# *CAPÍTULO V*

# *PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL*

## *23. conceito e delimitação conceitual*

Princípios são certas ideias básicas, ou fundamentais, sobre as quais se apoiam todas as ciências. São como os alicerces de uma construção, que se situam fora da edificação mas sem cujo apoio esta não se sustenta. Nenhuma ciência será suficientemente sólida nem serão coerentes entre si os conceitos e soluções propostas, se não for construída, desenvolvida e praticada em consonância com essas ideias, ou *princípios*. Daí dizer a boa doutrina que, como o nome indica, os princípios atuam realmente como um *começo* de toda construção científica (Miguel Reale). Como toda ciência, a teoria do processo apoia-se em certos princípios fundamentais situados à sua base, os quais devem ser observados na elaboração das leis processuais, em sua interpretação e em sua aplicação em casos concretos. Os princípios do direito e da ciência do processo são principalmente aqueles estabelecidos na Constituição Federal, como o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o do contraditório, o do devido processo legal, o da proporcionalidade, o da igualdade das partes, o do juiz natural, o da publicidade dos atos processuais, o do duplo grau de jurisdição *etc*. Quase todos esses princípios constitucionais do processo, menos o do duplo grau, são enunciados sob a forma de *garantias constitucionais*, de observância obrigatória em todo processo (jurisdicional ou não).

O dever de *motivação das decisões* não é um princípio mas uma *exigência* imposta pela Constituição Federal (art. 93, inc. IX) como requisito das decisões, sob pena de nulidade destas. Esse dever é uma inerência do princípio e da garantia do devido processo legal mas ela própria não é um princípio, porque uma exigência não é um princípio.

A falsa "garantia" de realização dos processos *em tempo razoável* (art. 5º, inc. LXXVIII) não passa de uma promessa constitucional muito

mal cumprida em virtude da incapacidade do Poder Judiciário para lhe dar efetividade – não se cogitando de uma suposta nulidade das decisões judiciárias por descumprimento dessa promessa. Por outro lado, essa suposta *garantia* já está presente no inc. XXXV do mesmo art. 5º constitucional, que, ao garantir a inafastabilidade do controle jurisdicional, contém a oferta de um controle efetivo, adequado e *tempestivo*.

Os princípios e garantias constitucionais do processo recebem a dignidade constitucional em virtude da relevância política, ética, social ou humana dos valores que visam a preservar. São valores universais a serem observados no ordenamento jurídico de todos os países e efetivamente observados no Estado-de-direito, como projeções do regime democrático inerentes a este.

Todos esses princípios têm *aplicação geral*, em virtude da supremacia da Constituição Federal, que os impõe a todos os processos em que algum poder seja exercido com vista a definir direitos ou interesses de indivíduos ou grupos. Impõem-se tanto na esfera do processo civil como do processo penal e também sobre os processos estatais não-jurisdicionais, como o administrativo disciplinar ou licitatório, e ainda sobre o das entidades intermediárias, entre as quais os partidos políticos, sociedades empresárias, associações culturais, esportivas ou religiosas – ou seja, sua imposição abrange toda a área coberta pela teoria geral do processo. Aliás, é sobretudo nos princípios constitucionais que se embasam todas as disciplinas processuais, encontrando na Lei Maior a plataforma comum que permite a elaboração dessa teoria geral.

### 24. *meras regras técnico-processuais não constituem verdadeiros princípios*

Existe o hábito de tratar como *princípios* certas normas inerentes à *técnica processual* e portanto estranhas ao conceito de *princípio* – como a regra da instrumentalidade das formas, a do livre convencimento do juiz, a da inércia deste (ou "princípio da ação"), a da oralidade, a da disponibilidade ou indisponibilidade do direito material em litígio, a do aproveitamento dos atos processuais, a da correlação entre a sentença e a demanda, a do chamado "princípio" dispositivo *etc.* Esses falsos princípios não são inerentes ao regime democrático nem ao Estado-de-direito, limitando-se a ditar rumos e caminhos para a realização do processo e para o correto exercício da jurisdição. As regras ali contidas são o resultado das opções do legislador infraconstitucional e sua inobservância não fere aqueles valores que a Constituição Federal cuida de preservar. Mas a Constituição

pode ficar ultrajada quando a inobservância de tais regras trouxer consigo também a violação de algum verdadeiro princípio constitucional.

Diante disso é inegavelmente legítima a diferenciação da aplicação desses falsos princípios em sede processual civil ou no processo penal. Assim, p. ex., vige no sistema processual penal a regra da indisponibilidade da ação pública, ao passo que na maioria das causas cíveis impera a disponibilidade. Os *verdadeiros* princípios, como já se consignou acima, têm abrangência geral e universal, independentemente das espécies de litígios ou da natureza do processo em que são tratados.

## *25. os princípios informativos*

Também existe na doutrina a afirmação da existência de certos princípios (falsos princípios) que vêm sendo denominados *princípios informativos* do processo (José Frederico Marques), em oposição aos *princípios gerais*, que são aqueles relacionados com certos valores fundamentais da nação e tratados em nível constitucional. Eles vivem no plano infraconstitucional das técnicas processuais, visando à boa organização do processo e correto exercício da jurisdição, sem guardar relação alguma com valores constitucionalmente resguardados. São eles: a) o *princípio lógico* (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro); b) o *princípio jurídico* (igualdade no processo e justiça na decisão); c) o *princípio político* (o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) o *princípio econômico* (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração).

## *26. a inafastabilidade do controle jurisdicional*

A garantia do controle jurisdicional constitui uma verdadeira porta de entrada no campo da jurisdição, pois significa que os indivíduos sempre hão de ser admitidos em juízo para a busca de reconhecimento, satisfação ou acautelamento de seus alegados direitos. Ela está expressa, em primeiro lugar, no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" – e o Código de Processo Civil reafirma essa garantia ao estabelecer que "não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito" (art. 3º, *caput*). Diz também a melhor doutrina que "lei alguma pode limitar, amputar ou desconhecer esse direito individual do cidadão, que é o direito à prestação jurisdicional" (José Frederico Mar-

ques). Não o pode a lei e não o pode o juiz ou quem quer que seja, sob pena de acintosa negação dos mais elevados princípios constitucionais do processo. Assim também dizem os tribunais. "O acesso à jurisdição, proclamado em norma constitucional de garantia, significa a possibilidade de irrestrita invocação da tutela jurisdicional cognitiva, da tutela jurisdicional executiva ou da tutela jurisdicional cautelar do Estado. (...) O ato ora questionado inviabiliza o acesso a uma das modalidades da tutela jurisdicional do Estado e, por via de consequência, frustra, pela ausência de amparo imediato, a própria eficácia da proteção a ser conferida pelo Poder Judiciário em outro processo" (STF).

Ao falar em apreciação *jurisdicional* o art. 3º do Código de Processo Civil é mais técnico e mais claro que aquele dispositivo constitucional – o qual, ao falar em "apreciação *do Poder Judiciário*", transmite a falsa impressão de que poderia estar banida do sistema a apreciação de lesões ou ameaças a direito em sede de *arbitragem*. Essa questão havia sido definitivamente solucionada no ano de 2001 em um histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário decidiu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem, especialmente de seus arts. 6º e 7º, que naquele tempo suscitaram bastante polêmica. E o Código de Processo Civil, no § 1º de seu art. 3º, veio a tomar posição em relação àquelas antigas divergências ao acrescentar que "é permitida a arbitragem, na forma da lei". Também os árbitros exercem a jurisdição e não somente os juízes, donde resulta que a apreciação em sede arbitral atende plenamente àquele dispositivo constitucional e ao *caput* do próprio art. 3º – com a relevante circunstância de que as próprias sentenças dos árbitros poderão depois vir a ser objeto de controle pelo Poder Judiciário (ação anulatória – LA, arts. 32-33 – *infra*, n. 324).

Aquelas disposições contidas na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, antes interpretadas como portadoras somente da garantia da *ação*, têm o significado político de pôr sob controle dos órgãos da jurisdição todas as *crises jurídicas* capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas e, portanto, o sentimento de infelicidade por pretenderem e não terem outro meio de obter determinado bem da vida. Tais disposições não se traduzem em garantia do mero *ingresso em juízo* ou somente do *julgamento* das pretensões trazidas, mas da prestação da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão. A garantia da ação, como tal, contenta-se em abrir caminho para que as pretensões sejam deduzidas em juízo e a seu respeito seja depois emitido um pronunciamento judicial, mas em si mesma nada diz quanto à efetividade da tutela jurisdicional. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda adicionalmente que, quando presentes certos requisitos legitimamente postos pela lei (condições da ação, pressupostos processuais), as preten-

sões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas e que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja *tempestiva*, *adequada* e *efetiva*.

> Com serviços jurisdicionais de boa qualidade e procedimentos aderentes à realidade do direito material e aos interesses em jogo no processo, obtém-se uma *tutela adequada*. A *tempestividade da tutela jurisdicional* decorre de sua prestação em um prazo razoável, compatível com a complexidade da causa e a urgência na obtenção da tutela (*infra*, n. 27). A *efetividade* diz respeito à real satisfação do direito judicialmente reconhecido, ao seu implemento no mundo da vida.

Mas a garantia do controle jurisdicional não é e não pode ser irrestrita ou absoluta. Algum grau de relativização ela comporta, em atenção a alguns legítimos óbices sistemáticos responsáveis por certas limitações ou condicionamentos à sua plena imposição. São eles, p.ex.: a) as regras de *competência internacional*, pelas quais certas causas são excluídas de apreciação pela autoridade judiciária deste país (CPC, arts. 21-23 – *infra*, nn. 148-149); b) a exclusão, ainda que não absoluta, da censura jurisdicional de atos da Administração Pública por razões de oportunidade ou conveniência (mérito do ato administrativo), pois em regra esses atos somente podem ser controlados jurisdicionalmente no tocante à sua legalidade ou competência do agente (Súmula n. 473-STF); c) a exclusão da censura jurisdicional às sentenças arbitrais por razões de mérito, sendo a ação anulatória admissível exclusivamente pelo fundamento da existência de alguma nulidade (LA, arts. 32-33 – *infra*, n. 324); d) o condicionamento da admissibilidade das sentenças de mérito à presença das condições da ação e dos pressupostos processuais (CPC, arts. 17 e 485, incs. I-X – *infra*, nn. 174-181 e 197-198) *etc.*

Desses óbices legítimos e intransponíveis é indispensável distinguir os óbices *perversos*, residentes às vezes na própria lei, em sua interpretação apegada a valores do passado e principalmente em certas realidades sociais, econômicas ou culturais estranhas à ordem processual – como a pobreza, a ignorância, o temor reverencial *etc.* Essas são verdadeiras *barreiras internas e externas*, que dificultam ilegitimamente o acesso à justiça (Morello).

### 27. *tempestividade da tutela jurisdicional e razoável duração do processo*

Um dos grandes desafios enfrentados pelos estudiosos e pelos operadores do processo tem sido ao longo de muitas décadas o da busca de

meios capazes de neutralizar os efeitos perversos do tempo sobre os direitos, mediante a oferta de meios aptos a proporcionar a *tempestividade* da tutela jurisdicional – ou seja, a acelerar o curso dos processos em sua caminhada rumo à oferta dessa tutela. Essa preocupação é tanto maior e mais grave quando se sabe que as longas demoras dos processos vêm constituindo o pior dos males de toda a ordem processual. O decurso do tempo é muitas vezes causador do perecimento de direitos ou de insuportáveis angústias pela espera de uma tutela jurisdicional, nascendo daí a imagem do *tempo-inimigo*, da qual se vale a doutrina há mais de meio século para ilustrar esses desgastes.

> "É imenso e em grande parte desconhecido o valor que o tempo tem no processo. Não seria imprudente compará-lo a um *inimigo* contra o qual o juiz deve lutar sem tréguas" (Francesco Carnelutti, escrevendo nos anos *cinquenta*).

O Estado brasileiro tem sido sensível a essa realidade, tanto que já no ano de 1992 veio à luz um decreto incorporando à ordem jurídica deste país a Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 8º, n. 1, assim dispõe: "toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um *prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (...)". E depois, para cumprimento do compromisso então assumido, a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, incluiu no capítulo da Constituição Federal referente às garantias de direitos mais essa disposição: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo* e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, inc. LXXVIII). E agora, bem mais recentemente, o art. 4º do Código de Processo Civil vigente dispõe que "as partes têm o direito de obter em *prazo razoável* a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

A garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas integra o ideário do *devido processo legal* – porquanto justiça tardia não é verdadeira justiça. São expressas nesse ponto, entre outras, a VI emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que já reconhecia o direito a um processo rápido; a Constituição espanhola de 1978, que assegura o processo *sem dilações indevidas* (art. 24.2); a Constituição portuguesa de 1976 que, com a reforma de 1982, passou a dispor que o acusado deve *ser julgado no mais curto prazo* compatível com as garantias de defesa; e a canadense de 1982, ao assegurar que "toda pessoa demandada tem o direito de ser *julgada dentro de um prazo razoável*" (art. 11, letra *b*).

