiana*, art. 101: «*La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge*» (<<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>); ii) *Constitució del Principat d'Andorra*, artigo 85 (1): «*En nom del poble andorrà la justícia és administrada exclusivament per jutges independents, inamovibles i, en l'àmbit de les seves funcions jurisdiccionals, sotmesos només a la Constitució i a la llei*» (<<http://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/constitucio/const-cat>>); iii) *Constitución Española*, art. 117 (1): «*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente*

al imperio de la ley» (<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>); iv) *Constitución Política del Peru* de 1993, artigo 138: «*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes*» (<https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf>); v) *Constitución Política de la República de Honduras* de 1982: «*La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se imparte gratuitamente en nombre del Estado, por magistrados y jueces independientes, únicamente sometidos a la Constitución y las leyes. El Poder Judicial se integra por una Corte Suprema de Justicia, por las Cortes de Apelaciones, los Juzgados, y demás dependencias que señale la Ley*» (<https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_honduras.pdf>). Por sua vez, a Constituição da República de Angola divide a fórmula em dois dispositivos: no artigo 174º (I) prescreve que «os tribunais são o órgão de soberania com competência

de administrar a justiça em nome do povo»; no artigo 175, que, «no exercício da função jurisdicional, os Tribunais são independentes e imparciais, estando apenas sujeitos à Constituição e à lei» (<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao001pt.pdf>). Aliás, esse é o substrato material do juramento de posse dos juízes no Brasil, que prometem «cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis do País». Na verdade, melhor seria se promettessem «cumprir e fazer cumprir, Em Nome Do Povo, a Constituição e as leis do País». De qualquer modo, a realização de valores como moralidade, religiosidade, justiça equitativa, justiça distributiva, justiça social, eficiência econômica e conveniência política não se incluem nesse juramento. Nem poderiam...

VIII

Como se viu, 1) o povo é tornado soberano, 2) os juízes são tornados representantes do povo sem eleição e 3) esse aristocratismo judiciário congênito é contrabalançado pela submissão

tecnoburocrática dos juízes à Constituição e às leis. Nota-se, assim, que: a) sob o ponto de vista estrutural, representatividade popular e legitimidade democrática não são qualidades equivalentes; b) sob o ponto de vista funcional, são qualidades complementares. Para os poderes legislativo e executivo, a legitimidade democrática é *prius*; a representatividade popular, *posterius*: tendo sido eleitos, ou seja, tendo sido legitimados *ex ante* pelo voto popular, parlamentares e governantes tornam-se, por conseguinte, representantes do povo [= legitimidade democrática constatativa ou consecutiva]. Em contrapartida, para o poder judiciário, a representatividade popular é *prius*; a legitimidade democrática, *posterius*: tendo sido investidos na condição de representantes do povo, juízes legitimam-se *ex post* aplicando à risca a Constituição e as leis nas suas atividades de julgar e proceder [= legitimidade democrática performativa ou eventual]. No caso do poder judiciário, existe um *iter* de legitimação que vai da representatividade popular à legitimidade democrática; já no caso

dos poderes legislativo e executivo, não existe um *iter* que vá da legitimidade democrática à representatividade popular (obs.: a legitimidade é o resultado de uma legitimação bem-sucedida, i.e., o estado que ocorre após o *iter* haver sido concluído - cf., p. ex., JOSEF ISENSEE, Ob. cit., p. 75: «*Legitimität ist das Resultat einer (erfolgreichen) Legitimation, der Zustand, der eintritt, nachdem der Prozess vollendet worden ist*»). Daí se vê que, no Estado Democrático de Direito: i) sob o ponto de vista estático, os poderes judiciário e não-judiciário tendem ao mesmo grau de democraticidade; ii) sob o ponto de vista dinâmico, eles percorrem trajetórias de democratização distintos entre si. Por isso, quando juízes preterem o direito à política, moral, religião, economia ou ciência, eles se degradam em Déspotas Esclarecidos. Tornam-se *ditadores iluminados*, não mais a serviço da democracia e, portanto, da vontade *omni*-lateral do povo, mas a serviço de «verdades» *uni*-laterais, alcançadas por eles próprios mediante o exercício de poderes salvíficos. Infligem ao Poder

Judiciário um adensamento de aristocraticidade, deficitando a democracia. Pior: desnaturam-se de uma classe técnico-burocrática em uma casta político-messiânica. Isso faz com que o «direito constitucional vivo» se torne um sistema misto, *mezzo*-democrático e *mezzo*-aristocrático. E, assim, a soberania popular se enfraquece, cedendo inconstitucionalmente o passo a uma «soberania de presunçosos togados».

O PROCESSO: HISTÓRIA NATURAL DO SEU SUFOCAMENTO

William Galle Dietrich⁵⁶

RESUMO

O presente estudo investiga as relações entre Poder, processo e democracia. Tem como objetivo geral explicar por que o processo e o Poder servem a interesses conflitantes. Como objetivos específicos, visa a esclarecer as razões da expansão do Poder no Estado laico, discorrer sobre a dualidade do Poder e, ainda, demonstrar a atração que o Poder arbitrário causa naqueles a quem agride. Sustenta, como hipótese central, que o processo vem sendo sufocado pelo Poder. A metodologia adotada na pesquisa é a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Poder. Estado laico. Garantismo processual. Garantias individuais.

ABSTRACT

The present study investigates the relations between Power, process and democracy. Its general purpose is to explain why process and power serve conflicting interests. As specific objectives, it aims to clarify the

reasons for the expansion of power in the secular state, to discuss the duality of power, and also to demonstrate the attraction that arbitrary power causes in those who it attacks. It maintains, as a central hypothesis, that the process has been suffocated by Power. The methodology adopted in the research is the literature review.

KEYWORDS

Process. Power. Secular State. Legal process as a guarantee. Individual guarantees.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este é um texto de guerra sob todos os aspectos.

Política, Poder e Direito. É evidente o significado imediato da conhecida frase de Clausewitz, que afirma que *a guerra é a continuação da política por outros meios*. Menos evidente, todavia, é que a recíproca é tão verdadeira quanto assustadora: assassinatos, ameaças, destruição de reputações e sabotagem, fazem com que a política, à evidência que em grau menos pulsante, seja a continuação da guerra por outros

⁵⁶ Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, como bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade FEEVALE. Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito

Processual. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo – RDCC. Advogado do Raatz & Anchieta Advocacia. E-mail: galledietrich@gmail.com.

meios. Até aposta-se na força argumentativa das ficções necessárias de que “a política é a arte do possível”, ou o “espaço do debate”, sob pena de abrir-se fogo francamente e estabelecer-se a completa barbárie. Mas, na prática – vale dizer, na política real – é notório que há um considerável grau de barbárie. E isso obviamente não é um juízo de valor; é um fato. Parece, aliás, que incontestável.

Outro fato é que a política tomou conta do Direito, como já se sabe há anos e como bem demonstrou Hans Kelsen (2009, *passim*). Ocorre que a classe política, os operadores do Direito e a própria sociedade civil parecem não compreender adequadamente o jogo de Poder que ocorre dentro do Direito, especialmente na atualidade brasileira, porque desconsideram a complexa natureza do Poder.

À vista disso, este ensaio adota uma metodologia descritiva: quer-se apenas identificar panoramicamente o jogo de Poder que ocorre no Direito brasileiro e esclarecer por que grande parte dos agentes (ativos e passivos) dessa trama parece não ter ideia do

papel que exercem nessa constante disputa.

Para a abordagem do tema, o estudo se dará em três momentos sucessivos, a saber: (i) busca, com base nos estudos de Bertrand de Jouvenel, esclarecer a causa fundamental que facilitou a expansão do Poder ao ponto que se conhece hoje; (ii) explica os traços fundamentais que naturalmente fazem com que o Poder seja Poder – uma espécie de *natureza* do Poder, como caracterizou o autor francês – e, por fim; (iii) lança luzes sob o projeto expansionista de Poder que acontece contemporaneamente no Brasil, com o intuito de compreender o processo como “contrapoder” nessa complexa rede de disputas. O texto, em suma, é um grande compilado das ideias de Jouvenel aplicadas ao Direito brasileiro. Da primeira à última frase.

O VELHO PROBLEMA DA CONFUSÃO ENTRE PALAVRAS E COISAS – A EXPANSÃO DO PODER NO ESTADO LAICO

Equívoco corriqueiro, que revoga os fatos e estabelece falácias

em jargões, é que a monarquia foi altamente poderosa e arbitrária. Geralmente proferida por detratores antipáticos ao modelo, essa representação grosseira desconsidera “apenas” que as maiores hecatombes de que se ouviu falar ocorreram justamente sob a tutela de Estados laicos. Isso tem um porquê. E esse porquê é justamente o agudo e irrefreável crescimento do Poder – crescimento, aliás, que não encontra retração. É da sua própria natureza não dar um passo atrás. E quando o dá, repetindo o dito popular, é apenas para tomar impulso para saltos maiores.

Isso é evidente quando observado que disputa por Poder e guerras sempre andaram lado a lado. Talvez com alguma divergência absolutamente irrelevante para os objetivos desta reflexão, tal como algumas poucas exceções que fogem à regra, pode-se observar esse fato. Com efeito, numa das batalhas memoráveis do século XIV – Poitiers – aproximados 50.000 homens estavam em combate. Em 1515, observa-se um número aproximado na Batalha de Marignano. Avançando

mais de um século, o número ganha um sutil acréscimo na principal batalha da guerra dos Trinta Anos, em Nördlingen: aproximados 65.000 homens. Daí por diante – e não por acaso – o número eclode. São 200.000 homens em Malplaquet (1709); 450.000 em Leipzig (1813) e mais de 50.000.000 na segunda guerra mundial (JOUVENEL, 1998, p. 181).

Como e por que o Poder expandiu tanto, ao ponto de virar tal máquina de extermínio? Como conseguiu convencer os indivíduos de que lhe deviam a sua própria vida?