Para a consecução desse desiderato, já na ordem constitucional são oferecidos valiosos instrumentos destinados a produzir resultados jurisdicionais em breve tempo, como é o *mandado de segurança* (Const., art. 5º, inc. LIX – *infra*, n. 369). Esse e outros meios de tutela jurisdicional *diferenciada* (*infra*, nn. 367 ss.) são oferecidos também no plano do direito infraconstitucional, sendo de abrangência muito ampla as tutelas aceleratórias consistentes em *medidas provisórias* de natureza cautelar ou antecipatória de tutela (CPC, arts. 294 ss.) ou consistentes na *tutela da evidência* (art. 311 – *infra*, nn. 345-356).

Nesse quadro de disposições voltadas à aceleração do processo é, porém, necessário que se considerem na determinação do *prazo razoável* todos os princípios constitucionais que regem o direito processual. Esses princípios devem ser ponderados em conjunto com o da *tempestividade da tutela jurisdicional* na busca de uma solução conciliadora, e a rapidez deve ser compatível com um grau de cognição suficiente para o alcance de uma decisão justa, correta perante o direito vigente.

> Na aferição do prazo razoável é frequente a referência a três critérios enunciados na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem: a complexidade da causa, o comportamento dos litigantes e a atuação do órgão jurisdicional.

No processo penal, além do direito ao processo em prazo razoável, aplicado a todo tipo de processo, há ainda uma segunda vertente que é o direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente quando não houver sido julgado em um tempo razoável ou sem dilações indevidas (CADH, art. 7.5). O termo inicial é a data da efetiva prisão do acusado. No tocante ao termo final do prazo razoável de duração do processo penal com acusado preso, há divergência sobre sua caracterização. Uma corrente defende que será o dia em que proferida a sentença de mérito, ainda que recorrível. Outros, reforçando essa garantia, sustentam que tal direito se estende até à data do trânsito em julgado da sentença de mérito. Como facilmente se observa, a diferença é a inclusão ou não do prazo recursal no cômputo do prazo razoável, para fins de desencarceramento.

### *28. igualdade*

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz. Da norma geral instituidora da isonomia nas relações humanas e nas ações do Estado-de-direito, contida no art. 5º, *caput,* da

Constituição, brota o princípio da *igualdade processual*. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões. Falam os doutrinadores italianos na *parità nelle arme*, para designar essa oferta de armas de igual potência a ambos os litigantes.

> Assim, o art. 7º do Código de Processo Civil assegura "às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais"; e seu art. 139, inc. I, proclama que compete ao juiz "assegurar às partes igualdade de tratamento". Na mesma linha, o art. 72 determina que se dê curador especial ao incapaz que não o tenha (ou cujos interesses colidam com os do representante) bem como ao réu preso e ao revel citado por edital ou com hora certa. No processo penal, nenhum réu, mesmo que ausente ou foragido, pode ser processado sem defensor. Diversos outros dispositivos, nos códigos processuais, consagram o princípio da igualdade.

Em razão de sua convivência com outros princípios de igual magnitude no sistema e com certas realidades concretas, a igualdade jurídica não é, todavia, uma garantia de caráter absoluto. Há situações em que o menor poder de um dos litigantes para litigar eficientemente em juízo impõe a relativização dessa garantia constitucional, para que do trato desigual praticado em alguns atos brotem situações substancialmente isonômicas para ambas as partes. Tais situações são na maioria dos casos decorrência de suas limitações econômico-financeiras ou de ordem cultural, ou educacional. Esses são *óbices ilegítimos* à consecução do acesso à justiça, que clamam por eliminação por meio de medidas compensatórias, com um relativo abrandamento da imposição dessa garantia. Uma dessas medidas é a concessão dos benefícios da *assistência judiciária*, consistente em dispensar a parte necessitada de recolher o preparo para a propositura da demanda ou para a interposição de recursos, bem como de satisfazer à exigência do depósito de cinco por cento para a propositura da ação rescisória. Outra aplicação dessa ideia reside na iniciativa de prova pelo juiz de-ofício, quando percebe que a parte interessada não reúne condições de fazê-lo ou quando houver negligência do defensor de uma parte hipossuficiente.

> Do primitivo conceito de igualdade formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), passou-se, com isso, à igualdade substancial. Na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela *igualdade proporcional*, a qual significa, em

síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da *igualdade real e proporcional*, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, suprimidas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.

No processo penal o princípio da igualdade é atenuado pelo *favor rei*, postulado básico pelo qual o interesse do acusado goza de prevalente proteção no contraste com a pretensão punitiva. Consagram a prevalência dos interesses do acusado, entre outras, as normas que impõem a absolvição por insuficiência de provas (CPP, art. 386, inc. VII), a existência de recursos privativos da defesa (arts. 607 e 609, par.) e a revisão criminal somente em favor do réu (arts. 623 e 626, par.).

O *interesse público* e supostas dificuldades extraordinárias para a defesa em juízo são as razões ordinariamente invocadas para a implantação de verdadeiros *privilégios* aos entes estatais no processo civil, como (a) os prazos em dobro em benefício da Fazenda e do Ministério Público (CPC, arts. 180 e 183); b) a necessária remessa do processo ao tribunal competente para a apelação, mesmo que nenhuma das partes haja recorrido, em caso de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (art. 496, §§ 3º e 4º, os quais timidamente atenuaram esse indesejável privilégio fazendário); c) o tratamento generoso dedicado a esta quando sai vencida no processo e paga honorários do vencedor em percentual inferior ao que pagaria uma parte comum (art. 85, §§ 3º e 4º). Outras prerrogativas, que teoricamente se justificariam pela idoneidade financeira e pelo interesse público, são (d) a procrastinação do pagamento das despesas processuais (dispensa de preparo – CPC, arts. 93 e 1.007, § 1º) e a dispensa do depósito de 5% sobre o valor da causa como requisito para a ação rescisória (art. 968, § 1º). Tais prerrogativas até poderiam ser compatíveis com o sistema se não fossem as enormes dificuldades que a própria Constituição Federal impõe a quem pretenda receber créditos dos entes estatais. Há a necessidade de aguardar muito tempo, ou talvez anos e mais anos, para o cumprimento dos precatórios, inclusive com insuportáveis e anti-isonômicos parcelamentos.

> Chega a ser revoltante o tratamento anti-isonômico dedicado pelos tribunais brasileiros à Fazenda Pública no arbitramento dos honorários da sucumbência a seu cargo. O vigente Código de Processo Civil já contém normas muito objetivas e razoáveis para esse arbitramento, com a imposição de valores muito aquém daqueles impostos a cidadãos comuns ou a pessoas jurídicas não-estatais, com uma tabela decrescente que pode chegar, nas causas de maior valor, a 1% do proveito econômico (art. 85, § 3º,

inc. V) – mas os tribunais afrontam a jurisprudência vinculante do Superior Tribunal de Justiça (Tema 1.076) e transgridem acintosamente os limites ali impostos, alegando uma *exorbitância* que supostamente ocorreria quando a lei fosse cumprida e, com esse argumento arbitrário, castigando os advogados vencedores com a fixação dos honorários da sucumbência em valores aviltantes. Chegam até a fazê-lo, no curso da fase de cumprimento da sentença ou da impugnação a esta, mediante frontal desafio à garantia constitucional da *coisa julgada*. Essa é uma aplicação distorcida da teoria da relativização de tal garantia (*infra*, n. 283), que a doutrina desaprova e combate.

É de absoluta legitimidade constitucional a prioridade, nos juízos inferiores e nos tribunais, concedida às causas de interesse de pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos (CPC, art. 1.048, inc. I c/c lei n. 10.741, de 1.10.03, art. 71 – Estatuto da Pessoa Idosa), bem como a prioridade especial conferida aos maiores de oitenta anos (Estatuto do Idoso, art. 71, § 5º). Esses diplomas tomam em consideração que as partes idosas têm menor expectativa de sobrevida e na maioria dos casos mais necessitam da tutela jurisdicional.

### *29. contraditório e ampla defesa*

Contraditório é participação. No processo essa garantia constitucional (Const., art. 5º, inc. XL) consiste, em primeiro lugar, na efetiva oferta de reais oportunidades para que os litigantes possam pedir, alegar, resistir, provar, argumentar e recorrer. Para cumprir essa exigência constitucional todo modelo procedimental descrito em lei deve conter, e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem definir os momentos para que cada uma das partes *peça, alegue, prove e recorra* quando for o caso.

O autor alega e pede na demanda inicial. Instituído o processo mediante o ajuizamento desta e citado o réu, este é admitido a *pedir e alegar* logo de início, podendo manejar fundamentos de defesa e postular a improcedência da demanda ou a extinção do processo. Ambas as partes são admitidas a *produzir provas* dos fatos alegados. A parte contrariada por uma decisão tem o caminho aberto para *pedir* ao tribunal uma decisão favorável, mediante a interposição de recurso. Ao pedir, cada um dos litigantes *alega*, isto é, traz fundamentos destinados a convencer o juiz; e *alega* também, ao fim do procedimento e antes da sentença, analisando os fatos, as provas e as consequências jurídicas daqueles (alegações finais) *etc.* A síntese do conteúdo dessa garantia constitucional está

presente na clássica expressão *nemo inauditus damnari potest* (ninguém pode ser condenado sem ter sido ouvido).

Diante desses conceitos e dessa trama de oportunidades oferecidas às partes para a participação inerente ao contraditório, mostra-se redundante e inadequada a locução *contraditório participativo*, que se vê aqui e acolá na doutrina brasileira atual: se contraditório é *participação*, jamais se poderá conceber um contraditório que não seja participativo.

A participação a ser franqueada aos litigantes em cumprimento da garantia constitucional do contraditório é uma expressão da ideia, plantada no plano político, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a *participação* dos sujeitos interessados. As partes, conhecendo os fatos melhor que o juiz, até porque os vivenciaram na maior parte dos casos, sabem de quais pessoas poderão valer-se como *testemunhas*, conhecem realidades captáveis mediante *perícias* (contábeis, econômicas, médicas, de engenharia *etc.*), dispõem de *documentos* ou sabem onde estão *etc.* Daí seu interesse em participar e a legitimidade da exigência constitucional de que se lhes deem oportunidades para isso.

O fiel e substancial respeito ao contraditório é uma das principais tônicas do Código de Processo Civil vigente. Diversos dispositivos ali contidos tratam do tema, de forma direta ou indireta, com destaque ao que impõe "ao juiz zelar pelo efetivo contraditório" (art. 7º) e à exigência de um *diálogo* entre ele e as partes, destinado a evitar as perversas *decisões-surpresa* (arts. 9º e 10º – *infra*, n. 30).

O texto constitucional autoriza o entendimento de que o contraditório e a ampla defesa são também garantidos *no processo administrativo* ainda quando não-punitivo, em que não há acusados mas litigantes (titulares de conflitos de interesses).

### *30. o contraditório e o juiz – o dever de diálogo deste com as partes*

A garantia constitucional do contraditório não se dirige somente às partes, mas também ao juiz que comanda o processo. Ao seu dever de franquear às partes o efetivo exercício das faculdades e poderes inerentes à ação e à defesa, tem ele também o dever de participar ele próprio, comandando o andamento do processo, corrigindo-lhe eventuais falhas, determinando *ex officio* a realização de provas indispensáveis não requeridas pelas partes quando for o caso, promovendo o impulso do processo sem dependência às iniciativas destas *etc.* e sobretudo *dialogando* com os litigantes antes de tomar certas decisões relevantes. Esse *diálogo* é

expressamente exigido pelos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil, os quais vedam a prolação decisões-surpresa. Estabelece o art. 9º que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida". E o art. 10: "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". Tais normas também se aplicam ao contraditório no processo penal. Não há por que considerar que no processo civil o contraditório deva ser mais intenso que no processo penal. Independentemente da natureza do processo, o juiz deve sempre dar oportunidade às partes para se manifestarem, antes de decidir sobre fundamento que não tenha sido submetido ao contraditório.