Bertrand de Jouvenel traz, em obra profunda e detalhada, um *rol* de causas desse fenômeno, as quais, por uma questão de espaço, não serão reproduzidos integralmente. Quer-se apenas chamar a atenção para uma causa em específico, uma vez que é consideravelmente contrária àquilo que o senso comum profere e que as mentes, por mais bem-intencionadas que sejam, tendem a negligenciar.

A causa para a expansão do Poder – que se pretende analisar de forma mais pormenorizada – foi, justamente ao contrário do que se

pensa, a laicização do Estado, bem representada na queda da monarquia.

Não é incomum o recurso a Luís XIV como justificativa para a associação entre teocracia e arbítrio. A célebre frase “*L'État, c'est moi*” *causa impacto e parece reificar uma arbitrariedade irrefreável. Mais impressionante ainda é sua reivindicação, que poderia integrar qualquer manual de tirania, de que “aquele que deu reis ao mundo quis que eles fossem honrados como seus representantes, reservando-se a ele só julgar suas ações. Aquele que nasceu súdito deve obedecer sem murmurar: essa é sua vontade”* (JOUVENEL, 1998, p. 51).

Ocorre que tais frases, das quais as recém mencionadas são apenas pequenos exemplos, não tiveram o condão de refletir a realidade tal como parcela do imaginário atual a concebe. Disso decorre a necessidade de esclarecer a diferença entre palavras e coisas. Se o rei reivindicava que fosse tratado como um Deus, disso não se segue que o era. Isso porque na autoproclamação e reconhecimento dos príncipes como representantes imediatos de Deus, não

está consolidado um Poder; pelo contrário, está consolidado um fardo de “*que a autoridade deles era apenas um mandato, e que deviam, portanto, usá-la segundo a intenção e a vontade do Senhor do qual a receberam*” (JOUVENEL, 1998, p. 51). Dessa forma, seguiam-se limitações óbvias ao exercício do Poder, sobretudo pelo costume e pelo Direito divino.

Ilimitado, por outro lado, é o Estado laico, que recebe o aval direto da “pureza” científica e da arrogância da razão humana, que acha que tudo pode controlar, cujo baluarte mais expressivo é a ficção da “soberania popular”. Ora, se na monarquia o Poder geralmente era ancorado (i) pelos obstáculos do Direito divino; (ii) pelos costumes de uma tradição forte no domínio social e, por fim; (iii) pela sua própria personificação na figura do monarca, diferente passa a ser o modelo opositor. Com a ruptura fornecida pelo abandono da monarquia, o Poder encontrou uma forma de expansão, invertendo todos esses fundamentos: agora, o Poder passa a decorrer direto da soberania popular, sendo acompanhado pela

praga do relativismo moral e por sua própria abstração.

Aqui, o raciocínio é simples: como o Poder decorre da vontade geral da soberania do povo – e não mais do Direito divino – o Poder não pode errar, porque é o próprio povo em exercício. As amarras rígidas do Direito divino também desmoronam, porque a vontade geral não é mais perene por natureza, mas maleável e pueril (JOUVENEL, 1998, p. 68).

Que avanço impressionante do Poder! Com isso, passava a agir de forma ilimitada, e sempre legítima, sem esbarrar nos entraves do Direito natural. A razão humana, consolidada na “soberania do povo” e na “vontade geral”, foi capaz de impor, por meio de uma verdadeira cortina de fumaça, uma aceitação moribunda aos atos mais atrozes que o Poder pudesse cometer. Atuaram como agentes colaboradores dessa expansão questões mais periféricas que são corolários lógicos dessa inversão de fonte do Poder: a abstração não nos deixa mais saber quem é o verdadeiro Poder – agora não é mais o monarca X ou Y, agora são “eles”; o elevado relativismo moral faz com que

decisões do Poder, por mais tacanhas que sejam, não encontrem um freio moral, porque não existem mais verdades; a noção de “tecnocracia” e a consolidação do ideal “cientificista”, do qual decorre uma elevação da ciência ao patamar do sacral.

Assim, na prática, houve uma troca no fundamento do Poder. Antes, o Direito divino, que exercia com excelência o freio ao Poder; agora, a fonte do Poder é a razão humana. Ou seja, os atos de Poder passam a ser ilimitados, porque o seu agente é o seu próprio fiscal. Fica difícil de frear seus avanços quando age respaldado pela soberania popular. Mais ainda quando o Poder age cumprindo diretrizes científicas.

Isso explica por que o nazismo foi um sucesso sob a perspectiva do Poder. Nada pôde lhe deter, pois teve como seus aliados principais, não a Itália e o Japão, mas a soberania popular e a ciência – que não se esqueça o “*Ein Volk, Ein Reich, Ein Führer*” e que o antissemitismo encontrou nos mais respeitados cientistas seus maiores defensores.

Daí que também é compreensível o porquê de a monarquia jamais ter conseguido – como os Estados contemporâneos conseguem com facilidade – impor aos homens a obrigação militar (JOUVENEL, 1998, p. 27). Tal prodigioso passo não seria possível sem o auxílio da ideia de uma soberania popular, fundamento germinal do Estado laico. Se um rei quisesse soldados, teria de pagar. Aliás, o Poder era tão incipiente na monarquia que suas próprias contribuições “tributárias”, durante um longo período, não foram sequer permanentes. Como bem observa Jovenel, somente ao final da Guerra dos Cem Anos “*que o hábito do sacrifício permitirá estabelecer um imposto permanente – a talha – que sustenta um exército permanente - as companhias de ordenança*”⁵⁷. São, contudo, exércitos remunerados; não decorrentes de uma obrigação civil.

Disso tudo é que decorre o contributo essencial da democracia para a expansão irrefreável do Poder.

⁵⁷ Jovenel identifica aí um “passo prodigioso dado pelo Poder: em vez de mendigar uma contribuição em circunstâncias excepcionais, ele conta agora

Os Estados democráticos, ao contrário do que se imagina, são verdadeiros estopins para que Poder ecloda, dado o seu forte elemento de laicidade. Basta observar.

Afirma Jovenel (1998, p. 43) que a troca da monarquia pela democracia foi acompanhada por um desenvolvimento pujante dos instrumentos coercitivos, uma vez que “*nenhum rei dispôs de uma polícia comparável à das democracias modernas*”. De fato, ao observar-se a estrutura do Poder moderno, é risível comparar o seu alcance com aquele que detinham os monarcas. Muito com a ajuda da tecnologia - é verdade - hoje o Poder conta com instrumentos de controle específico. Agências, polícias especializadas, exército e ferramentas das mais variadas espécies de controle e observação dos aspectos mais íntimos do indivíduo. O Poder se agigantou de tal forma que um Monarca jamais poderia sonhar. Assim, é diagnóstico cirúrgico afirmar que “*o que chamam o advento*

com uma dotação permanente, e fará todo o empenho para aumentá-la”. JOUVENEL, Bertrand de. **O poder: história natural de seu crescimento.** op. cit. p. 27.

da democracia é propriamente a transferência do Poder constituído a novos detentores ou, se preferirem, a conquista da Cidade do Comando por novos ocupantes” (JOUVENEL, 1998, p. 298).

Ora, havendo novos ocupantes no comando, supostamente racionais e representando a vontade geral, há uma óbvia facilitação para que o Poder enfraqueça as garantias individuais e, logicamente, encontre sua expansão, uma vez que no sopesamento entre o indivíduo e o interesse geral, deve-se fazer valer a força do coletivo. Então, é mais uma vez preciso Jouvenel (1998, p. 324; 35), quando afirma que a *“ficção democrática atribui aos regentes a autoridade do Todo”* e que a democracia *“centralizadora, regulamentadora e absolutista, mostra-se, portanto, como o período de incubação da tirania”*. Traduzindo em termos mais claros: a democracia jamais esteve no *front* adverso da tirania, mas foi sua fiel escudeira quando exercida sem o devido controle.

Quem insiste em acreditar no fato de que o Poder se encontrava ilimitado na monarquia - e encontrou

seu verdadeiro freio racional nos Estados laicos - não faz outra coisa além de resvalar na modalidade mais imperdoável de inépcia, que confunde palavras e coisas, porque acredita na força das palavras de Luís XIV e Napoleão em detrimento da realidade em si mesma. Palavras, frases ou até mesmo livros não têm o condão de revogar os fatos, exceto na visão míope daqueles que agem academicamente como torcedores. Isso já não causa espanto, uma vez que na academia brasileira, especialmente no Direito, o *“wishful thinking”* é a metodologia oficial.

Pode-se concluir, assim, como nem sempre existe uma correlação entre palavras e coisas – retomando o velho problema da disputa de “narrativas”. Ao deparar-se com as palavras de Luís XIV, imagina-se uma atuação vil e tirânica; ao ler-se a frase de Napoleão, que afirmou que *“o governo atual é o representante do povo soberano”*, imagina-se um governo dócil com seus comandados, que lançará, com todas suas forças, as mais implacáveis diatribes contra todo ato arbitrário que violentar o seu próprio povo. Ledo engano.

Ao fim e ao cabo, é possível explicar esse avanço do Poder explorando outras tantas causas e observando uma gama de tantos outros eventos. O objetivo aqui, é desnecessário dizer, não é exaurir o tema, mas, por outro lado, estabelecer uma primeira premissa descritiva, que parece ser irrefutável, advinda da obra de Jouvenel: o Poder não teve outro movimento que não fosse a sua própria expansão na história da humanidade, encontrando, justamente no Estado laico, um dos seus grandes aliados para tanto.

DA DUALIDADE QUE REGE O PODER

Se é verdadeira a primeira premissa descritiva estabelecida, é necessário agora se concentrar na funcionalidade da natureza do Poder. O que faz com que o Poder seja Poder? Quais suas características mais fundamentais e inafastáveis? Obviamente, assim como no tópico pretérito, esta investigação será exercida de maneira pontual, sem adentrar nos aspectos mais específicos. Aos interessados no

estudo com maior fôlego, faz-se a menção direta da investigação aprofundada de Bertrand de Jouvenel.

O Poder conseguiu o anonimato, uma de suas armas mais poderosas. Criou expressões e narrativas ficcionais, que maquiam a sua verdadeira face e seus interesses reais, por mais abjetos que sejam. Afinal, é difícil mesmo saber quem são “eles”.

Nessa diretriz, uma das grandes vitórias do Poder no campo das narrativas, alcançado com o auxílio da democracia, foi o subterfúgio que leva o nome de “Nação”. A ideia cínica de que o Poder não mais trabalha para atender os interesses particulares de um seletivo grupo é, como diz Jouvenel (1998, p. 132), *“uma ideia muito bonita, mas infelizmente ela não explica um fenômeno muito amiúde observável: a posse do aparelho de Estado por uma vontade particular que dele se serve para dominar a Sociedade e explorá-la com fins egoístas”*.

E isso é um fato. Vê-se, na prática, que os agentes do Poder acabam por formar uma espécie de “metassociedade” – uma sociedade

instituída pela sociedade geral, com o fito de tomar decisões que atendam exclusivamente os seus interesses particulares, dentre os quais um dos primeiros é a automanutenção no Poder. Evidentemente que os ditos interesses sociais são preteridos, ainda que escancaradamente visíveis, caso sejam contrários aos seus próprios interesses. Exemplo clássico (e brasileiro) disso é o famoso referendo de 2005 que tratou da questão do armamento do país, no qual 2/3 da população, na prática, teve que ceder aos interesses e vontades particulares daqueles que ocupavam o Poder no momento⁵⁸.

Disso decorre uma característica essencial do Poder: ele é, por natureza, “egoísta”. Indiferente que seja mais à esquerda ou mais à direita. Aquele que o ocupa, que o toma, não está interessado somente em promover o interesse da Nação. Está interessado em promover aquilo

que lhe parece mais adequado sendo essa a razão pela qual “*os habitantes do Poder o defendem da mesma forma que os opiomaniacos defendem seu vício*” (JOUVENEL, 1998, p. 152). Novamente, trata-se de um fato e não de um juízo de valor.

Assim, fica clara a dupla movimentação do Poder – uma atenção aos anseios sociais; uma atenção aos desejos da “metassociedade” que ocupa a Cidade do Comando. É evidente que isso não é um mal em si mesmo, assim como a chuva não pode ser considerada um mal em si por ser molhada. Apenas o é. Se não tivesse a característica do egoísmo, já não seria mais exercício de Poder. E quando o Poder não é exercido com egoísmo, já não temos mais o exercício de Poder real, mas apenas um simulacro, prestes a ser tomado por algum grupo que esteja disposto a exercê-lo. Exemplo evidente disso foi dado por Luís XVI,

⁵⁸ Sabe-se que a divergência política é aquilo que mais causa cegueira nos debates acadêmicos. Embora a afirmação de que o estatuto do desarmamento não atendeu o interesse da população possa causar algum ranger de dentes, trata-se de um fato. O exemplo seria igualmente verdadeiro se os sinais fossem trocados: caso a maioria da população optasse pelo desarmamento, não

seria surpresa se um eventual governo mais à direita optasse por desconsiderar essa opção, porque isso é da própria natureza do Poder. Agora, não é possível negar que a o estatuto do desarmamento foi contrário ao interesse geral da população, já começando pelo seu próprio nome. A população rogou pelo armamento, mas teve que ficar com um estatuto do.... desarmamento!

na França, que era conhecido por ser uma figura extremamente dócil à nobreza da época.

Alguém poderia contestar a alegação do egoísmo do Poder – *princípio egoísta*, denomina Jouvenel (1998, p. 154) – com a observação de inúmeros exemplos em que o Poder foi exercido em proveito da sociedade. Isso, contudo, não seria uma verdadeira objeção, por dois motivos: primeiro, porque não se está defendendo que o Poder seja exclusivamente egoísta, mas que possui uma *dualidade* natural que fatalmente contará com elementos egoístas; segundo, que do fato de que determinado agente do Poder toma uma decisão que seja vantajosa para a sociedade – e por vezes tomado verdadeiramente pelas melhores intenções – não se segue que não se pautou em seu próprio ego.

Explica-se. Ora, qual a diferença existente entre o Rei que concedia festas àqueles cujo apoio lhe era imprescindível para continuidade de sua autoridade e a edição de medidas políticas atuais, que visam a atender setores específicos da sociedade para cooptar seus votos? O

raciocínio é exatamente o mesmo: o atendimento ocorre em nível social para que o próprio detentor do Poder consiga prosperar em sua influência, lá permanecendo. É exatamente nesse sentido, aliás, que ocorrem as atuais disputas políticas: por trás de todo grupo social, estão alguns indivíduos se vendendo como os mais justos e preparados reivindicadores da defesa dos seus interesses específicos. Novamente, pode-se conceber que parcela dos postulantes ao Poder são bem-aventurados e que tomem boas medidas para a sociedade. Mas o seu caráter egoísta também é inegável, pois ninguém se mantém no Poder sem – antes de qualquer outra coisa – fazer a autopromoção como o mais preparado para falar e lutar em nome alheio. A dualidade e o egoísmo são fatos. *Conditio sine qua non* do Poder, aliás.

É exatamente nesse sentido que vai a lição de Jouvenel, ao identificar essa dualidade do Poder. Diz o escritor francês (1998, p. 155) que “o condutor [do Poder] se convence facilmente de que quer apenas servir o conjunto, e esquece que sua verdadeira motivação é o prazer da

ação e da dilatação. Não duvido que Napoleão fosse sincero no momento em que dizia em Caulaincourt: ‘as pessoas se enganam, não sou ambicioso ... Comovo-me com os sofrimentos dos povos, quero vê-los felizes, e os franceses o serão se eu viver dez anos’”.

Ocorre que é exatamente desse egoísmo que surge o inimigo.

O egoísmo pressupõe, por definição, a existência do outro. E o outro necessariamente precisa ser ruim, especialmente na disputa pelo Poder. Não existe egoísmo sem o outro, porque não posso me autoproclamar como melhor – e não posso defender a minha ascensão ou manutenção no Poder – se não existir um adversário ou um inimigo (palavra que melhor descreve o que ocorre na disputa pelo Poder). Trata-se do batido “nós vs. eles”, que é típico da linguagem da disputa do Poder. Divide-se para conquistar.

Dessas características da disputa do Poder, envolvendo a questão do egoísmo e do inimigo, chama-se a atenção para linhas de conflito que aderem pretensões revolucionárias – aquelas que visam a

solapar algum tirano, propondo alguma espécie de ruptura institucional. Nessa linha, a disputa e consolidação do Poder se dá em três momentos sucessivos: (i) criam-se denúncias esquizofrênicas, no mundo das ideias, contra um tirano que jamais o foi e estabelecem-se fortes crenças de combate contra suas respectivas arbitrariedades; (ii) chega-se na incapacidade de encontrar o tirano no mundo prático e; (iii) consolida-se, assim, um tirano de verdade ao seu final. Isso fica muito claro quando a *“Revolução na França liberta os camponeses das corveias feudais mas ela os obriga a usar o fuzil e persegue os refratários; ela suprime as ordens de prisão sem julgamento, editadas pelo rei, mas eleva a guilhotina nas praças públicas”* (JOUVENEL, 1998, p. 274). Ou, ainda, quando Hitler “liberta” o povo alemão do judaísmo.

Interrompe-se a abordagem sobre aspectos que naturalmente caracterizam o Poder, porque as principais questões que careciam de estabelecimento estão delimitadas. Há muito mais sobre a natureza do Poder e suas características

inevitáveis. Contudo, para analisar o quadro de disputa de Poder no Brasil, a explicação acerca do seu caráter expansionista, tal como sua necessidade de estabelecimento de um inimigo a ser combatido, e de sua natureza egoísta, são suficientes para se entender um pouco mais o quadro atual.

Vale reiterar, novamente, que são todas premissas factuais que ocorreram ao longo da história. São condições essenciais para a existência do Poder. Quando existem pretensões expansionistas, lutas contra tiranos que não o são e o egoísmo, inevitavelmente se estará falando de disputas de Poder. Por isso que a obra de Bertrand de Jouvenel poderia ter sido lançada no séc. V, na Revolução Francesa ou dentro de cem anos. Sempre será atual.

Dessa forma, o que o leitor acaba de observar sobre o Poder não pretende idealizá-lo. É apenas a tentativa de uma demonstração mais clara de sua verdadeira face.

EM VÃO SE TERÁ PROVADO MIL VEZES A NOCIVIDADE DO PODER ARBITRÁRIO

Até aqui foram analisadas as principais características do Poder sob uma perspectiva macro, para que seja possível a melhor compreensão das disputas e tensões que ocorrem nesse jogo. Observar-se-á, agora, tais questões ocorrendo dentro do espectro jurídico brasileiro e o papel do Processo, lido como instituição de garantia, frente a tudo isso.

O presente ensaio obviamente não tem a pretensão de oferecer saídas ao problema de expansão do Poder. Menos ainda de tentar corrigir sua própria natureza. O ponto agora é uma leitura de como as sociedades modernas conseguem lidar com suas tensões dentro do possível. A resposta para isso é até singela: “*se uma Sociedade quer limitar as devastações da guerra, não há outro meio senão limitar as faculdades do Poder*” (JOUVENEL, 1998, p. 185).

Com efeito, é isso que tem ocorrido por meio daquilo que Jouvenel chama de “contrapoderes”. A advocacia é, por exemplo, um contrapoder (= garantia). Atua em favor do indivíduo, não sendo outra a razão pela qual os tiranos desprezam-

na, sobretudo se exercida contra o Estado. Hitler mantinha severas restrições com a lei e com os advogados, que considerava “defeituosos por natureza” e se irritava até mesmo com o fato de que eram chamados de “doutores” (RACHLIN, 2013, p. 67-68). Não é diferente com relação ao processo quando lido sob a perspectiva do garantismo (COSTA, 2016). Quando se observa o capítulo 39 da Carta aos Barões de 1215, tal como na expressão “*devido processo legal*”, cunhada no 28º Estatuto do Rei Eduardo III em 1354, percebe-se no processo uma verdadeira “gênese garantista”, como bem observou Igor Raatz (2019, *passim*). O Processo nasce como uma garantia contra o Poder, vale dizer, nasce como um contrapoder.