> Esse dever de diálogo foi haurido do que dispõe o art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês e erigido nas últimas décadas a uma verdadeira regra universal do processo, inerente à garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição.
>
> Com essa postura a ciência do processo e o próprio direito positivo afastaram o irracional preconceito segundo o qual o juiz que durante o processo expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa estaria *prejulgando* e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade (*infra*, n. 32). A experiência mostra que ele não perde a equidistância entre as partes quando tenta *conciliá-las*, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as *esclarece* sobre a distribuição do ônus da prova ou quando as *adverte* da necessidade de provar melhor. Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de-ofício uma decisão ou julgar com fundamento em ponto de fato ou de direito a respeito do qual as partes não debateram, antes as chama à manifestação sobre esse ponto. O *juiz mudo* tem também algo de *Pilatos* e, por temor ou vaidade, lava as mãos e deixa o processo fluir sem tomar iniciativas como essa, afasta-se do compromisso de fazer justiça.

No processo penal entendem-se indispensáveis tanto a defesa técnica, exercida por advogado, quanto a *autodefesa*, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar a todos os atos instrutórios. Mas, enquanto a defesa técnica é insuscetível de renúncia, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível, podendo este optar pelo direito ao silêncio (Const., art. 5º, inc. LXIII).

Decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os poderá ele efetivar o contraditório. Entre nós a ciência dos atos

processuais é dada mediante a *citação*, a *intimação* ou a *notificação*, conforme o caso.

A legislação brasileira não é uniforme no uso desses vocábulos. Nos Códigos de Processo Civil e Penal *citação* é o ato pelo qual se dá ciência a alguém da instauração de um processo, chamando-o a participar da relação processual (v. CPC, art. 238, e CPP, art. 396). *Intimação* é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos do processo, contendo também, eventualmente, um comando de fazer ou deixar de fazer alguma coisa (CPC, art. 269). Já a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei do Mandado de Segurança usam *notificação* onde deveriam dizer *citação*. O Código de Processo Civil emprega esse vocábulo em alguns dispositivos mas (a) ao menos em três destes, tudo indica que esse emprego não passou de mero descuido do legislador, pois não se sabe a quais notificações quer se referir (arts. 230 e 255); b) seu art. 729, que fala das notificações ao lado das interpelações, situa-se no capítulo referente à *jurisdição voluntária* (arts. 719 ss.) e esses atos portadores da exigência de certos deveres ou obrigações são atos de direito material integrantes de autênticos procedimentos, não atos de comunicação processual, como as citações e intimações; c) do mesmo modo, a *notificação a impugnar a estimativa* (art. 663, par.), realizada no curso de outro autêntico processo de jurisdição voluntária, que é o arrolamento de bens do *de cujus* (art. 659, par.); d) a notificação do Banco Central do Brasil a cancelar a indisponibilidade de bens do executado (art. 854, § 6º) também não é um ato de comunicação processual.

Mas a citação, a intimação e a notificação não constituem os únicos meios para o funcionamento do contraditório; é suficiente que se identifique, sem sombra de dúvida, a ciência bilateral dos atos suscetíveis de serem impugnados. Tratando-se de direitos disponíveis (demanda entre maiores, capazes, sem relevância para a ordem pública), não deixa de haver o pleno funcionamento do contraditório ainda quando a contrariedade não se efetive. É o caso do réu em processo civil que, citado em pessoa, fica revel e suporta o efeito consistente em se presumirem os fatos alegados pelo autor na petição inicial (CPC, art. 344). Mesmo no processo civil, porém, esse efeito não se aplica quando o direito controvertido entre as partes for indisponível (art. 345, inc. II), porque aquele que não pode dispor de um direito por ato voluntário e direto, também não pode fazê-lo mediante uma conduta omissiva conducente ao mesmo resultado. No processo-crime sempre o juiz dará um defensor ao réu revel, sejam quais forem as circunstâncias em que houver incidido na revelia porque, como é notório, o direito à liberdade é rigorosamente indisponível (CPP, arts. 261 e 263) – e também se entende que, para a

efetividade do contraditório, em caso de uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo anulado. Por outro lado, a lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996, não permite o prosseguimento do processo contra o acusado que, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, suspendendo-se seu curso, juntamente com o prazo prescricional. No processo civil o revel citado por edital ou com hora certa será defendido por um curador nomeado pelo juiz (CPC, art. 72, inc. II) e o incapaz será assistido pelo Ministério Público (art. 178, inc. II). Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis).

O contraditório não admite exceções: mesmo nos casos excepcionais de tutela provisória ou monitória, em que se admite decisão *inaudita altera parte* (CPC, art. 9º, par., incs. I, II e III; CPP, art. 282, § 3º), o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.

Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo inconstitucionais as normas que não o respeitem.

O *inquérito policial* é mero procedimento administrativo que visa à colheita de elementos de informação sobre o fato criminoso e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em *indiciado* (e não *acusado*, ou *réu*), mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com *litigantes* (Const., art. 5º, inc. LV). Por isso, se não houver contraditório os elementos de informação produzidos do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), ou irrepetíveis, em que o contraditório é diferido (CPP, art. 155). Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser plenamente tutelados no inquérito. O fato de não haver contraditório não significa que não haja possibilidade de defesa no inquérito policial. Também ali o direito de defesa é preservado, sendo possível, por exemplo, a impetração de *habeas corpus*, a formulação de requerimentos defensivos relativos a medidas cautelares pessoais ou patrimoniais, a impugnação de fontes de prova que tenham sido obtidas ilicitamente *etc*.

## *31. imparcialidade e juiz natural*

O predicado da imparcialidade é inseparável dos órgãos exercentes da jurisdição (juiz ou árbitro). Haveria uma inconstitucional contradição, ou mesmo uma *traição*, se o Estado, havendo obrigado as partes a trazer

ao juiz as suas pretensões contrapostas, vedando a autotutela e investindo este no poder de impor imperativamente a solução que lhe pareça correta, ao mesmo tempo permitisse que a condução do processo e a solução da causa pudessem ficar a cargo de um sujeito já comprometido com os interesses de um dos litigantes. É por isso indispensável que o juiz compareça ao processo sem qualquer predisposição em prol de um destes e desfavorável ao outro. Traçando um paralelo com as atividades de pesquisa científica disse a doutrina que a imparcialidade deve ser para o juiz o mesmo que a *indiferença inicial* é para o pesquisador científico (Liebman). Semelhante incoerência haveria se os *árbitros*, havendo sido escolhidos pelas partes para dirimir-lhes um conflito, se comportassem como defensores dos interesses de uma destas, em detrimento da outra.

Diante disso, a lei coloca a imparcialidade do julgador como pressuposto para que a relação processual se instaure e se desenvolva validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser *subjetivamente capaz*. A incapacidade subjetiva do juiz, ou do árbitro, que se origina da suspeita de sua parcialidade, afeta profundamente a relação processual e por isso, para assegurar sua imparcialidade, as Constituições oferecem àqueles certas garantias (Const., art. 95), prescrevem-lhe vedações (art. 95, par.) e proíbem a imposição de juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII).

Não há na Constituição brasileira, nem nos Códigos de processo, uma expressa garantia da imparcialidade do juiz, mas as leis processuais infraconstitucionais estabelecem casos em que, segundo a experiência comum, o juiz se considera fragilizado em sua capacidade de ser firme e imparcial, com o risco de mostrar-se menos resistente a pressões e tentações a que, como ser humano, poderia estar sujeito: vêm daí os conceitos de *impedimento* e *suspeição do juiz* (CPC, arts. 144-148 – CPP, arts. 252 e 254), integrados nas técnicas pelas quais o juiz se abstém de oficiar em dado processo ou pode ser recusado pela parte (*infra*, nn. 81-85). Também o *árbitro* tem o dever de ser imparcial, submete-se às hipóteses de suspeição e impedimento indicadas no Código de Processo Civil e tem ainda o chamado *dever de revelação*, que o obriga a declinar, antes de aceitar o encargo, qualquer fato que possa colocar em dúvida sua imparcialidade e independência (LA, arts. 13, § 6º, e 14, *caput* e § 1º).

Aos *tribunais de exceção*, instituídos para certas contingências especiais, contrapõe-se o *juiz natural*, pré-constituído pela Constituição e por lei. Nessa primeira acepção o princípio do juiz natural apresenta um *duplo significado*. No primeiro deles, consagra a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição (afastando-se, desse modo, a possibilida-

de de o legislador julgar, impondo sanções penais sem processo prévio, mediante leis votadas pelo Parlamento, muito em voga no antigo direito inglês – *bill of attainder*); no segundo impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção para o julgamento de causas penais ou civis.

As modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz competente perante a Constituição e a lei, desdobrando-se essa garantia em *três conceitos*: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem imperativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. A Constituição brasileira contém também a garantia do *juiz competente* (art. 5º, inc. LIII).

> No processo civil o princípio do juiz natural é legitimamente excepcionado em alguns casos. A título de exemplo, a competência passará para outro órgão judiciário na hipótese de extinção do órgão prevento ou de superveniência de novas normas que lhe alterem a competência absoluta (CPC, art. 43).

A modificação da competência a partir de critérios preestabelecidos em lei não é incompatível com a garantia do juiz natural. Para tanto, a disciplina legal dessa modificação deve se fundar em critérios objetivos e claros que definam, sem qualquer margem para escolhas discricionárias: (a) as hipóteses de modificação da competência, (b) o órgão que passará a ser competente no caso de ocorrência de tal fator, excluindo quaisquer formas de discricionariedade na determinação do juiz competente. Consequentemente, sempre e em qualquer caso, o resultado final do processo prévio de concretização da competência deve apontar para um único juiz. Em outras palavras, o juiz natural, enquanto *juiz competente predeterminado por lei* pode decorrer de um esquema mais simples: *juiz competente* = juiz decorrente de regra de *determinação de competência*; ou mais complexo: *juiz competente* = critérios de *determinação de competência* + fator de *modificação* + critério de *definição do novo órgão competente*. Em ambas as hipóteses, haverá um juiz determinado e somente ele será o juiz competente, no primeiro caso, para o processo, ou no segundo, para os processos.

Com esses contornos, a *imparcialidade do juiz* é uma garantia de justiça para as partes e por isso têm estas o direito de exigir um juiz imparcial. E o Estado, que assumiu a responsabilidade do exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de lhes oferecer um

juiz que não esteja em qualquer situação da qual se possa inferir ou mesmo suspeitar razoavelmente de sua falta de isenção para bem decidir as causas que lhe são submetidas (suspeição ou impedimento).

As organizações internacionais também se preocupam em garantir a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais competentes. Como só a jurisdição subtraída a influências espúrias pode configurar uma justiça capaz de dar a cada um o que é seu e somente o que é seu, o moderno direito internacional não poderia ficar alheio ao problema das garantias fundamentais do homem nem relegar a eficácia do sistema de proteção dos direitos individuais à estrutura constitucional de cada país. Independentemente do reconhecimento de cada Estado, o direito internacional público coloca sob sua garantia os direitos primordiais do homem, inerentes à personalidade humana – entre eles, o direito ao juiz imparcial.

> A Declaração Universal dos Direitos do Homem, contida na proclamação feita pela Assembleia-Geral das Nações Unidas reunida em Paris no ano de 1948, estabelece: "toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e *imparcial*, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal". A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, de 22 de dezembro de 1969, igualmente assegura, no art. 8.1, que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza". Também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, em seu art. 14.1, primeira parte, estabelece que "todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por *um tribunal* competente, segundo a lei, independente e *imparcial,* na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil".

## *32. imparcialidade, neutralidade e impessoalidade*

Imparcialidade não se confunde com *neutralidade* nem importa um suposto dever do juiz, de ser ética ou axiologicamente neutro. A doutrina processual moderna vem enfatizando que o juiz, embora escravo da lei como tradicionalmente se diz, tem legítima liberdade para interpretar os textos desta e as concretas situações em julgamento, segundo os

valores da sociedade. O bom juiz levará em conta as realidades sociais, políticas ou econômicas subjacentes à causa e envolvendo os litigantes e o próprio processo, proferindo decisões compatíveis com esses valores e essas realidades, sem com isso transgredir o dever de imparcialidade. Valorizará, portanto, a condição econômico-financeira do litigante, concedendo-lhe, p.ex., os benefícios da assistência judiciária; em caso de dúvida interpretativa, em todas suas decisões optará pela solução mais favorável àquele que tiver mais necessidade do bem e tomará decisões que respeitem certos valores fundamentais, como o direito à liberdade, à honra, o direito à moradia ou ao meio ambiente sadio *etc.*, sem com isso cometer parcialidades incompatíveis com o exercício da jurisdição.

A consideração da existência de direitos mais relevantes que os outros, ou *direitos mais fortes*, tem levado a doutrina e os tribunais a valorizar o chamado *princípio da precaução* como critério para o julgamento de ações coletivas ambientais – e com isso amenizando adequadamente os rigores do ônus da prova incidente sobre o autor.

Em situações como essas, e também em todas áreas do exercício da jurisdição, o juiz deverá estar consciente de sua condição de intérprete das leis e dos valores que lhes estão à base, e de sua condição de mero *canal de comunicação* entre a ordem jurídica e as realidades postas em julgamento, sem a liberdade de impor seus próprios valores ou suas preferências pessoais. Tal é a regra da *impessoalidade*, essencial a todo exercício do poder, a qual parte do indiscutível pressuposto de que o juiz, no exercício da jurisdição, não está a tratar de seus próprios interesses, como se dá nos negócios jurídicos de direito privado, onde ele, como qualquer outra pessoa, estaria a exercer a *autonomia da vontade*, que é uma projeção da garantia constitucional da liberdade (no caso, liberdade negocial).

Nesse quadro sistemático a imparcialidade e a impessoalidade são penhores da prática da garantia constitucional da igualdade, que deve prevalecer em todas as decisões judiciárias – porque, pela experiência comum, se sabe que o juiz parcial ou personalista teria uma perversa tendência a tratar as partes de modo desigual.

### *33. publicidade*

O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização

popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, *o povo é o juiz dos juízes*. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão quando tais decisões hão de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo.

> Foi pela Revolução Francesa que se reagiu contra os juízos secretos e de caráter inquisitivo do período anterior. São famosas as palavras de Mirabeau perante a Assembleia Constituinte: "donnez-moi le juge que vous voudrez, partial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez, peu m'importe, pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'à la face du public". Realmente, o sistema da publicidade dos atos processuais situa-se entre as maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz.

Ao lado dessa publicidade, que também se denomina *popular*, outro sistema existe (chamado de publicidade para as partes ou *restrita*), pelo qual os atos processuais são públicos só com relação às partes e seus defensores ou a um número reduzido de pessoas. Com isso garantem-se os indivíduos contra os males dos juízos secretos, mas evitando alguns excessos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, solenemente proclamada pelas Nações Unidas em 1948, garante a publicidade popular dos juízos (art. 10º), e a ordem jurídica brasileira outorga a esse princípio o *status* constitucional, dispondo que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação" (Const., art. 93, inc. IX). Antes da Constituição Federal de 1988 o princípio da publicidade era afirmado exclusivamente em nível infraconstitucional (CPC/73, art. 155 – CPP, art. 792 – CLT, art. 770).

A publicidade é também garantida pelo Código de Processo Civil, ao impor a observância e o resguardo da publicidade na aplicação do ordenamento jurídico (art. 8º), ao declarar que "os atos processuais são públicos" (art. 189, *caput*) e ao determinar que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade" (art. 11).

A regra geral da publicidade dos atos processuais encontra exceção nos casos em que o decoro, o zelo pela privacidade ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados. É o que dispõem os arts. 11, par. e 189 do Código de Processo Civil bem como os arts. 483 e 792,

§ 1º, do Código de Processo Penal. Nesses casos adota-se, por motivos óbvios, a *publicidade restrita*, com a limitação do acesso aos autos às partes e seus advogados, em plena consonância com o inc. IX do art. 93 da Constituição Federal e até com expressa autorização concedida no art. 5º, inc. LX. Em casos assim diz-se que o processo se realiza em *segredo de justiça*, o que geralmente acontece nas ações envolvendo relações de família ou relações entre empresas interessadas em preservar os segredos de suas estratégias empresariais.

> No campo penal, a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, regulando as interceptações telefônicas, dispõe que o seu resultado será sigiloso (art. 8º). O mesmo se diga com relação a lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que trata das organizações criminosas, ao prever que o pedido de homologação do acordo de colaboração premiada será "sigilosamente distribuído" ao juiz e que, para homologá-lo, o magistrado poderá "sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor". Mas o sigilo só pode ser temporário, enquanto estritamente necessário, não podendo sacrificar o contraditório, ainda que diferido.

Nesse quadro sistemático toda precaução há de ser tomada contra a exagerada exaltação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande quanto o próprio segredo. As audiências televisionadas têm provocado em vários países profundas manifestações de protesto. Não só os juízes são perturbados por uma curiosidade malsã, como as próprias partes e as testemunhas veem-se submetidas a excessos de publicidade que infringem seu direito à intimidade, além de conduzirem à distorção do próprio funcionamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes dos dramas judiciais. A publicidade, como garantia política cuja finalidade é inclusive o controle da opinião pública nos serviços da Justiça, não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa e aos órgãos do Poder Judiciário encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea com a experiência e os costumes de cada povo.

Pelas razões já expostas, o inquérito policial é sigiloso, nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal. O Estatuto da Advocacia, contudo, estabelece como direitos do advogado o de "examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital" (art. 7º, inc. XIV), e o de "ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias,

cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares" (art. 7º, inc. VI, letra *b*). Com isso, praticamente desapareceu o sigilo dos inquéritos.

No *processo arbitral*, que se realiza no interesse das partes, sem conotações publicistas, o sigilo é a regra na prática. A Lei de Arbitragem nada dispõe de forma explícita a respeito – há referência ao dever de discrição dos árbitros (art. 13, § 6º) e ao necessário respeito da publicidade nas arbitragens que envolvam a Administração Pública (art. 2º, § 3º) –, mas as principais câmaras de arbitragem brasileiras preveem em seus regulamentos que o sigilo é a regra no procedimento arbitral, podendo ser afastado por vontade das partes.

## *34. motivação das decisões judiciais*

Outra importante garantia constitucional, voltada ao controle sobre o exercício da função jurisdicional, é a da necessária motivação das decisões judiciárias. Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista somente como uma garantia das partes, com vista à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era essa a razão para as leis processuais comumente assegurarem a necessidade de motivação (CPP, art. 381 – CPC, arts. 11, 131 e 489, inc. II e §§ 1º e 2º – CLT, art. 832). Mais modernamente foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas a própria nação como um todo e a opinião popular, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões. A exigência de motivação das decisões judiciárias serve portanto a três ordens de destinatários, que são (a) as partes, para dar consistência aos recursos que possam interpor e para orientar a realização da liquidação de sentença (CPC, art. 509, § 4º); b) aos órgãos superiores da Magistratura, para aferirem o acerto ou erro das decisões recorridas; c) à sociedade como um todo, para a formação de seu juízo sobre a legitimidade ou ilegitimidade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

Por isso, diversas Constituições, como a belga, a italiana, a grega e diversas latino-americanas, ergueram o princípio da motivação à estatura constitucional, sendo seguidas pela Constituição Federal brasileira, a qual veio a adotar em norma expressa (art. 93, inc. IX) a garantia que antes se entendia defluir do § 4º do art. 153 da Constituição de 1969.

Bem andou o constituinte ao explicitar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciárias, pondo assim cobro a situações

em que essa exigência não era observada. A Constituição cuidou também de eliminar a exigência da *arguição de relevância* como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a ser verificado secretamente, em *conselho* e independentemente de qualquer motivação. Seu art. 102 não formula essa exigência e não deixa ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como na Carta precedente se deixava, a permissão de formulá-la. A emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, veio a repristinar a antiga *arguição de relevância*, agora com a denominação de *repercussão geral*, para que o recurso extraordinário possa ser conhecido (*infra*, n. 295) – mas, à luz do disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, seria constitucionalmente ilegítima alguma disposição legal ou regimental que viesse a dispensar a motivação ou a publicidade nas decisões a esse respeito.

Nas causas cíveis os tribunais brasileiros não são radicalmente exigentes no tocante ao grau de pormenorizações a que deve chegar a motivação da sentença e das decisões judiciárias em geral. Toleram-se eventuais omissões de fundamentação no tocante a pontos colaterais ao litígio, pontos não essenciais ou de importância menor, irrelevantes ou de escassa relevância para o julgamento da causa. O que não se tolera são as omissões no essencial, que violariam os princípios, fórmulas e regras de direito positivo atinentes à motivação da sentença. É natural, portanto, que sempre se aprecie o cumprimento do dever de motivar, em cada caso concreto, em face das questões debatidas na instrução da causa e do grau de relevância de cada uma delas. Na prática, reputa-se não motivada a decisão judiciária que se omita sobre pontos de fato ou de direito cujo exame pudesse conduzir a julgamento diferente daquele pelo qual houver optado o juiz. Tal é a regra e tal a dimensão da *inteireza da motivação*, de que fala a doutrina especializada (Michele Taruffo).

Não-obstante a impossibilidade de emitir critérios muito objetivos acerca dos limites entre a sentença mal motivada e a não-motivada, algumas indicações são trazidas pelo art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil ao dispor que "não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão", que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (inc. I), empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (inc. II), invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (inc. III), não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (inc. IV), se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamen-

to se ajusta àqueles fundamentos (inc. V), ou deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (inc. VI). O § 2º do art. 489 integra essa disciplina ao dispor que, "no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão". O mesmo rol de situações caracterizadoras de falta de fundamentação consta do § 2º do art. 315 do Código de Processo Penal.

A falta ou insuficiência de motivação constitui vício formal, reputando-se *inválida* a decisão judiciária que nesse vício houver incidido (*infra*, n. 258). Essa invalidade, ou imperfeição do ato, é tratada pela ordem jurídico-processual como *nulidade absoluta*, justamente porque, além de comprometer a segurança das partes em relação à idoneidade do julgamento (e especialmente da parte vencida), diz respeito diretamente à própria estrutura do sistema e à ordem pública: uma sentença não motivada ou insuficientemente motivada constitui fator de desgaste da confiabilidade do próprio Poder Judiciário, que a emitiu, e da idoneidade das instituições processuais do país. Tal é o fundamento do caráter absoluto das nulidades em geral. E, por ser absoluta, essa nulidade das decisões judiciárias comporta exame por iniciativa da parte interessada ou mesmo de-ofício pelos tribunais (CPC, art. 485, § 3º), na medida da devolução operada pelos recursos a eles endereçados (art. 1.013 – *infra*, n. 299).

Apesar de a decisão não motivada ser *nula* e de essa ser uma nulidade *absoluta*, em nome da tempestividade na oferta da tutela jurisdicional, e para evitar idas e vindas na marcha processual, o Código de Processo Civil trata essa nulidade de uma forma muito peculiar. De acordo com seu art. 1.013, § 3º, inc. IV, "se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando (...) decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação". Ou seja: se a causa estiver madura para julgamento, o reconhecimento da nulidade da decisão pelo tribunal não terá efeito algum, pois lhe cabe prosseguir no julgamento, enfrentando o mérito do litígio – vendo-se nessa disposição uma aplicação da regra da *primazia do julgamento do mérito,* inerente à grande premissa consistente na instrumentalidade do processo. É de se perquirir nesse contexto se vale a pena exigir do tribunal a análise da alegação de nulidade, pois seu pronunciamento a esse respeito será totalmente inócuo.

Ainda quando viciada a decisão por falta ou deficiência de motivação, a partir de quando sobrevier a coisa julgada a invalidade do ato

deixa de ser causa para a anulação porque a *res judicata* é a sanatória geral das nulidades do processo. Decorrido o biênio decadencial para a propositura da ação rescisória, a sanação da sentença se consolida e perpetua-se a *eficácia preclusiva da coisa julgada*, responsável pela estabilização da sentença, ainda quando portadora de vícios como esse (CPC, arts. 505 e 508 – *infra*, n. 285).

No processo penal, a falta de motivação também é causa de nulidade da sentença. Tem se admitido, em relação à pena, que a falta ou insuficiência de motivação não gera nulidade, por ausência de prejuízo, se a sanção foi fixada no mínimo legal. Esse fundamento, que é acertado sob a ótica da defesa, não é aceitável sob o ponto de vista da acusação, pois o Ministério Público e, em última análise, a sociedade, tem o direito de saber a justificativa para, no caso, a pena ser fixada no mínimo legal.

No caso de sentenças condenatórias *nulas*, por vício de motivação, mesmo que haja o trânsito em julgado sempre será possível ao condenado valer-se da revisão criminal, posto que inexiste prazo legal para sua propositura. Por outro lado, considerando que não há revisão criminal *pro societate*, em caso de sentença absolutória transitada em julgado, não haverá qualquer meio de ter o reconhecimento da invalidade da decisão por eventuais vícios de motivação (*infra*, nn. 284 e 317).

## *35. duplo grau de jurisdição*

Esse princípio apresenta duas facetas, ou dois aspectos, ambos ligados à existência de órgãos judiciários escalonados em mais de um patamar hierárquico.