Os contrapoderes, pelos entraves que apresentam aos

planejamentos ostensivos do Poder, causam-lhe incômodo. Nada mais natural, portanto, que o Poder trabalhe sempre no sentido de dissolvê-lo (JOUVENEL, 1998, p. 185). Daí que fica fácil de compreender os ataques contemporâneos contra o processo: de um lado, atuam aqueles que atribuem toscamente ao garantismo uma espécie de fomento à criminalidade; de outro, aqueles que fazem leituras que visam a dilacerar a natureza garantista do processo, relendo-o como um instrumento servil aos interesses do Poder (RAATZ, ANCHIETA, 2018, *passim*). Em ambos os casos, há apenas um objetivo: o aumento dos próprios poderes em desfavor do indivíduo⁵⁹.

Vê-se, assim, que as correntes que colocam o processo como boi de piranha de todos os problemas de política criminal contemporânea, no

⁵⁹ No âmbito teórico acompanhou-se essa promoção da subserviência ao Poder. Não é por acaso que a teoria do processo do século XIX limitou-se a tornar o processo um instrumento, em algo desprovido de substância. O discurso em favor da pseudo autonomia do processo foi, na verdade, um discurso da sua subjugação ao Poder. Ver em: ANCHIETA, Natascha. Em busca da substancialidade constitucional do processo: os percalços do desenvolvimento

histórico da ciência processual: da noção instrumental à noção substancial de processo. **Empório do direito**, 15 abr. 2019. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/8-em-busca-da-substancialidade-constitucional-do-processo-os-percalcos-do-desenvolvimento-historico-da-ciencia-processual-da-nocao-instrumental-a-nocao-substancial-de-processo>>. Acesso em 28. abr. 2019.

fundo, movimentam-se exatamente da mesma maneira descrita no tópico anterior. Ora, observou-se que as pretensões expansionistas do Poder de jaez revolucionário agem em três frentes sucessivas. Retoma-se: (i) criam-se denúncias contra um tirano que jamais o foi e estabelecem-se fortes crenças de combate contra suas respectivas arbitrariedades; (ii) chega-se na incapacidade de encontrar o tirano no mundo prático e; (iii) consolida-se, assim, um tirano de verdade ao seu final.

Eis o *modus operandi* exposto. Aqueles que entendem que o garantismo é promotor da criminalidade seguem exatamente na linha pretérita: o processo, inimigo da tirania por definição, passa a ser considerado como o tirano da vez. Por isso que o mínimo racional que se espera de uma investigação de relação de causa e efeito fica revogado nessas hipóteses argumentativas. Isso é observável, geralmente em redes sociais, pelos poucos caracteres em caixa alta que sustentam que o garantismo é causa cujo efeito é a criminalidade. Logo, o raciocínio

canhestro conclui que a tirania da criminalidade advém do processo.

Ora, é despiciendo dizer que a conclusão de que o perverso estado político de uma nação, que tem seus indivíduos pulverizados com mais de 60.000 homicídios por ano, tem como causa o garantismo – ou melhor, o espantinho do garantismo, que nesse ponto já deixou de ser o que é para ser aquilo que querem que seja – é um disparate dos piores que já se viu. Não é a garantia do processo que impulsiona o homicida a puxar o gatilho, ou o agente público a assaltar o erário. Aliás, fosse o processo a causa, em outros países também deveria haver esse problema, já que não foi nenhum brasileiro que redigiu a Carta aos Barões.

Não se desconsidera, é verdade, que parcela da doutrina até pode ter manipulado conceitos, transformando o garantismo em um sinônimo de política de desencarceramento. Mas aí já não se está mais falando do garantismo, mas sim de um espantinho e outros absurdos. A desvirtuação do que o garantismo efetivamente é, portanto, ocorre de ambos os lados e por isso o esclarecimento e a limpeza

conceitual são urgentes. O Brasil é o país cuja doutrina colocou na conta do positivismo jurídico a ocorrência do nazismo (como uma teoria jurídico-descritiva poderia fazer isso?) e que começa a colocar na conta do garantismo a criminalidade, como se estivesse necessariamente atrelado a posições políticas de esquerda. Nada poderia ser mais falso⁶⁰.

Não é diferente a linha de raciocínio do instrumentalismo processual. A pretensão de realocação de Poder parte do pressuposto de que a lealdade canina ao processo é causa cujos efeitos são injustiças materiais e empecilhos ao alcance da verdade dos fatos, como se o processo fosse um meio voltado a esses fins. Por essa razão que toda medida tomada para atender esses fins abstratos (justiça, verdade, etc.) é sempre legítima⁶¹, quando, na verdade, tratam-se apenas de conceitos porosos e

indeterminados, que só têm servido para legitimar investidas em desfavor da esfera individual dos integrantes de uma sociedade.

Dito de outra forma, acende-se uma vela para a “justiça” (que vem através de diversas expressões tais quais como instrumentalismo, cooperativismo⁶², formalismo-valorativo, neoconstitucionalismo, etc.) e estão autorizados os atos mais atozes e as medidas mais arbitrárias possíveis – ou seja, na prática autoriza-se o arbítrio e a expansão do Poder do agente estatal. É justamente disso, aliás, que decorre o acerto cirúrgico de Lúcio Delfino (2019) quando identifica no instrumentalismo um projeto de Poder.

A arrogância da razão humana talvez seja a pior desgraça da modernidade e ocupa um papel cimeiro aqui. Ora, filósofos

⁶⁰ Para uma demonstração de como o garantismo não está necessariamente vinculado com posições políticas de esquerda ou de direita, ver COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Garantismo, liberalismo e neoprivatismo. Empório do direito**, 11 jun. 2018. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/garantismo-liberalismo-e-neoprivatismo>>. Acesso em 27. abr. 2019.

⁶¹ Indispensável destacar o papel dos princípios nessa disputa de linguagem.

Ver STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶² Sobre o problema da cooperação, ver CREVELIN, Diego. O caráter mítico da cooperação processual. **Empório do direito**, 06 dez. 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/ab-dpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em 25. abr. 2019.

disputaram por mais de 2.000 anos conceitos como a justiça e não conseguiram argumentos cabais para um ou para outro lado. Contudo, não é incomum observar um juiz achando que pode (e sabe) fazer justiça nos casos que julga e, assim, atropelando uma garantia de quase dez séculos do indivíduo, como o devido processo legal. Na verdade, parcela considerável da dogmática não sabe o que o Processo é (garantia/contrapoder), mas acha que domina uma questão infinitamente mais complexa, como a justiça.

Existem inúmeros exemplos disso. Cite-se a lição dos Professores Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015, p. 56), por sua relevância e importância, que afirmam que *“como se reconhece que a lei é o resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em*

consideração os princípios de justiça”. De novo: não se duvida das melhores intenções daqueles que proferem esse tipo de afirmação. Contudo, para que essa espécie de afirmação fosse responsável, seria imperioso que os autores explicassem todos os problemas envolvendo o tema “justiça”, os seus mais de 2.000 anos de discussão e, por fim, o que entendem por “justiça”⁶³.

Analisando de maneira mais atenta, parece que os processualistas simplesmente não sabem o tamanho e a complexidade do problema do tema “justiça” e todas as suas consequências políticas e teóricas. Isso porque aqueles que efetivamente sabem e discorrem sobre o assunto advogam justamente pela tese contrária. Ora, como sabem do tamanho do problema – o que é justo? E para quem? – e conhecem as limitações que um jurista naturalmente tem, defendem a tese de que esse é um problema no qual o operador do Direito não deve

⁶³ Além, é claro, de outras questões, como, por exemplo, com base em quais dados assumem a premissa absolutamente arbitrária de que os denominados

“contornos nebulosos e egoístas” ocorrem apenas no Poder Legislativo e não no Poder Judiciário?

adentrar, dada a sua incapacidade “técnica” de lidar com o tema.

O engenheiro que se acha em condições de fazer uma cirurgia cardíaca provavelmente levará o paciente a óbito, porque não está preparado para lidar com o problema. O raciocínio não difere no caso de juristas, que desprezam o fato de que são burocratas que têm o papel de aplicar a legislação vigente ao caso concreto que se oferece, e acreditam cegamente que seu papel é o de fazer “justiça” custe o que custar, até porque quem paga esse “custe o que custar” nunca é o próprio juiz; é o jurisdicionado. E paga um preço alto. Assim como o engenheiro que levará o paciente a óbito, os juristas que acham que podem fazer justiça, obviamente, além de não a fazerem, também criam problemas. Daí que se compreende quando o Professor Eduardo Fonseca (2019) faz a afirmação – tão forte quanto verdadeira – de que o processualismo brasileiro está mergulhado “*num*

campo de frouxidão conceitual e de analfabetismo teórico-político”.

Vê-se, então, que na prática jurídica atual manipulam-se diariamente conceitos como “justiça”, “verdade” e “processo” com uma irresponsabilidade irritante. É possível de se aceitar, em um bar, que um leigo diga que entre a justiça e o processo, deve-se optar pela justiça. Isso porque o leigo acha que a justiça é sua aliada e o processo seu inimigo, quando na verdade é o processo que o protege dos arbítrios que a palavra justiça pode lhe impor.

A consequência disso no campo jurídico é que o ativismo rasteiro fomentado por esse ideal de “justiça” faz com que o Poder se fortaleça e comece a avançar em níveis maiores. Sua expansão é insaciável e, no Brasil, aqueles que deveriam operar como contrapoderes começam a se encantar pelo canto das sereias: a doutrina, o Poder Judiciário e o Ministério Público⁶⁴.