Em primeiro lugar indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou *primeira instância*), que corresponde à denominada *jurisdição inferior*. Garante, assim, um novo julgamento por parte dos órgãos da *jurisdição superior*, ou de segundo grau (*segunda instância*).

Por outro lado, constitui também aplicação desse princípio a exigência de que ordinariamente os processos tenham início perante os órgãos inferiores da jurisdição (*primeira instância*), só podendo chegar aos superiores por via de eventuais recursos. Salvo os casos de competência originária dos tribunais, expressamente delineados na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados, é vedado *suprimir um grau de jurisdição*, ou seja, postular diretamente perante esses órgãos superiores, sem que tenha havido julgamento por um juízo de primeiro grau.

As locuções *jurisdição superior* e *jurisdição inferior* indicam apenas a competência daquela para julgar novamente as causas já decididas em primeiro grau – *competência de derrogação* portanto, sem qualquer possibilidade de prévia interferência sobre o modo como o juiz decidirá (*infra*, n. 145).

Com referência à primeira de suas vertentes (possibilidade de revisão das decisões de primeira instância pelo tribunal competente), o princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso. Já houve manifestações doutrinárias contrárias a esse princípio, fundadas em três alegações: a) não só os juízes de primeiro grau mas também os da jurisdição superior poderiam cometer erros e injustiças no julgamento, por vezes reformando ou anulando até uma sentença consentânea com o direito e a justiça; b) a decisão em grau de recurso é inútil quando confirma a sentença de primeiro grau, infringindo até o princípio da economia processual; c) a decisão que reforma a sentença da jurisdição inferior é sempre nociva, pois aponta uma divergência de interpretação que daria margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo a incerteza nas relações jurídicas e o desprestígio do Poder Judiciário.

A opinião contrária é porém muito mais aceita entre os doutrinadores e acatada nos ordenamentos jurídicos em geral, com a convicção de ser mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conforme. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança; e o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais da jurisdição superior.

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de *natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários *controles* – e no sistema político-jurídico acatado pela Constituição brasileira, o controle das decisões dos juízes inferiores é feito em primeiro lugar e ordinariamente pelos tribunais competentes para o julgamento dos recursos interpostos contra tais decisões – podendo também ser realizado pelos Tribunais Superiores, em caso de interposição e conhecimento do recurso extraordinário ou especial. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.

E assim é que, embora com diferentes modelos institucionalizados nas Constituições e nas leis dos mais diversos Estados soberanos, o du-

plo grau de jurisdição é acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive pelo brasileiro. No Brasil a Constituição Federal não o inclui entre as *garantias* que seu art. 5º enumera, mas ela própria se incumbe de atribuir competência recursal a vários órgãos da jurisdição, instituindo expressamente órgãos judiciários de segundo grau, sob a denominação de *tribunais* (*v.g.*, art. 93, inc. III). Na Justiça Federal são órgãos de segundo grau os Tribunais Regionais Federais localizados em seis Capitais de Estados e nas estaduais, os vinte-e-sete Tribunais de Justiça em operação nas Capitais de todos os Estados da Federação e no Distrito Federal. Além disso o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, leis extravagantes e as leis de organização judiciária disciplinam e desenham a mecânica do duplo grau de jurisdição, embora não enunciem nominalmente esse princípio – e a menção a todos esses órgãos encarregados de decidir em segundo grau jurisdicional constitui clara demonstração de que no sistema processual comandado pela Constituição Federal está presente o princípio do duplo grau de jurisdição.

Com referência ao processo penal o duplo grau de jurisdição é expressamente consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, que assegura a todos os acusados, entre as garantias processuais mínimas, o "direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior" (art. 8.2, *h*). Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos assegura que "toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei" (art. 14.5). Sobre o conteúdo ou as características do recurso assegurado pela referida Convenção, no caso de sentença condenatória é necessário que se trate de um meio amplo de impugnação da sentença, que admita revisão de seu conteúdo tanto sobre questões de direito quanto sobre questões de fato, isto é, admitindo uma nova valoração da prova por parte do tribunal. O condenado deve ter possibilidade de impugnar, perante outro juiz, tanto os *errores in procedendo* quanto os *errores in iudicando*, obtendo uma possibilidade de obter um "reexame de mérito", em que eventuais erros possam ser verificados.

Por outro lado, em tal âmbito a garantia do duplo grau de jurisdição é limitada duplamente: a) porque somente é garantia para o acusado, mas não para o acusador; b) porque só é garantida em relação à sentença. Logo, não seria incompatível com as referidas normas internacionais um sistema com irrecorribilidade das decisões interlocutórias, bem como no

qual somente houvesse recurso da sentença em favor do acusado, inexistindo uma apelação *pro societate*.

Em princípio o duplo grau de jurisdição só se efetiva se e quando o vencido apresentar recurso contra a decisão de primeiro grau, ou seja, há necessidade de nova provocação do Poder Judiciário pela parte que houver sido desfavorecida pela decisão – e essa provocação se dá pela via da *apelação* ao Tribunal de segundo grau competente. Só excepcionalmente a jurisdição superior passa a atuar em um dado processo sem provocação da parte, o que se dá somente nos casos expressa e taxativamente indicados pela lei, tendo em vista certos interesses aos quais o legislador dedica um zelo muito especial. Tal é a *devolução oficial*, ou *remessa necessária*, que alguns textos legais ainda insistem em denominar "recurso de ofício", como se fosse possível o juiz recorrer, manifestando com isso seu inconformismo em face da sentença por ele próprio proferida.

> No processo civil brasileiro todos os casos de devolução oficial consistem em sentenças contrárias aos interesses pecuniários das pessoas jurídicas de direto público (CPC, art. 496, incs. I-II) o que constitui uma herança da ditadura nazifascista do caudilho Getúlio Vargas.

Nenhuma discriminação estabelecem o Código de Processo Civil e o de Processo Penal quanto às causas de pequeno valor ou de determinada matéria. Quaisquer que sejam o valor econômico do benefício pleiteado ou a pena cominada para o ilícito penal imputado ao réu, será sempre admissível o recurso de apelação, provocador dos tribunais de segundo grau jurisdicional. A Lei das Execuções Fiscais, porém, exclui a admissibilidade desse recurso nas causas de pequeno valor econômico, para admitir somente os chamados *embargos infringentes*, a serem conhecidos e decididos pelo próprio juiz da causa (lei n. 6.830, de 22.9.1980, art. 34). Ressuscitou com isso os *embargos de nulidade ou infringentes do julgado*, do art. 839 do Código de Processo Civil de 1939 (*embargos de alçada*), contrariando o princípio do duplo grau consagrado pela Constituição Federal.

No processo dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Constituição Federal dita a possibilidade de julgamento dos recursos por turmas de juízes de primeiro grau (art. 98, *caput*, inc. I) – e a Lei dos Juizados Especiais estabeleceu que os recursos cíveis e criminais serão julgados por turma composta de três juízes, em exercício no primeiro grau de jurisdição (art. 41, § 2º, e art. 82, *caput*). Com isso fica resguardado o duplo grau, que não precisa ser necessariamente desempenhado por órgãos da denominada *jurisdição superior*.

Com relação à outra vertente do princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, à vertente da proibição de *supressões de grau jurisdicional*, existem no Código de Processo Civil algumas disposições que afastam sua aplicação, gerando suspeitas de inconstitucionalidade por parte da doutrina. Elas estão no § 3º de seu art. 1.013, que manda o tribunal julgador da apelação decidir sobre o *meritum causæ* em certas situações nas quais em primeiro grau de jurisdição o mérito não haja sido julgado ou seja *nula* a sentença que o julgou.

A disposição de mais patente confronto com esse princípio é aquela pela qual, "se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando (...) constatar a *omissão no exame de um dos pedidos*, hipótese em que poderá julgá-lo" (art. 1.013, § 3º, inc. III). Sentenças assim, que a doutrina qualifica como *citra petita*, não contêm decisório algum quanto ao pedido omitido, mas o Código de Processo Civil autoriza que o tribunal decida sobre esse pedido pela primeira vez, ou seja, sem que o haja feito o juiz inferior – colidindo, pois com o princípio constitucional do duplo grau.

O julgamento do mérito é também permitido ao tribunal "quando reformar sentença fundada no art. 485" (CPC, art. 1.013, § 3º, inc. I). Na sistemática do Código, "sentença fundada no art. 485" é sentença *terminativa*, que extingue o processo sem julgamento do mérito – donde se vê que, ao julgar o mérito nessa situação, o tribunal estará a julgá-lo pela primeira vez. E o art. 1.013, § 3º, permite também que o tribunal decida o mérito "quando decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação" (inc. IV). Entre todas as hipóteses previstas naquele dispositivo é essa a que maior desafio faz à ordem constitucional, porque não se limita a colidir com o princípio do duplo grau de jurisdição. Reconhecer a nulidade por falta de fundamentação e logo no mesmo ato decidir o *meritum causæ* é renegar a exigência de motivação de todas as decisões judiciárias (*supra*, n. 34).

## 36. *proporcionalidade*

Trata-se de um princípio constitucional de ampla aplicação ao sistema processual. Em sede infraconstitucional, está reafirmado nos arts. 8º e 489, § 2º, do Código de Processo Civil. Tal princípio vincula todos os Poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário), mas é aplicado precipuamente pelo intérprete e, portanto, pelo juiz. Em caso de colisão entre princípios constitucionais, a solução deve ser buscada aplicando-se o *princípio da proporcionalidade*.

Por proporcionalidade entende-se o justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. Esse princípio desdobra-se

nos seguintes subprincípios: (a) adequação, ou seja, a aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos; (b) necessidade, como exigência de limitar um direito para proteger outro, igualmente relevante; (c) proporcionalidade estrita, como escolha baseada na ponderação da relação existente entre os meios e os fins, ou seja, entre a restrição imposta (que não deve aniquilar o direito) e a vantagem conseguida, o que importa (d) a não-excessividade.

O direito alemão confere ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso a natureza de norma constitucional não-escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais. E a doutrina e jurisprudência brasileiras acompanham essa posição.

O campo de aplicação mais frequente do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por atos dos poderes públicos, mas essa aplicação abrange conflitos de qualquer espécie. No processo civil esse princípio deve comandar o dimensionamento do valor e da periodicidade das multas coercitivas (*astreintes*), o da repressão à litigância de má-fé, o do valor das pensões devidas a filhos ou cônjuges *etc.* Na área penal é lícito recorrer a esse princípio no campo da relação entre a pena e a responsabilidade penal (Canotilho). O legislador brasileiro coloca-o também como critério de escolha da medida cautelar a ser imposta ao suspeito ou acusado (*infra*, n. 356).

O Supremo Tribunal Federal acolhe amplamente o princípio da proporcionalidade, denominando-o em alguns julgados de *razoabilidade*, na esteira da terminologia norte-americana.

## 37. *devido processo legal*

A garantia do devido processo legal (Const., art. 5º, inc. LIV) constitui um *sistema de limitações ao exercício do poder*, mediante o traçado de intransponíveis *landmarks* além dos quais não pode passar o próprio legislador, o administrador nem o juiz, sob pena de violação ao próprio regime democrático constitucionalmente assegurado no Estado-de-direito. Não pode o legislador legislar contra a Constituição Federal, não pode o administrador atuar contra a Constituição ou a lei e não pode o juiz decidir ou impor decisões contrárias àquela ou a esta. Com toda essa ampla dimensão, tal garantia desdobra-se, nas palavras da doutrina norte-americana, em *substantive due process* e *procedural due process*.

É dessa segunda vertente que se trata nos estudos de direito processual, como este.

> No estudo da conhecida e interessante história da cláusula *due process of law* e sua incorporação ao direito norte-americano segundo a emenda constitucional n. 14, a doutrina refere sempre o julgamento *Mugler vs. Kansas*, com a reafirmação da existência de "numerosas limitações ao poder do legislador". Como um todo, essa garantia resolve-se em um esteio das liberdades e dos direitos fundamentais. A própria *Magna Charta Libertatum,* apontada como a origem mais remota dessa cláusula, exibe-a como um ato com que no ano de 1215 o rei João da Inglaterra (*João Sem Terra*), pressionado por seus barões em razão dos desmandos que sucessivamente cometia, assumiu o compromisso de só atuar nos limites da *law of the land*, a saber, sem a incontrolada liberdade de atuar segundo sua própria vontade. E a doutrina norte-americana, no espelho da imagem lançada pela *Magna Charta*, reconhece e reafirma que *due process of law* em sentido substancial é "a concept in U.S. and English jurisprudence that establishes *limits to the powers of government*, specifically against the arbitrary deprivation of life, liberty, or property".
>
> O *devido processo legal substancial* assegura que as leis sejam razoáveis. Com isso, se permite um juízo sobre a "razoabilidade" (*razonableness*) e de "racionalidade" (*rationality*) dos atos estatais, incluindo as leis.

Com essa configuração o princípio do devido processo legal constitui um *núcleo de convergência* e uma condensação metodológica de todos os princípios constitucionais, recebendo de parte da doutrina a qualificação de *cláusula organizatória* (organizatória do sistema constitucional de princípios e garantias) porque observar essa garantia é oferecer a isonomia processual, o juiz natural, o contraditório, a inafastabilidade do controle jurisdicional, a publicidade, a possibilidade de ampla defesa *etc.* (*infra*, n. 51). Isso significa que nenhuma das outras garantias constitucionais do processo teria necessidade de reafirmação ou suporte mediante a cláusula genérica do *devido processo legal*. Ela tem, contudo, o mérito de traçar o *perfil democrático* do processo e atrair à órbita das medidas de tutela constitucional certas garantias não caracterizadas como verdadeiros princípios ou lançadas de modo genérico em outros dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais mas que com ele guardem pertinência. E, se alguma disposição infraconstitucional for emitida ou alguma decisão judiciária proferida sem infração a qualquer dessas garantias assim tipificadas, mas violando as premissas do Estado liberal democrático, ela será violadora da garantia ampla e vaga do *due process of law* – e por isso carecerá de legitimidade constitucional.

Em breve síntese, no sistema brasileiro o modelo constitucional do devido processo legal é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência (no processo penal), devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá *due process*.

## 38. *entre os princípios e as meras regras técnicas*

Até aqui foram tratados somente os *verdadeiros* princípios, a saber, aquelas ideias mestras externas à ordem processual, geralmente consagradas pela Constituição Federal e responsáveis pela aderência do processo aos grandes valores políticos, sociais, éticos e humanos da sociedade. Passamos, a partir deste ponto, ao estudo de certas regras técnicas de grande envergadura, residentes na disciplina infraconstitucional do processo, as quais, embora não sejam autênticos *princípios*, desempenham funções de extrema relevância na ordem processual com vista a fazer do processo um instrumento sólido, coerente e sobretudo aderente às necessidades da justiça. Por comodidade de linguagem e para a melhor compreensão do que a seu respeito se dirá, chamemo-las também de *princípios*, embora conscientes daquela distinção proposta no início do presente capítulo – admitindo com isso que, em virtude da grande abrangência de sua imposição a toda a ordem processual, essas regras podem ser consideradas até como *subprincípios* do direito processual.

## 39. *princípio da demanda – o processo inquisitivo e o acusatório*

O chamado *princípio da demanda* consiste na atribuição, ao sujeito interessado, da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. Denomina-se *demanda* o ato de provocar esse exercício, com o objetivo de ativar os órgãos jurisdicionais visando à satisfação de uma pretensão (*infra*, n. 201). A jurisdição é *inerte* e para sua movimentação exige a provocação do interessado. Tal é o *princípio da demanda*, sendo essa inércia representada pela clássica locução *nemo judex sine actore*.

Tanto no processo penal como no civil a experiência mostra que o juiz que instaurasse o processo por iniciativa própria acabaria ligado psicologicamente a essa pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela.

No âmbito processual penal, assim foi no denominado *processo inquisitivo*, que se mostrou sumamente inconveniente, pela frequente

ausência de imparcialidade do juiz. A ideia de que *tout juge est procureur général* acabou por desacreditar-se, dando margem ao *processo de ação*, que corresponde ao *processo acusatório*. No *processo inquisitivo*, hoje proscrito nos países comprometidos com a democracia, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, o qual dá início ao processo de-ofício (sem provocação de quem quer que seja), determina a produção de provas, recolhe estas e, a final, profere a decisão.

> Por contingências históricas, o processo inquisitivo apresenta as seguintes características: é secreto, não contraditório e escrito. Pela mesma razão desconhece as regras da igualdade ou da liberdade processuais; nenhuma garantia é oferecida ao réu, tratado como mero objeto do processo, sendo que até torturas são admitidas no curso deste para obter a *rainha das provas* – a confissão. A rigor é em tese concebível que mesmo em um sistema inquisitivo tais aspectos deixem de se apresentar. Mas, mesmo quando em tese possam estar presentes o exercício da defesa e do contraditório, sempre lhe faltariam elementos essenciais ao *devido processo legal*, como a publicidade e a posição equidistante do juiz com relação às partes e às provas.

O *processo acusatório*, que prevaleceu em Roma e em Atenas, é um processo penal *de partes*, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade. É, ainda, um *processo de ação*, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade.

Ao lado desses dois sistemas há ainda referência ao *processo penal misto*, em que há somente algumas etapas secretas e não contraditórias. Seria o caso, *v.g.*, do Código de Processo Penal francês, que contempla um procedimento desenvolvido em duas fases: a instrução preparatória, perante o juiz da instrução, e o julgamento. A primeira era secreta e não contraditória. A fase de julgamento é oral e em contraditório de partes.

No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. A fase prévia representada geralmente pelo inquérito policial configura um procedimento administrativo, sem acusado, mas com litigantes (após o indiciamento), de modo que os elementos de informação nele colhidos (salvo as provas antecipadas a título cautelar e as irrepetíveis) só podem servir à formação do convencimento do Ministério Público e à possibilidade de recebimento da denúncia (*justa causa*) mas não para embasar uma condenação.

O ordenamento brasileiro adota pois o princípio da demanda, quer na esfera penal (CPP, arts. 24, 28 e 30), quer na civil (CPC, arts. 2º e 141). Existem, todavia, exceções, que a própria lei abre, à regra da inércia dos órgãos jurisdicionais: no processo penal, o *habeas corpus* de-ofício; na

execução trabalhista, o art. 878 da Consolidação das Leis do Trabalho; em matéria falimentar, os arts. 73 e 74 da Lei de Falências. Outra exceção, ainda que mais tênue, é a contida no art. 139, inc. X do Código de Processo Civil, que oferece a possibilidade de o juiz, "quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas", oficiar algum dos legitimados para, "se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva".

O princípio da demanda manifesta-se, em primeiro lugar, através da iniciativa de provocar a movimentação do aparelho jurisdicional, confiada ao sujeito legitimado, como já foi dito logo acima. Mas não é só: no processo civil o que vale para o pedido do autor também vale de igual modo para o pedido que o réu pode formular em juízo contra o autor e que o põe na condição de verdadeiro autor. Tal é a *reconvenção*, a qual somente se admite no processo civil e no penal, não. A reconvenção é algo bem diverso da defesa do réu: ao reconvir o réu move uma nova demanda ao autor, exercendo uma pretensão própria e autônoma, com relação à qual são invertidas as posições das partes no processo. Ali o réu não se defende mas passa a exercer uma ação no mesmo processo em que inicialmente figurava apenas como demandado (CPC, art. 343).

E, enfim, como terceira manifestação do princípio da demanda, decorre a regra pela qual o juiz – que não pode instaurar o processo por iniciativa própria – também não pode proferir decisões que superem os limites do pedido e da causa de pedir. Tal é o princípio da correlação entre a demanda e o pedido, expresso na máxima *ne eat iudex ultra petita partium* (CPC, arts. 141 e 492 – *infra*, n. 206).

No processo penal o fenômeno é semelhante. O juiz pode dar definição jurídica diversa ao fato delituoso em que se funda a acusação, ainda quando daí derive a aplicação de pena mais grave (CPP, art. 383). Nesses casos, todavia, observado previamente o contraditório, não se caracteriza julgamento *ultra petita*, mas a livre imposição do direito objetivo pelo juiz, uma vez que, como é notório, *jura novit curia*. O que efetivamente vincula o juiz, delimitando o campo de seu poder de decisão, não é o pedido de condenação por uma determinada infração penal mas a determinação dos fatos submetidos à sua indagação. A qualificação a ser dada aos fatos constitui juízo de valor que pertence preponderantemente ao órgão jurisdicional. Já quando se altera a configuração dos fatos, ou seja, quando a instrução processual revelar a ocorrência de fatos diversos dos narrados na denúncia, o Ministério Público terá a possibilidade e o ônus de aditar a esta, sob pena de esses fatos não poderem ser levados em conta na sentença, pois o juiz não pode considerar na sentença fatos diferentes dos que houverem sido imputados na denúncia (CPP, art. 384, *caput*).

## *40. disponibilidade e indisponibilidade*

Chama-se *poder dispositivo* a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos ou de postulá-los ou deixar de postulá-los em juízo. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não uma pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver ou renunciar a ela (desistir *da ação*) ou a certas situações processuais quando assim preferir. Trata-se do *princípio da disponibilidade processual*. Esse poder dispositivo é de grande ocorrência no processo civil, mercê da natureza do direito material cujo reconhecimento ou satisfação o demandante visa a obter. Sofre limitações quando o próprio direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre o privado.

Pela razão inversa prevalece no processo criminal a indisponibilidade do direito de punir, que tem por reflexo a obrigatoriedade da ação penal. O crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo e a pena é realmente reclamada, para a restauração da ordem jurídica violada. O caráter público das normas penais materiais e a necessidade de assegurar a convivência dos indivíduos na sociedade acarretam a consequência de que o *jus puniendi* seja necessariamente exercido – *nec delicta maneant impunita*. O Estado não tem apenas o direito mas sobretudo o *dever* de punir. Daí a regra de que os órgãos incumbidos da persecução penal oficial não são dotados de poderes discricionários para apreciar a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal, quer do inquérito policial. O princípio da indisponibilidade está, assim, à base do processo penal em muitos sistemas jurídicos.

Quando as infrações são tão insignificantes a ponto de a *persecutio criminis* tornar-se inconveniente, cabe ao legislador não configurar tais fatos como ilícitos penais. Mas, uma vez enquadrado um fato na tipificação legal pelo direito objetivo, costuma-se afirmar que nenhuma parcela de discricionariedade pode ser atribuída aos órgãos incumbidos da persecução. Todavia, mesmo os sistemas penais filiados à regra da obrigatoriedade admitem alguma atenuação dessa regra, abrindo caminho para a discricionariedade, regulada por lei, ao menos com relação às infrações penais de menor gravidade. A Constituição Federal, atenta a essa tendência, contempla a transação, em matéria penal, para as denominadas *infrações de menor potencial ofensivo* (art. 98, inc. I), no que foi secundada pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (*supra*, n. 4). Outra exceção, mais recente, é o acordo de não persecução penal.

Antes disso os juízes paulistas e a cúpula do Ministério Público vinham admitindo o pedido de arquivamento de inquérito policial pelo promotor de justiça nos casos de lesões corporais leves oriundas de contendas entre cônjuges que depois se tivessem composto, voltando à normalidade da vida conjugal.

Como consequência da obrigatoriedade da ação penal, nos crimes de ação pública a autoridade policial é obrigada a proceder às investigações preliminares (CPP, art. 5º) e o órgão do Ministério Público deve necessariamente apresentar a denúncia (salvo nas infrações penais de menor potencial ofensivo ou nos crimes que admitam o acordo de não persecução penal) – ou seja, ele deve obrigatoriamente deduzir em juízo a pretensão punitiva (art. 24). Diante disso, se o representante do Ministério Público optar pelo arquivamento do inquérito policial, o juiz encaminhará os autos ao órgão interno de revisão do próprio Ministério Público, para homologá-lo se assim entender (CPP, art. 28).

A obrigatoriedade da ação penal sofre outras limitações: a) nos casos de ação penal privada o *jus accusationis* é confiado ao ofendido ou a quem legalmente o represente, instaurando-se o processo somente se estes o desejarem; b) nos crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, os órgãos públicos ficam na dependência da manifestação da vontade da vítima ou de seu representante legal; c) assim também ocorre nos crimes cuja ação seja subordinada a requisição do Ministro da Justiça; d) nas infrações penais de menor potencial ofensivo, de ação condicionada à representação, a transação civil acarreta a extinção da punibilidade penal; e) o Ministério Público, em vez de oferecer denúncia, pode propor a imediata aplicação de pena alternativa (restritiva de direitos ou multa) quando não houver transação civil ou a ação for pública incondicionada; f) nos crimes de média gravidade o Ministério Público pode propor a suspensão condicional do processo; g) nos crimes com pena mínima de até quatro anos, cometidos sem violência ou grave ameaça, poderá ser celebrado acordo de não persecução penal, com confissão e cumprimento de pena restritiva de direito sem que haja processo. Tais exceções são legitimadas por razões específicas e não derrogam a regra geral, que é de indisponibilidade da ação e do processo criminal.