⁶⁴ Em diversas passagens da obra de Jouvenel, isso fica claro. A título exemplificativo, “no momento em que o agente do Poder vem pegar o homem em seu domínio privado, para forçá-lo ou impedi-lo de agir, ele é assistido de todo um aparelho

coercitivo ao qual o homem sozinho não saberia resistir. Entregue a si mesmo, este é escravo do Poder. Só deixará de sê-lo se um contrapoder puder deter o braço dominador. Esse foi o primeiro papel dos tribunos na antiga Roma, e sua instituição representou

Natural do Poder, ele conquista as almas. Aqueles que o exercem, têm sede; aqueles que são seus sujeitos passivos, devoção. Isso é assim porque *“ambiciosa, cada autoridade particular tende a crescer, egoísta, a consultar apenas seu interesse imediato, ciosa de abocanhar a porção das outras autoridades”* (JOUVENEL, 1998, p. 170). É normal que o homem médio, que observa uma senhora que não recebe sua dívida de um devedor que esbanja dinheiro em redes sociais, ache “justo” que se prenda o passaporte para que seja compelido ao pagamento⁶⁵. Também é natural que se espume de raiva quando um agente público escapa de uma condenação porque os critérios para a interceptação telefônica não foram preenchidos. Contudo, no Brasil também é natural que, no primeiro caso, um juiz faça uso do instrumentalismo processual e no segundo, de ataques ao Processo, para

para a plebe o começo da liberdade. Tal missão, na Inglaterra e, por imitação, nos Estados Unidos, foi atribuída ao juiz”. JOUVENEL, Bertrand de. **O poder: história natural de seu crescimento.** op. cit. p. 388.

⁶⁵ Para uma crítica nesse sentido, ver RAATZ, Igor. O juiz defensor da moral, o juiz defensor da verdade e o juiz defensor da lei: instrumentalismo, cooperativismo e

atingir os fins que deseja. E a própria doutrina chancela isso. E a cereja do bolo vem quando alguns políticos, autoproclamados liberais, comemoram isso! Como um liberal comemora arbítrios contra a liberdade de um indivíduo? Parece que desconsideram que o Poder judiciário também é Poder!

Ocorre que quando juízes solapam o processo e fazem aquilo que querem, fazem com que o Poder entre em estado de dilatação, à medida em que as liberdades dos indivíduos definham. E, paradoxalmente, são aplaudidos por isso. Isso é assim porque *“o crescimento de sua autoridade é visto pelos indivíduos bem menos do que como um empreendimento contínuo contra sua liberdade, e sim como um esforço destruidor das dominações às quais estão subjugados”* (JOUVENEL, 1998, p. 170).

garantismo processual. **Empório do direito**, 01 abr. 2019. Disponível em: <<https://emporiოდodireito.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 30. abr. 2019.

Na verdade, essa é uma característica muito peculiar das garantias, sobretudo na época das narrativas. O devido processo legal, aplaudido no caso do pai que mata aquele que estupra sua filha, torna-se repugnante, a luz da massa, quando é reivindicado pelo réu do processo de corrupção. Nessa linha, diz Jouvenel (1998, p. 410) que “*os direitos subjetivos, legítimos quando cobriam uma modesta propriedade, tornam-se odiosos quando abrigam uma riqueza imensa, não importa o meio com que tenha sido adquirida, a extensão que possua, o uso que dela se faça. E assim a maioria dedica-se à destruição desses direitos, fazendo a liberdade sucumbir com eles*”.

E, observados todos esses fatos pretéritos, chega-se ao ponto que se quer demonstrar. Novamente, um fato. À medida em que o Poder Judiciário-ministerial⁶⁶ avançou; o processo (liberdade) foi sendo sufocado e os indivíduos passaram

mais e mais a serem vítimas do arbítrio.

A banca paga e recebe. E sempre recebe mais do que paga. Os arbítrios cometidos contra a figura pública repugnante são saudados, mas ter-se-á que conviver com o outro lado da moeda. Daí que é apenas sintomático que juízes conduzam audiências aos berros e murros nas mesas, intimidando partes, testemunhas e advogados; que servidores desprezem e achinchem jurisdicionados; que inquéritos sejam abertos de ofício pelo STF; que exposições de pensamentos que contrariem o MP e o Judiciário sejam alvo de censura sistemática (e nem de longe refere-se apenas ao caso do STF vs. O Antagonista e Crusoé); que ministros se julguem abertamente como aqueles que detêm o conhecimento para “empurrar a história” de um país inteiro em detrimento da lei positiva. É apenas o Poder em seu estado mais natural: arbitrário, expansionista, egoísta,

⁶⁶ Sabe-se que o MP não é um Poder. Mas tem agido como tal e esse ensaio está preocupado com a leitura dos fatos como são; não como deveriam ser. Nesse sentido, ver COSTA, Eduardo José da Fonseca. O fundamento do Ministério

Público. **Empório do direito**, 18 mar. 2019. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/4-o-fundamento-do-ministerio-publico>>. Acesso em 30. abr. 2019.

prepotente e atacando o seu principal inimigo, que é a liberdade dos indivíduos. O fato que aqui se buscou elucidar, com tudo isso, agora já se tornou simples: ao avançar sobre o processo e sufocá-lo, o Poder Judiciário e o MP não fazem outra coisa senão esmagar a própria liberdade dos indivíduos. Com a expansão do modo que ocorre, caminha-se (ou caminhou-se) para a atuação arbitrária, porque ilimitada, do Poder Judiciário e do MP.

Já é sabido que alguém, depois disso tudo, ainda dirá; “confio mais no Judiciário ou no MP tendo todo esse Poder do que no Executivo e no Legislativo” ou “prefiro que os contrapoderes sucumbam e não acho que um arbítrio dessa classe seja um mal em si”. Ora, já é sabido porque se tratou aqui de uma fênix e *“em vão se terá provado mil vezes a nocividade do Poder arbitrário, ele renascerá sempre. Para afastá-lo, é preciso que os homens se cansem de pagar muito caro por uma chance mínima de que a*

*arbitrariedade os favoreça, como se cansam de uma loteria onde vêm perdendo há muito tempo. Mas ele sempre se recupera por promessas de irresistível sedução”*⁶⁷.

O Poder arbitrário encontra seu inimigo nos homens livres. Mas quem se preocupou em ser livre?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto procurou explicar o jogo de Poder que ocorre no Direito brasileiro, com base nas preciosas observações de Bertrand de Jouvenel. Há um avanço do Poder estatal, por meio dos comandos do Judiciário e do MP, que se encaminham fortemente para o arbítrio, uma vez que está aberta a temporada de caça ao processo, garantia tão fundamental dos indivíduos. Conforme o Poder avança, o processo perde o ar e é sufocado.

Essa tensão entre Poder e processo é um fato. A atuação voraz do judiciário responde aos apelos

⁶⁷ Jouvenel mostra ainda que parece ser da própria natureza humana esperar por figuras messiânicas: “Aliás, examinando-se os romances, as peças de teatro, os filmes, as crônicas policiais dos jornais que cativam o público, percebe-se também que existe uma

demanda muito grande de acontecimentos, espetáculos e personagem que saiam do comum. O poder arbitrário responde a essa necessidade”. JOUVENEL, Bertrand de. **O poder**: história natural de seu crescimento. op. cit. p. 171.

populares e não existem dúvidas de que grande parcela dos que aplaudem e postulam esses avanços do Poder são bem-intencionados. Idealizam um país totalmente livre da criminalidade, e sem injustiças materiais, e acreditam que a chave para que essa utopia se concretize está na completa submissão aos comandos do Estado, especialmente às medidas de repressão capitaneadas por um MP e um Poder Judiciário sem limitações.

Disso tudo, conclui-se que a atuação ilimitada do Poder já não é mais um horizonte distante. Já tem tempo que a advocacia tem sido uma atividade difícil – não são raros os casos em que advogados, sobretudo os criminalistas, são atacados nas ruas – que a reivindicação de respeito ao processo virou sinônimo de vigarice e subserviência a injustiças; que agentes públicos estatais demonstram publicamente (as redes sociais estão aí) sua sede por mais e mais Poder, julgando-se como as únicas almas boas o suficiente para exercê-lo em melhor atendimento aos interesses da “Nação”. Com isso, alguns deles, mesmo que sem saber, repetem frases

já ditas e atitudes já tomadas por alguns tiranos ao longo da história.

Da parte deste texto, não se prescreve nada. Não se oferece soluções para um problema tão complexo. Apenas observa-se que o Poder cresce e paulatinamente aniquila tudo aquilo que ousa tentar interrompê-lo, porque é exatamente isso que se faz com inimigos em uma guerra. Esse Poder que cresce, no Brasil, é exatamente aquilo que expressiva parcela da população quer, que os próprios agentes desejam e que alguns poucos tentam se opor. O que se procurou demonstrar é uma singela correlação: à medida em que o processo definha, o arbítrio – e não a justiça – aumenta. O processo não é inimigo da justiça; é inimigo do arbítrio. O ponto, contudo, é que no quadro atual consolidou-se um clamor pelo arbítrio.

Talvez seja da própria natureza humana implorar por sua subjugação. Ao longo dos anos, talvez o ser humano tenha mostrado suficientemente que a devoção pela submissão faz parte do seu estado natural. Daí que vem o acerto, mais uma vez, de Bertrand de Jouvenel

(1998, p. 25) quando diz que “*não é à atualidade que devemos pedir a explicação de nossa infelicidade, mas à História*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCHIETA, Natascha. Em busca da substancialidade constitucional do processo: os percalços do desenvolvimento histórico da ciência processual: da noção instrumental à noção substancial de processo. **Empório do direito**, 15 abr. 2019. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/8-em-busca-da-substancialidade-constitucional-do-processo-os-percalcos-do-desenvolvimento-historico-da-ciencia-processual-da-nocao-instrumental-a-nocao-substancial-de-processo>>. Acesso em 28. abr. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Garantismo, liberalismo e neoprivatismo. **Empório do direito**, 11 jun. 2018. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/garantismo-liberalismo-e-neoprivatismo>>. Acesso em 27. abr. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O fundamento do Ministério Público. **Empório do direito**, 18 mar. 2019. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/4-o-fundamento-do-ministerio-publico>>. Acesso em 30. abr. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. **Consultor jurídico**, 16 nov.

2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em 27. abr. 2019.