Derrogações ao princípio geral são encontradas, em medida maior ou menor, na maioria dos ordenamentos processuais modernos. Assim, *v.g.*, o Código de Processo Penal alemão, com a reforma de 1924, passou a permitir ao Ministério Público abster-se da acusação se a culpa do agente é leve e

insignificantes as consequências do ilícito; o mesmo quanto aos crimes praticados fora do território alemão, dadas as dificuldades e gastos na persecução. Os ordenamentos italiano e português seguem a linha da *discricionariedade regulada* em seus Códigos de Processo Penal, com atenuação do princípio da indisponibilidade nas hipóteses indicadas em lei e com controle jurisdicional – no que foram seguidos pela nossa Lei dos Juizados Especiais.

Tudo que se disse com relação ao princípio da indisponibilidade na instauração do inquérito policial e da ação penal também diz respeito à tramitação do processo penal (regra da *irretratabilidade*). O art. 17 do Código de Processo Penal proíbe à autoridade policial, uma vez instaurado o inquérito, deixar de continuar suas investigações ou arquivá-lo; e o art. 42 dispõe que o Ministério Público não pode desistir da ação penal. Tão importante é o princípio da indisponibilidade da ação penal, que chega a atingir a matéria de recursos, pois não poderá o Ministério Público desistir do recurso interposto (CPP, art. 576). Pode, porém, pedir a absolvição do réu: esse "pedido" não vale por desistência da acusação e não passa, na prática, de mero parecer, podendo o juiz, apesar dele, proferir sentença condenatória (art. 385[1]). Eis mais uma demonstração de que a pretensão punitiva pertencente ao Estado é indisponível.

Também nessa fase da *persecutio criminis* a regra da obrigatoriedade sofre exceções nos casos de crimes de ação privada, nos quais se admite renúncia, perdão e perempção (CPP, arts. 49, 51 ss. e 60). A situação é diversa na ação pública dependente de representação, pois esta se torna irretratável depois de oferecida a denúncia (art. 25), ou seja, depois de iniciado o processo criminal (CP, art. 102).

Outra decorrência da indisponibilidade do processo penal é a regra pela qual os órgãos incumbidos da *persecutio criminis* devem ser *estatais* (regra de *oficialidade*). Sendo eminentemente pública a função penal, a pretensão punitiva do Estado também deve ser deduzida por agentes públicos. Em Roma, no período republicano, a função de acusar podia ser cometida a qualquer do povo, *uti civis*; mas a experiência não surtiu efeitos positivos, ocasionando vários inconvenientes práticos.

---

1. Ainda que o Ministério Público se manifeste pela absolvição do acusado, o juiz poderá condená-lo (art. 385), em face da indisponibilidade da ação penal. Cada vez mais, contudo, ganha força na doutrina o posicionamento contrário, no sentido de que em tal caso, o Ministério Público estaria retirando a pretensão acusatória, não podendo o juiz condenar o acusado, sob pena de estar agindo ex ofício. De qualquer forma, no regime do CPP, esses dispositivos seriam manifestações da indisponibilidade da pretensão punitiva pertencente ao Estado.

Desse modo, só excepcionalmente as legislações modernas permitem que tal função fique a cargo de qualquer do povo – mas a Inglaterra, os Estados Unidos da América do Norte e a Espanha permitem a qualquer cidadão, em alguns casos, o exercício da persecução penal.

É a denominada *ação penal popular*, que no ordenamento brasileiro atual só se permite nos crimes de responsabilidade imputados ao Procurador-Geral da República ou a Ministros do Supremo Tribunal Federal (lei n. 1.079, de 10.4.1950, arts. 41 e 41-A).

Entre nós a *oficialidade* só apresenta restrições nos casos de ação penal privada e nos casos de crimes de responsabilidade acima referidos. Excluindo tais exceções, a oficialidade não sofre outras limitações: à polícia judiciária compete a instauração do inquérito (CPP, arts. 4º e 5º) e ao órgão do Ministério Público, a promoção da ação penal (art. 24).

A regra da oficialidade desdobra-se na *autoridade* (pois o órgão oficial é uma autoridade pública, que tem o poder-dever da persecução penal) e na *oficiosidade*. As autoridades incumbidas da *persecutio criminis* têm o dever de exercer suas funções de-ofício, sem necessidade de provocação ou assentimento de outrem.

Novamente nos defrontamos com a exceção constituída pelos crimes de ação privada, em que o inquérito policial e o processo criminal só se iniciam por provocação do interessado (CPP, arts. 5º, § 5º, e 30). Outra exceção é constituída pelos crimes de ação pública dependente de representação ou de requisição do Ministro da Justiça.

A regra da oficiosidade não impede, porém, que qualquer pessoa do povo provoque a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe informações sobre o fato e a autoria nos crimes de ação pública (CPP, art. 27 – *notitia criminis*). E mesmo nos crimes de ação pública é admitida ação privada se aquela não for intentada no prazo legal, embora sem privar o Ministério Público de seus poderes processuais (Const., art. 5º, inc. LIX; CPP, art. 29).

## 41. *a disponibilidade e a regra da livre investigação das provas – as chamadas verdade real e verdade formal*

O chamado princípio dispositivo consiste na regra de que em geral o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão.

O poder de disposição das partes em relação ao desenvolvimento do processo é consequência da própria estrutura deste. Vários fatores influem

na regulamentação dos poderes do juiz no processo. Uns, de política legislativa; outros, inerentes à técnica processual; e outros, ainda, locais – jamais perdendo-se de vista o mais importante dogma relativo ao juiz, que é o zelo por sua própria imparcialidade. Na doutrina contemporânea reserva-se a locução *princípio dispositivo*, como no texto acima está, para a regra da iniciativa probatória de parte. Não confundir essa regra com a da *disponibilidade* do direito subjetivo material, não-obstante a semelhança vocabular.

Tem dito a doutrina que o mais sólido fundamento do princípio dispositivo seria a necessidade de salvaguardar a imparcialidade do juiz – e essa regra é de inegável sentido liberal, porque a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito *sub judice* é que deve caber o primeiro e mais relevante juízo sobre a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Acrescer excessivamente os poderes do juiz significaria, em última análise, atenuar a distinção entre processo dispositivo e processo inquisitivo.

Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada sua finalidade preponderantemente sociopolítica, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir das últimas décadas do século XIX os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas em certas circunstâncias, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares *etc.* Dentro desses princípios elaboraram-se os códigos processuais civis da Alemanha, da Itália e da Áustria, bem como os nossos, a partir de 1939.

No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando no processo civil se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada. A justificativa que se costumava invocar para tal diferenciação era a de que, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a chamada *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas car-

readas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real* (ou verdade material).

Mais modernamente, é comum encontrar afirmações no sentido de que, diante da limitação do conhecimento humano, tanto no processo quanto em outros campos, não é possível atingir uma verdade absoluta. Ou, o que é mais ao sabor do profissional do direito, que a "verdade material" ou "verdade real" é inatingível. Assim, o que se pode atingir no processo, ou em outras áreas do saber, é apenas uma verdade aproximativa, ou uma "máxima aproximação da verdade".

Todavia, adotando a premissa do conceito de verdade como correspondência, não se deve cogitar de uma verdade aproximativa ou *graus de verdade*. As limitações, que realmente existem, são para se atingir o conhecimento verdadeiro, e não a verdade em si. A verdade é, portanto, um conceito absoluto: ou há uma relação de correspondência, com identidade total, ou inexiste tal condição, não se podendo falar em verdade. Assim, o que se pode considerar como aproximativo, relativo, gradual ou probabilístico é o conhecimento dos fatos objetos do enunciado, e não a verdade dos fatos que compõem tal enunciado. A outrora tão propalada *verdade real* é inatingível e, muito menos se pode considerar que o atingimento de tal verdade é o fim último do processo, penal ou civil.

Aceitar que a verdade não pode significar mais que *uma probabilidade elevada* de uma correta representação pelo sujeito cognoscente do objeto a ser conhecido é o bastante para se perceber que *não tem sentido procurar distinguir a denominada verdade formal* – que se aplicaria ao processo civil – *daquela outra* que, em contraposição, costuma-se chamar de *verdade material ou real* – que seria buscada no processo penal. Tanto a verdade formal quanto a material não são verdades absolutas. Do ponto de vista epistemológico, bastaria a conclusão de que a verdade é uma só. Não existem várias verdades, porções de verdade, ou algo parcialmente verdadeiro. A verdade é um conceito absoluto. Algo somente é verdadeiro quando há uma identidade entre o objeto e a representação que o sujeito cognoscente faz desse objeto. Assim, ou há identidade e o conhecimento é verdadeiro, ou não há identidade, e o saber é falso. A falta de identidade entre o objeto e a representação, esta sim, admite graus: um conhecimento pode ser falso em graus ou níveis maiores ou menores.

Por tudo isso, é hora de sepultar a velha e desgastada dicotomia entre verdade formal e verdade material, como algo que pudesse justificar que o conhecimento da verdade que se atinge no processo penal é maior

que o conhecimento da verdade que se obtém no processo civil ou em outros campos do conhecimento.

Superada a distinção entre verdade material e formal, resta a constatação de que as distinções entre o processo penal e o civil impõem ao juiz penal um maior empenho na busca da verdade. No processo civil, embora o juiz não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, na maioria dos casos (direitos disponíveis e partes capazes) em princípio ele pode satisfazer-se com a prova produzida por iniciativa das partes, limitando-se a considerar o que estas hajam levado ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios suficientes. Essa é a chamada *regra de julgamento*, estreitamente ligada aos preceitos sobre o *ônus da prova*, segundo a qual alegar e não provar equivale a não alegar (*allegare et non probare quasi non allegare*). A iniciativa probatória pelo juiz é porém um dever do juiz em certas causas envolvendo direitos indisponíveis, ou ali figurando um incapaz ou algum sujeito em condições econômico-financeiras inferiores às do adversário, ou ainda quando a defesa técnica formulada pelo advogado for manifestamente inidônea, revelando uma insuportável deficiência do defensor ou seu descaso pela defesa da qual houver sido encarregado.

Além disso, em certas causas cíveis, entre a quais aquelas versando sobre o direito de família ou infortunística, ou figurando em um dos polos da relação processual um incapaz, de longa data se faz presente o órgão do Ministério Público, com amplos poderes para requerer a produção de provas.

No processo penal, porém, o fenômeno é inverso: em regra o juiz tem poderes probatórios para determinar de-ofício a produção das provas que considere relevantes, independentemente do requerimento das partes (CPP, art. 156).

Mas, enquanto no processo civil o princípio dispositivo foi aos poucos se mitigando, ao ponto de em certos casos permitir-se ao juiz uma gama de atividades instrutórias *ex officio*, o processo penal caminhou em sentido oposto, sendo cada vez mais frequentes mudanças legislativas com restrições dos poderes instrutórios do juiz, como decorrência da adoção de um sistema predominantemente acusatório. Em outros países, com códigos mais modernos, há um verdadeiro direito à prova das partes, que são os protagonistas da iniciativa probatória, reservando-se ao juiz poderes instrutórios supletivos e subsidiários.

Conclui-se pois que o processo civil não é mais eminentemente dispositivo, como outrora foi; e o processo penal, por sua vez, foi se

transformando de inquisitivo em acusatório. Impera, portanto, tanto no campo processual penal como no campo processual civil, um sistema misto de convivência entre as duas ordens processuais, embora em uma delas prepondere a disponibilidade probatória e na outra, a da indisponibilidade.

### *42. o impulso oficial*

Impulso processual é a promoção da caminhada do procedimento ao seu destino final, seja por atos das partes ou do juiz. Quando o impulso é promovido por este, tem-se o *impulso oficial*, sabendo-se também que, uma vez instaurado o processo, em princípio o juiz não fica na dependência das provocações das partes para que ele prossiga. É seu dever mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional (para melhor compreensão desse tema, v. *infra*, n. 254).

### *43. a oralidade*

A oralidade do procedimento consiste, como o nome indica, na prática de atos processuais por via oral, opondo-se com isso ao sistema da *escritura*. Mas processo algum poderá ser absolutamente oral e, na realidade do processo brasileiro, presencia-se um declínio de sua adoção pela lei e na prática dos juízos e tribunais (para melhor compreensão desse tema, v. *infra*, nn. 252-253).

### *44. a persuasão racional do juiz*

Tal princípio, ou subprincípio, regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da *prova legal* e o do julgamento *secundum conscientiam*.

O primeiro (*prova legal*) significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente. O segundo coloca-se no polo oposto: o juiz pode decidir com base na prova dos autos mas também sem provas e até mesmo contra a prova. Exemplo do sistema da prova legal é dado pelo antigo processo germânico, onde a prova representava, na realidade, uma invocação a Deus. Ao juiz não competia a função de examinar o caso, mas somente a de ajudar as partes a obter a decisão divina; a convicção subjetiva do tribunal só entrava em jogo com relação à atribuição do ônus da prova. Esse sistema

predominou largamente na Europa, no direito romano-canônico e no comum, com a determinação de regras aritméticas e de uma complicada doutrina envolvida em um sistema de presunções, na tentativa da lógica escolástica de resolver tudo *a priori*.

Os julgamentos *secundum conscientiam* são adotados pelos tribunais do júri, compostos por juízes populares – os quais, inclusive, simplesmente decidem pela condenação ou pela absolvição, com absoluta liberdade e sem sequer motivar suas decisões.

A partir do século XVI começou a delinear-se o sistema intermediário do *livre convencimento do juiz*, ou da persuasão racional, que se consolidou sobretudo com a Revolução Francesa. Um decreto da Assembleia Constituinte francesa de 1791 determinava aos jurados que julgassem *suivant votre conscience et votre intime conviction*. O Código napoleônico de processo civil acolheu implicitamente o mesmo princípio. Mas foi sobretudo com os estatutos processuais da Alemanha e da Áustria que o juiz se libertou completamente das fórmulas numéricas. O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*) mas sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 371 e 479 – CPP, art. 155).

Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à formação arbitrária desta: o convencimento deve ser motivado à luz dos autos, o que caracteriza um sistema de *livre convencimento motivado* (Const., art. 93, inc. IX – CPP, art. 381, inc. III e art. 315, § 2º – CPC, arts. 11, 131 e 489, inc. II e §§ 1º e 2º); mas não pode o juiz desprezar as regras legais sobre as provas, porventura existentes (CPC, art. 371, inc. IV – CPP, arts. 158 e 167). Levará também em conta as *máximas de experiência* emergentes do seu conhecimento daquilo que ordinariamente acontece (CPC, art. 375).

### *45. a lealdade processual*

Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade ou por qualquer outro modo agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Como se sabe e já foi registrado (*supra,* n. 2), o processo é instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação

de seus conflitos e para que possam obter resposta às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam profunda inserção sociopolítica, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. As regras que impõem esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da Justiça, advogados e membros do Ministério Público) compõem o que se denomina *princípio da lealdade processual*.

Mas a relação processual, quando se forma, encontra as partes conflitantes em uma situação psicológica pouco propícia a manter um clima de concórdia; e o processo poderia prestar-se, mais que os institutos de direito material, ao abuso do direito. As regras condensadas no denominado princípio da lealdade visam exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta apta a levar o processo à consecução de seus objetivos. O desrespeito ao dever de lealdade processual traduz-se em *ilícito processual*, ou *litigância de má-fé* (compreendendo o dolo e a fraude processuais), ao qual correspondem sanções processuais.

No Código de Processo Civil o dever de lealdade decorre, em primeiro lugar, de normas gerais como a de seu art. 5º, no sentido de que "aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé". Em seguida, deixando claro o padrão de conduta esperado dos sujeitos processuais, consta do art. 6º que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". O art. 7º impõe o tratamento paritário das partes em relação aos deveres e à aplicação das sanções processuais; e o art. 139, inc. III, ao fixar as diretrizes para a direção do processo pelo juiz, estabelece que a este incumbe "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias".

> O dever de lealdade processual decorre também do disposto no art. 422 do Código Civil, segundo o qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Embora situado no estatuto de direito privado, esse dispositivo constitui uma norma geral de conduta regente de todas as relações humanas, inclusive aquelas que se desenvolvem no processo.

Dessas normas gerais impositivas do dever de boa-fé decorrem diversos deveres, alguns não enunciados pela lei de forma explícita e

outros indicados em normas portadoras de regras específicas de conduta e das respectivas sanções para o caso de descumprimento. O núcleo central desse regramento encontra-se nos arts. 77 a 81 do Código de Processo Civil, que tratam dos deveres e da responsabilidade das partes por dano processual, inclusive tipificando as condutas a serem qualificadas como litigância de má-fé (art. 80, incs. I-VII).

Em geral, o descumprimento do dever de lealdade ocorre mediante a utilização abusiva do processo ou de algum instrumento processual. O abuso do processo está estreitamente relacionado com situações jurídicas ativas assumidas pelas partes no desenvolvimento da relação jurídica processual (poderes e faculdades). Pode partir tanto do demandante quanto do demandado ou do próprio juiz. A utilização abusiva do direito de ação ou do poder jurisdicional pode causar tantos males quanto o abuso da defesa.

O processo é uma arma poderosíssima e sua mera instauração, quando traz uma pretensão infundada, já constitui um peso a ser injustamente suportado pelo demandado. É no entanto mais frequente que *o demandado* utilize abusivamente de seu direito de defesa, e isso geralmente ocorre com a utilização de expedientes empregados com o objetivo de procrastinar o desfecho do processo.

> Nesse contexto situam-se as condenáveis condutas do Poder Público nas demandas em que figura como réu. Com o objetivo de protelar ao máximo a satisfação dos direitos dos adversários, ele constantemente utiliza expedientes menos compatíveis com a ética do processo, em certos casos com a defesa até ao último grau de jurisdição e insistência em teses já pacificamente rechaçadas pelos tribunais. Essa é a figura do Estado-inimigo, de que fala a doutrina.

O dever de lealdade impõe-se também aos *patronos das partes*. O advogado é o representante da parte no processo e é por seu intermédio que ela manifesta sua vontade, inclusive na maioria dos casos de abuso do processo. Cabe-lhe pois agir com lisura na condução do processo, não abusar de seus mecanismos e colaborar com as partes e o juiz para o seu rápido desfecho (CPC, art. 6º). O Código de Processo Civil contém inclusive todo um capítulo com a rubrica "dos deveres das partes e de seus procuradores" (arts. 77 ss.).

> Em regra, a conduta abusiva do advogado não pode ser sancionada diretamente pelo juiz mediante medidas repressivas incidentes sobre ele,

cabendo ao juiz oficiar à Ordem dos Advogados do Brasil para que lá se instaure um processo disciplinar (CPC, art. 77, § 6º). No entanto, em algumas hipóteses o juiz poderá sancionar diretamente o advogado (CPC, arts. 107, § 4º, e 234).

Também os serventuários, auxiliares da Justiça, membros do Ministério Público ou da Defensoria Pública e o próprio juiz estão sujeitos a sanções pela infração de preceitos éticos e deontológicos (CPC, arts. 143, 155, 158, 161, 173, 181 e 187).

A jurisprudência tem interpretado com cautela todas essas disposições, para evitar o risco de sérias lesões ao princípio do contraditório. Esse aspecto demanda muito cuidado na disciplina dos deveres éticos e das sanções impostas à transgressão desses deveres. É necessário encontrar o equilíbrio e a proporção ideal entre o direito à ampla defesa e a repressão à deslealdade, pois uma disciplina muito rigorosa poderia causar embaraços à parte inocente, com restrição de seu legítimo direito de defesa. Um sistema radical de ilicitudes e sanções acabaria produzindo efeito inverso ao desejado, porque inibiria o litigante bem-intencionado e o exporia aos expedientes fraudulentos do malicioso, sempre disposto a ultrajar a lei mediante artimanhas, dissimulações ou, mesmo, afrontas à autoridade do juiz (Liebman). Daí a necessidade de ponderar os valores envolvidos e buscar uma solução conciliadora, mas sem tolerar abusos que possam comprometer a efetividade, adequação e tempestividade da tutela jurisdicional.

Parte da doutrina mais antiga manifestava-se contrariamente à imposição do princípio da lealdade, principalmente no processo civil, por considerá-lo um instituto inquisitivo e contrário à livre disponibilidade das partes e até mesmo um "instrumento de tortura moral". Hoje, porém, a doutrina tende a considerar essa concepção como um reflexo processual da ideologia do *Estado liberal*, que propugnava pela imposição do *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*. Sustenta-se no presente a imperiosidade da imposição de um dever de lealdade das partes no processo civil, diante de todas as conotações publicistas agora reconhecidas ao processo e negando, assim, a contradição entre a exigência de lealdade e qualquer princípio ou garantia constitucional.

O estatuto processual penal não denota especial preocupação com a lealdade processual (mas *v.* seus arts. 799 e 801) mas o Código Penal, ao tratar do processo civil e do administrativo, tipifica como crime a *fraude processual*, consistente, em termos bastante gerais, em "inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado

de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito" (art. 347, *caput*). Se a inovação se destinar a produzir efeitos em processo penal, ainda que não iniciado, a pena se aplica em dobro (art. 347, par.). Também se incluem na tutela penal do processo os crimes de fraude à execução (CP, art. 179) e de falso testemunho ou falsa perícia (CP, art. 342), que do mesmo modo punem a má-fé dos litigantes.

## 46. *economia processual*

Se o processo é instrumento de realização de justiça e concreta atribuição de bens a quem tiver razão, não seria legítimo exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado *princípio da economia*, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Típica aplicação desse princípio encontra-se em institutos como a reunião de causas em casos de conexidade ou continência (CPC, art. 55), a reconvenção, o litisconsórcio *etc.* Nesses casos a reunião de duas ou mais causas ou demandas em um só processo não se faz apenas com vista à economia, mas também para evitar decisões contraditórias.

Importante corolário da economia é a regra do aproveitamento dos atos processuais (CPC, art. 283, de aplicação geral ao processo civil e ao penal). Exemplos da aplicação dessa regra ao processo civil são encontrados na indiferença na escolha do interdito possessório adequado (CPC, art. 554) e nas regras processuais sobre nulidades processuais quando os atos tiverem alcançado sua finalidade e não prejudicarem a defesa (arts. 188, 277, 281). No processo penal não se anulam atos imperfeitos quando não prejudicarem a acusação ou a defesa e não influírem na apuração da verdade ou na decisão da causa (CPP, arts. 563 e 566).

O processo das pequenas causas civis, elevado à estatura constitucional e estendido às pequenas causas penais (Const., arts. 24, inc. X, e 98, inc. I), é um sistema de intensa aplicação do princípio econômico.

Apesar da importância do princípio da economia processual, é inegável que deve ser sabiamente dosado. A majestade da Justiça não se mede pelo valor econômico das causas e por isso andou bem o ordenamento brasileiro ao permitir que todas as pretensões e insatisfações dos

membros da sociedade, qualquer que seja seu valor, possam ser submetidas à apreciação judiciária (Const., art. 5º, inc. XXXV); e é louvável a orientação do Código de Processo Civil, que permite a revisão das sentenças pelos órgãos da denominada jurisdição superior, em grau de recurso, quaisquer que sejam o valor e a natureza da causa (*infra*, n. 145).

## *bibliografia*


Allorio, "Giustizia e processo nel momento presente".

Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, II, cap. XLII.

Barbi, "Os poderes do juiz e a reforma do Código de Processo Civil".

Calamandrei, "Il processo come giuoco".

_____, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*, II, §§ 117-120.

_____, "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio".

Cappelletti, "Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato".

Carnelutti, "Processo in frode alle legge".

Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, §§ 115-122.

Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*.

Cunha, "O dever de verdade no direito processual brasileiro".

De Lucca, *Disponibilidade processual – a liberdade das partes no processo*.

Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, nn. 43-52.

_____, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 109-135.

Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, n. 28.

_____, *Novas tendências do direito processual*.

_____, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*.

Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, I, p. 129.

Liebman, "Il principio del contraddittorio e la Costituzione".

_____, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 124-130.

_____, *Problemi del processo civile*, pp. 3 ss. ("Fondamento del principio dispositivo").

Lopes, "As recentes reformas processuais e as tendências de as intimações dirigidas às partes se tornarem indiretas e fictas".

Machado Guimarães, "Processo autoritário e regime liberal".

Marques, *Elementos de direito processual penal*, I, §§ 11, 22 e 24, pp. 192 ss.

_____, *Instituições de direito processual civil*, I, § 16, e II, § 68.

Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, pp. 75 ss.

Millar, *Los principios formativos del procedimiento civil* (trad.).

Pereira Braga, *Exegese do Código de Processo Civil*, I, p. 63.

Tolomei, *I principii fondamentali del processo penale*.

Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 35 ss.
Watanabe, *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*.
Zani, *La mala fede nel processo civile*, pp. 15-18.