CREVELIN, Diego. O caráter mítico da cooperação processual. **Empório do direito**, 06 dez. 2017. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abd-pro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em 25. abr. 2019.

DELFINO, Lúcio. O processo é um instrumento de justiça? (desvelando o projeto instrumentalista de poder). **Empório do direito**, 28 abr. 2019. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/10-o-processo-e-um-instrumento-de-justica-desvelando-o-projeto-instrumentalista-de-poder>>. Acesso em 30. abr. 2019.

JOUVENEL, Bertrand de. **O poder**: história natural de seu crescimento. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: RT, 2015. p. 56.

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**, 01 abr. 2019. Disponível em: <<https://emporiododireito.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 30. abr. 2019.

RAATZ, Igor. Processo, liberdade e direitos fundamentais. *Revista de processo*, v. 288, p. 21-54, 2019.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma “teoria do processo” sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. *Revista brasileira de direito processual* (impresso), v. 26, p. 177, 2018.

RACHLIN, Robert. Roland Freisler and the Volksgerichtshof: The court as an instrument of terror. In: STEINWEIS, Alan; RACHLIN, Robert (Ed.) **The law in Nazi Germany**: ideology, opportunism, and the perversion of justice. New York: Berghahn, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

**GARANTISMO PROCESSUAL E A
CONCESSÃO DE LIMINAR DE
TUTELA PROVISÓRIA *INAUDITA*
*ALTERA PARTE***

*Márcio Candido da Silva*⁶⁸

1. Introito.

Uma crescente doutrina no Brasil, minoritária, mas não acanhada, tem buscado passar em revista a real finalidade do processo, de modo a estabelecer-lhe uma nova roupagem, ressignificando-o segundo seus verdadeiros escopos. Tal empresa não se deveu à reconhecida ineficiência estatal da famigerada “*distribuição da justiça*”, mas em razão do avanço do ativismo judicial, em que o juiz acaba por exercer um papel no processo que não lhe pertence, pois não é conferido pela ordem constitucional, sendo que tal revisionismo importa em reconhecer que, em verdade, o processo

constitui-se, no dizer do Prof. Eduardo José da Fonseca Costa, uma garantia contrajurisdicional do cidadão.

O debate que envolve o ativismo *versus* garantismo, em verdade, não é uma novidade em muitos países, destacando-se processualistas da envergadura de Juan Montero Aroca, na Espanha, Franco Cipriani, na Itália e o argentino Adolfo Alvarado Velloso, no âmbito da América Latina. No entanto, até pouco tempo atrás, o assunto era praticamente desconhecido no Brasil e, para orgulho de nossa querida Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá (FADIPA), um dos primeiros a pôr luz nesta penumbra, e por meio do qual tomei contato com a temática, fora um de seus destacados lentes e egresso desta honrosa instituição de ensino, o professor Glaucio Gumerato Ramos, a quem me ombreei na colação de grau da 25^a Turma do Curso de Bacharelado em Direito da FADIPA,

⁶⁸ Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Academia Jundiense de Letras

Jurídicas (cadeira n. 30). Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil. Advogado.

no ano de 1997* **.

Nos tempos de bancos escolares, isto é, na graduação e mesmo na pós-graduação em Direito, acostumamos com a ideia de que o processo é “*um instrumento a serviço da jurisdição*”. Em qualquer manual de Direito Processual Civil, nas suas edições mais atuais, ainda se afirma isto. Toda a doutrina produzida até a minha geração de estudante de Direito sempre compreendeu o fenômeno do processo como sendo um instrumento que se presta para o exercício do poder jurisdicional do Estado e, curiosamente, não se tem questionado o fato de que a garantia do processo está inserta dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, CF/88) e não na topologia constitucional que trata da estrutura e

organização do Poder Judiciário (arts. 92 a 126, CF/88).

Este depoimento inicial se faz necessário a fim de reconhecer que toda minha geração compreendeu o processo como um instrumento de poder e não como uma garantia do cidadão em face do poder, sendo que tal equívoco justifica que a cada edição de normas processuais que agigantam os poderes do juiz no processo, objetivando promover-se uma maior celeridade processual e combater-se a inefetividade do processo, seja amplamente comemorada. No entanto, o processo, em verdade, constitui-se numa garantia do cidadão contra o arbítrio do exercente do poder jurisdicional e não num instrumento de poder, de maneira que a atuação jurisdicional

* A primeira publicação de meu dileto amigo, o Prof. Glauco Gumerato Ramos, acerca do tema fora o artigo “*Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*”, publicado na Revista do MPMG. Ano IV – n. 18 – Out/Nov/Dez de 2009. Belo Horizonte. p. 8-15, seguindo-se inúmeras outras publicações sobre a mesma temática. Tal publicação fora a provocação pioneira para a instituição em nível nacional do debate acerca do ativismo *versus* garantismo processual, notadamente no âmbito do direito processual civil.

** O compromisso em defesa do garantismo processual foi ratificado em manifesto apresentado no I Colóquio Internacional de Jundiaí – Garantismo processual, realizado

na FADIPA, em 2017, organizado pelo Instituto Pan-americano de Direito Processual Civil (IPDP), pela Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e pela Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro) e coordenado pelo Professor Glauco Gumerato Ramos, em que tivemos oportunidade de subscrever a Carta de Jundiaí em defesa do Garantismo Processual, sendo que o colóquio tornou-se um evento tradicional da instituição, já estando em sua quarta edição, até o ano de 2020.

somente se legitima quando observado o devido processo legal.

O momento presente das novas gerações de estudantes de Direito já é outro, sendo que no Brasil vem se construindo abalizada doutrina acerca dos verdadeiros escopos do processo, de modo a guindá-lo ao seu *status* de servir como uma garantia do cidadão. Tal compreensão nos impõe a desenvolver uma aptidão exegética das normas de procedimento, segundo as balizas constantes da norma constitucional, que destina o processo à dignidade de servir como limite ao exercício do poder pelo Estado.

2. Finalidade do Estado.

Não é necessário retroceder a um passado tão longínquo para termos a real compreensão da finalidade do Estado nos tempos atuais. O Estado moderno nasceu com a crise do Antigo Regime, no final do século XVIII, caracterizado por inúmeras transformações no campo das ideias, correspondente ao *pensamento ilustrado*, a partir de pensadores como Montesquieu, Voltaire, Diderot, Rousseau, que numa visão

racionalista chegou-se à compreensão da existência de leis naturais que regem a sociedade, de modo que o Estado não pertence e nem está a serviço dos governantes, cabendo a estes, no exercício do poder, o cumprimento de um conjunto de atribuições, de modo que o Estado esteja a serviço de prover o atendimento do bem-estar dos povos.

No campo social, o Liberalismo preconizou o respeito à liberdade individual, que se colocaria como um pressuposto para o próprio desenvolvimento da sociedade, já que a liberdade humana tende a levar o indivíduo e, conseqüentemente, a própria sociedade, ao progresso; no campo econômico, procurou-se restringir a interferência estatal, limitando-se o Estado a suprir as necessidades básicas da sociedade, como a segurança e a educação; finalmente, no plano político, compreendeu-se que os governantes teriam a incumbência de representação das pessoas no exercício do poder, uma vez que este não pertencia ao soberano, mas emanava do povo, de maneira que o Estado deveria ser organizado a partir

de uma Constituição, reitora de suas atribuições, impondo limites aos agentes estatais no exercício do poder.

Esse movimento gerou a categoria dos chamados direitos humanos de primeira geração, mediante o reconhecimento da liberdade individual, dos direitos civis e políticos, cujo marco histórico fora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datado de 1789.

Com o implemento do movimento revolucionário industrial, a partir do século XIX, e no primeiro quartel do século XX, começou-se a tomar corpo a compreensão de que não bastava ao Estado garantir as liberdades individuais e os direitos civis e políticos, mas deveria assegurar a igualdade de oportunidades a todas as pessoas, por meio de políticas públicas que propiciassem o acesso de todos os cidadãos aos serviços essenciais como a saúde, a educação, a habitação, o trabalho, o lazer, de modo que o chamado Estado do Bem-Estar Social deveria garantir os direitos sociais, econômicos e culturais, denominados de direitos de segunda geração, cuja

expressão máxima, que influenciaria a maioria dos países democráticos, fora a Constituição de Weimar, de 1919.

Não obstante a esta ampliação do papel do Estado perante à sociedade, com maior capacidade de intervenção para aplacar as desigualdades sociais e as deformações produzidas por uma sociedade de mercado, ainda assim, pautados na ideia inicial acerca da necessidade de limitação dos poderes do Estado, tem-se insistido em não conferir ao Estado o protagonismo social que muitos pretendem, uma vez que o Estado nada mais representa do que uma técnica para consecução de determinados fins, de modo que não se constitui num fim em si mesmo, mas concebido como um instrumento para o atingimento de determinadas finalidades sociais.

Não se pode perder de vista que o movimento constitucionalista, na sua forma mais generalizada, a partir da segunda metade do século XVIII, concebeu o Estado como uma iniciativa dos cidadãos que, imbuídos da intenção de viabilizar suas aspirações dentro do convívio social, reuniram-se por meio de seus

representantes, em assembleia nacional constituinte, e a partir da declaração de seus direitos, destinou o Estado a servir como um instrumento para atingimento de fins sociais, resumidos na ideia de *bem comum*, regulamentando a atuação de seus agentes, que deveria circunscrever-se às balizas prescritas na norma constitucional.

Esta compreensão nos remete à ideia de que o Estado não é o elemento central da sociedade organizada e os cidadãos não são seus súditos, mas os verdadeiros titulares de direitos, pois precedem ao Estado, e por meio de seus representantes autorizam sua instituição, e exigem que este atue de modo a viabilizar o atingimento das aspirações sociais, tendo delimitada sua atuação por intermédio dos marcos republicanos definidos na norma constitucional.

3. O processo como garantia do cidadão em face do arbítrio estatal.

A partir desta perspectiva, de que o Estado não é o protagonista da cena social, mas está a serviço dos cidadãos, torna-se fácil entender que

os agentes estatais exercem atribuições no âmbito de suas competências, que foram delineadas pela ordem constitucional, e tal circunstância impõe uma revisão da compreensão do próprio fenômeno do processo.

A intervenção estatal, quando provocada, visa a promover a resolução do conflito que lhe fora submetido, pareando a jurisdição com outras metodologias de resolução de conflitos de caráter extrajudicial, como a arbitragem, a mediação e a conciliação. No entanto, o processo não pode mais ser concebido como um instrumento a serviço da jurisdição, isto é, do Estado, mas como uma poderosa garantia de proteção do cidadão contra o arbítrio estatal, impondo-se aos agentes públicos, juízes e tribunais, quando no exercício do poder jurisdicional, o dever é submisso ao devido processo legal.

O processo não se identifica mais como um instrumento do Estado, para fazer atuar o poder jurisdicional, mas como uma medida contrajurisdicional, que impõe limites à atuação do Estado no exercício do

poder, pois é submetido a uma série de restrições, que compreendem as chamadas *garantias processuais* ou *garantias constitucionais do processo*. Tais garantias estabelecem as balizas que o cidadão prescreveu na Constituição Federal de como a jurisdição deve atuar, cujo arcabouço legal reduz-se no chamado *devido processo legal*.

Esta ideia do processo como uma garantia do cidadão é corroborada pela própria topologia das garantias processuais definidas na Constituição Federal, pois conforme já advertimos, o modelo constitucional de processo está prescrito dentre os direitos e garantias fundamentais e não no tópico que trata da estrutura e organização do Poder Judiciário. Tal fato evidencia que o processo não está vocacionado a ser um *instrumento da jurisdição*, ou como preferem alguns, um *instrumento a serviço da jurisdição*, mas a uma garantia do cidadão de submeter-se à solução jurisdicional do litígio, desde que o exercício do poder estatal se desenvolva dentro das prescrições estabelecidas pela norma constitucional, que desenham os

marcos do devido processo legal, representando o processo, assim, uma garantia do cidadão contra o arbítrio estatal.

O devido processo legal representa os parâmetros da atuação da jurisdição estatal. Delimita, portanto, a atuação do Estado-juiz no exercício do poder jurisdicional. Assim, dentro dos marcos republicanos prescritos pela Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se como ponto de partida que todas as pessoas, sem quaisquer distinções, têm direito de valer-se do processo para buscar a composição do litígio, de maneira a garantir-se o pleno *acesso à justiça* (art. 5, inc. XXXV), inclusive com possibilidade de *assistência judiciária integral e gratuita* proporcionada pelo Estado (art. 5, inc. LXXIV), para fazer frente aos óbices econômicos relativos aos custos do processo; que o processo deve ter *duração razoável*, assegurando-se os meios que garantam sua celeridade, a fim de ser capaz de prover uma solução útil e de modo eficiente (art. 5, inc. LXXVIII); que àqueles que se valem do processo deve ser garantido de forma efetiva o

direito ao *contraditório* e assegurado o pleno exercício da *ampla defesa* (art. 5º, LV), sendo que é dever das partes agir com lealdade, não podendo valer-se, por exemplo, de *provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5º, inc. LVI).

De outra parte, em relação ao agente estatal que participa do processo, concernente à figura do juiz, além do dever inafastável de assegurar as garantias mencionadas por força do *princípio da legalidade* (art. 37, *caput* CF/88), deve ser *imparcial e competente* (art. 5, inc. LIII), sendo vedada a criação de *tribunais de exceção* (art. 5º, inc. XXXVII), cabendo-lhe *fundamentar as decisões*, sob pena de nulidade (art. 93, incs. IX e X), e, ainda, submetida sua atuação à fiscalização por qualquer cidadão, pois o processo é *público*, salvo nas hipóteses de preservação da intimidade ou por interesse social (art. 5º, LX), inclusive, estando sujeito ao *controle interno*, por meio de *órgãos correccionais* e por *órgãos jurisdicionais de revisão*, mediante a *recursos*.

Tais premissas representam

alguns dos preceitos contidos na Constituição, que desenham o modelo constitucional de processo, cuja observância se impõe ao juiz a fim de assegurar a legitimidade de sua atuação no exercício do poder jurisdicional, sendo que tal compreensão exige que reconheçamos que a lei infraconstitucional, quando muito, define regras de procedimento, que disciplinam a dinâmica processual, não podendo alterar as balizas definidoras do modelo constitucional de processo, de modo que eventuais exageros do legislador infraconstitucional, preocupado com o justicamento social da voz corrente de momento, devem ser rechaçados, pois desvirtuam o modelo constitucional de processo.

4. Atuação do juiz no processo.

Diante dessa nova roupagem do processo, como uma garantia do jurisdicionado em face do arbítrio estatal, impõe-se reconhecer que a missão do juiz no processo não é a de *fazer justiça*, mas sim de *aplicar o direito ao caso concreto*. Sua atuação deve estar em conformidade com o

devido processo legal e sua atribuição específica no exercício do poder jurisdicional é o de aplicar o direito à questão que lhe foi submetida pelo cidadão. Assim, sua função não é política, mas eminentemente técnica.

O juiz não representa o cidadão no exercício do poder jurisdicional, até porque não fora investido no poder por meio do sufrágio popular, mas ingressou na carreira da magistratura por concurso de provas e títulos, ou mediante nomeação, como ocorre nas vagas destinadas ao quinto constitucional e nas vagas de ministro dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal.

Em razão de não representar o cidadão no exercício do poder, o juiz não deve atuar politicamente no processo, não lhe sendo autorizado fazer escolhas com base em critérios de conveniência e oportunidade, devendo atuar em conformidade com a lei. Não tendo atribuição política, o juiz não tem o dever de prestar contas a qualquer eleitorado acerca de sua atuação, de modo que não cabe ao magistrado julgar com base no clamor popular, decidindo de forma a atender a vontade das multidões, mas decidir

com base na lei, como se escravo dela fosse, razão pela qual a validade de sua decisão depende, inexoravelmente, da fundamentação jurídica.

Assim, o magistrado deve observar e fazer com que as partes observem o devido processo legal, segundo os cânones constitucionais, sendo que tal compromisso não é um favor que o magistrado faz ao jurisdicionado, mas representa o cumprimento de uma atribuição que lhe foi outorgada na Constituição Federal.

5. Perspectivas do garantismo processual na disciplina das tutelas provisórias.

De todo o exposto, podemos consolidar as seguintes premissas em que se assenta o garantismo processual: i) o juiz é o agente estatal a quem a ordem constitucional atribuiu o exercício do poder jurisdicional; ii) o exercício do poder jurisdicional somente se mostra legítimo, quando observado o devido processo legal; iii) o processo representa uma garantia do cidadão

contra o arbítrio estatal, de modo a assegurar que a atuação do exercente do poder jurisdicional ocorrerá mediante à observância do devido processo legal.

A consequência prática do garantismo processual está em proceder a hermenêutica das normas de procedimento, constantes da legislação infraconstitucional, a partir das garantias constitucionais do processo, fato que implica em munir o operador do direito de um espírito crítico de tais normas, já que não cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer normas de processo e muito menos de mitigar ou flexibilizar preceitos que constituem o devido processo legal.

Para compreendermos o significado desta nova perspectiva do fenômeno processual, faremos a análise da concessão da tutela provisória *inaudita altera parte*, providência consagrada em nossa legislação processual e autorizada pelo CPC de 2015 (art. 9º, parágrafo único).

Um dos problemas a serem enfrentados por aqueles que adotam uma postura garantista do processo e

se opõem ao ativismo judicial, não há dúvida, está no campo da possibilidade de o juiz outorgar tutela provisória, a fim de mitigar os efeitos deletérios que o tempo exerce no processo, que podem se revestir como medidas de urgência de caráter cautelar ou de antecipação de tutela (fundadas no *periculum in mora*), ou tutela de evidência (fundadas na certeza do direito), consoante prescreve o art. 294 do CPC/15. Este é um problema, porque o juiz está a conceder uma tutela jurisdicional, muitas vezes no início do procedimento (liminarmente), sem que tenha a compreensão de todos os elementos fáticos e jurídicos que envolvem determinada relação litigiosa, portanto, em cognição sumária, de maneira que uma atuação jurisdicional precipitada e descuidada pode implicar numa invasão indevida na órbita de direitos da parte, com potencial chance de comprometimento das garantias processuais.

Não se desconhece que o processo, em razão de sua dialeticidade, não é capaz de emanar uma providência jurisdicional em

curto espaço de tempo, pois este propicia um verdadeiro debate entre os litigantes concernente aos fatos e ao direito aplicável ao caso concreto, de maneira que é praticamente impossível que a solução do conflito se faça de forma imediata, colocando-se o tempo como uma característica intrínseca ao processo.

Além disso, em razão da necessária observância das balizas que desenham o modelo constitucional de processo, que garantem a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CF/88), impõe-se a oitiva prévia das partes antes da emanção de qualquer deliberação judicial que possa repercutir na órbita de seus direitos, assegurando-se-lhes o conhecimento da demanda, a possibilidade de reação e a plenitude do exercício do direito de ação e de defesa, de modo a influir na solução judicial a ser dada ao litígio.

Não obstante a isto, em muitas situações verifica-se que há necessidade de adoção de medidas emergenciais para proteção do direito

do demandante, sendo que a oitiva prévia da parte adversa poderá implicar num sacrifício do próprio direito de acesso à justiça, o que determinaria a ineficiência da jurisdição e ineficácia da tutela jurisdicional.

E aí surge, inexoravelmente, a colisão de dois interesses, de duas garantias processuais constantes da Constituição Federal, contrapondo-se o direito de contraditório e ampla defesa ao direito de acesso à justiça.

A fim de problematizarmos a questão em termos práticos, imaginemos que um juiz se depare com um pedido de tutela liminar *inaudita altera parte*, em que o autor de uma ação de obrigação de fazer necessite de imediata intervenção médica de urgência, cuja cobertura está sendo negada, supostamente de forma indevida, pela operadora do plano de saúde. A observância do prévio contraditório, a fim de ouvir-se a operadora do plano de saúde, pode implicar na própria ineficácia da tutela jurisdicional e desatendimento da garantia do acesso à justiça; porém, a concessão da medida em sede de liminar, com caráter

irreversível, sem que seja ouvida a parte contrária, pode determinar um dano irreparável, além do fato de mitigar o princípio do contraditório, e, conseqüentemente, o comprometimento do devido processo legal.

Por opção do legislador infraconstitucional, caminhou-se no sentido de compatibilizar tais garantias (contraditório *versus* acesso à justiça), permitindo que em certas situações seja possível a concessão de tutela jurisdicional, em caráter liminar, sem ouvir a parte contrária (*inaudita altera parte*), embora sempre de modo excepcional e justificada pelo asseguramento do direito de acesso à justiça e aplicação de critérios de proporcionalidade.

Esta parece ser a diretriz que se depreende do art. 9º do CPC/15 que prescreve que “*Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*”, excepcionando o parágrafo único do referido dispositivo legal nas hipóteses de tutela provisória de urgência, em algumas hipóteses de tutela de evidência (art. 311, incs. II e III, CPC/15) e no caso de

deferimento e expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou execução de obrigação de fazer ou não fazer, no âmbito da ação monitória.

A observância prévia do contraditório, como regra, ainda é acentuada pelo art. 10 do CPC/15, que prescreve que “*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*”, evitando-se, assim, as *decisões surpresas*, de maneira que a atuação do juiz no processo deve ser compartilhada com as partes, diante da natureza dialética do processo.

Assim, ainda que se evidencie que a opção do legislador fora no sentido de que a concessão de tutela provisória dependa do prévio atendimento do contraditório, o legislador infraconstitucional definiu exceções que mitigam tal garantia constitucional, que estão previstas no parágrafo único do art. 9º do CPC/15, sendo que a compreensão do processo na visão garantista nos impõe analisarmos de forma crítica as

excepcionalidades criadas pelo legislador infraconstitucional e admitidas pelos tribunais, que veem como legítima tal mitigação, embora não previstas pela norma constitucional.

Em relação à primeira excepcionalidade, constante do inc. I do parágrafo único do art. 9º do CPC/15, que dispensa a oitiva prévia da parte na hipótese de concessão de tutela de urgência, tem-se identificado que tal dispositivo busca compatibilizar as garantias do acesso à justiça e do contraditório, sendo que a tutela de urgência se justificaria diante da circunstância emergencial que compromete o direito, de maneira que a observância prévia do contraditório poderia implicar num dano irreparável à parte, restando letra morta a garantia constitucional do acesso à justiça.

Não obstante a autorização legal da excepcionalidade, sob a ótica garantista, compreendemos ser indevida a mitigação do contraditório, e tal entendimento se justifica pelo simples fato de tal disposição infraconstitucional ser contrária a Constituição Federal, que assegura o

contraditório prévio antes de qualquer deliberação judicial, de maneira que aquilo que se costumou chamar de “*contraditório postergado ou diferido*” é uma das invencionices que serve para justificar o ativismo judicial.

A observância prévia do contraditório não representa um mero fetiche da parte, mas a garantia constitucional de que a parte seja ouvida previamente antes de qualquer deliberação judicial que possa afetar sua órbita de direitos, de maneira a oportunizar a oposição à pretensão veiculada pela parte adversa, com argumentos fáticos e jurídicos que possam contribuir e influir para a tomada da decisão judicial.

Na maioria das vezes, mostra-se totalmente possível ouvir-se a parte contrária, antes da deliberação judicial e, assim sendo, não se deve admitir a concessão da medida liminar sem que a parte adversa seja ouvida. Diante de um pedido liminar de urgência, a parte contrária deverá ser convocada, mediante ato citatório, mas com o fim exclusivo de se manifestar a respeito do pedido liminar, postergando-se a

apresentação de sua defesa aos demais pedidos formulados para momento posterior. Trata-se de uma medida que prestigia a garantia constitucional do contraditório, sem que haja comprometimento do direito de acesso à justiça.

Excepcionalmente, pode ocorrer que não seja possível a localização e convocação prévia da parte adversa, justificando-se a concessão de liminar *inaudita altera parte*. Para tanto, o juiz deve observar os seguintes pressupostos para concessão da medida: i) a necessidade da medida de urgência, sob pena de restar lesado o direito que se pretende proteger; ii) impossibilidade de convocação da parte adversa para sua oitiva prévia, como, por exemplo, a sua não localização ou impossibilidade de oitiva. Em tal circunstância, o juiz deve fundamentar sua decisão, indicando precisamente os elementos fáticos e jurídicos que autorizam a tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), bem como a comprovada impossibilidade de oitiva da parte adversa.

Nas segunda e terceira hipóteses contempladas pelo parágrafo único do

art. 9º do CPC/15, não se justifica a concessão de liminar *inaudita altera parte*, sob pena de restar lesada a garantia constitucional ao contraditório prévio.

Na segunda hipótese, que trata da concessão de tutela de evidência, o legislador pretendeu uma melhor distribuição entre as partes do tempo do processo, prestigiando-se o princípio da isonomia processual, pois não se mostra razoável aguardar-se o exaurimento de toda atividade procedimental quando o direito do demandante se mostra evidente já no início do procedimento, razão pela qual se permite a antecipação de tutela com base na evidência do direito, sendo que nas hipóteses dos incs. II e III do art. 311 a lei processual admitiu sua concessão *inaudita altera parte*.

Ainda que a tutela de evidência, sob a ótica legislativa, presta-se a compatibilizar princípios antagônicos, concernente ao direito de contraditório em face da isonomia processual, para fins de uma distribuição mais equânime do tempo do processo, entendemos injustificável a concessão de tal

medida antes da oitiva do réu, isto é, *inaudita altera parte*, pois caso tal providência jurisdicional fosse obtida somente após sua oitiva não estaria comprometido o direito de acesso à justiça e o direito à isonomia, de modo que, sob a ótica do garantismo processual, a concessão de tal medida liminar *inaudita altera parte* se caracteriza como atentatória ao princípio do contraditório. Após a oitiva do réu, evidenciado o direito do autor, justifica-se a concessão da medida, como forma de prestigiar-se o princípio da igualdade, como aliás sempre ocorreu ao permitir-se o julgamento antecipado de mérito e, agora com o novo CPC/15, a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356, CPC/15), mas, antes de ser ouvido o réu, não parece razoável comprometer-se o direito ao contraditório, sobretudo porque na hipótese não há possibilidade de um dano irreparável a justificar a mitigação da referida garantia processual.

Por fim, na hipótese de deferimento da expedição de mandado para cumprimento da obrigação no

âmbito da ação monitória, terceira e última hipótese excepcionada pelo parágrafo único do art. 9º, não parece tratar-se de exceção à observância prévia do contraditório, porquanto a admissão da ação monitória pelo juiz, em verdade, representa apenas um juízo prévio de admissibilidade do procedimento monitório e não a concessão de uma tutela jurisdicional prévia, fato que, havendo dúvida quanto à idoneidade da prova documental apresentada pelo autor, o juiz intimá-lo-á para, querendo, emendar a petição inicial, adaptando-a ao procedimento comum (art. 700, § 5º, CPC/15), além de que o réu poderá se insurgir em preliminar de embargos monitórios, demonstrando a inexistência de título monitório, de modo a ensejar a extinção do processo sem resolução de mérito, por falta de interesse processual (inadequação procedimental).

Este fenômeno também se verifica no âmbito da ação de execução, embora não contemplado na excepcionalidade do parágrafo único do art. 9º do CPC/15, em que o juiz procede um juízo prévio de admissibilidade da ação de execução,

mediante a verificação da existência de título executivo extrajudicial (parágrafo único do art. 803, CPC/15), cabendo-lhe intimar o autor para instruir o petitório com o título, sob pena de indeferimento da petição inicial (art. 801, CPC/15), sem prejuízo de, em que pese um juízo positivo de admissibilidade da ação de execução, o executado opor embargos à execução para arguição da inexistência do título executivo (art. 917, inc. I, CPC/15), cujo reconhecimento importará na procedência da ação de embargos e implicará na extinção do processo de execução.

Veja que em tais hipóteses (ação monitória e ação de execução), o juiz está somente admitindo a ação, sem que haja uma providência jurisdicional que tenha o condão de invadir a órbita de direitos do demandado, razão pela qual não se mostra uma excepcionalidade ao contraditório e, portanto, sequer deveria constar do parágrafo único do art. 9º do CPC/15.

Destarte, analisadas as excepcionalidades legais, que autorizam a concessão de tutela

provisória *inaudita altera parte*, frente ao modelo constitucional de processo e ao garantismo processual, evidencia-se flagrante inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 9º do CPC/15, pois a observância do contraditório prévio se coloca como premissa fundamental do modelo constitucional de processo, cabendo ao juiz zelar por seu atendimento, sempre ouvindo as partes anteriormente a qualquer deliberação judicial. É nesse sentido que devem ser interpretadas as normas procedimentais constantes da legislação processual infraconstitucional, sob pena de restarem lesadas as garantias constitucionais do processo.

6. À guisa de conclusão.

A sociedade brasileira destinou o Estado à consecução de certos fins sociais e conferiu aos seus agentes atribuições que são regradas e que somente se mostram legítimas quando atendem aos pressupostos constantes da carta constitucional. O juiz, como agente estatal, tem importante missão no âmbito do processo, qual seja de

exercer o poder jurisdicional para fins de concretização da vontade da lei, sendo estranha quaisquer outras responsabilidades que se lhe queiram atribuir, sendo que a atuação do magistrado deve atender aos cânones constitucionais que compõem o devido processo legal. O processo não é um instrumento do exercício da jurisdição, mas atua como uma garantia do cidadão de que a atuação do exercente do poder jurisdicional se

dará em conformidade com as diretrizes constitucionais. Esta compreensão do processo, como proteção do cidadão, é o cerne do garantismo processual e este movimento é o que deve orientar a compreensão das normas procedimentais e a atuação de todos aqueles que participam do processo.