

# A NATURALIZAÇÃO DO *INDEVIDO* PROCESSO LEGAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO<sup>1</sup>

**Lúcio Delfino**

Pós-doutor em Direito (UNISINOS) e doutor em Direito (PUC-SP). Membro-fundador da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP). Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (IIDP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual* (RBDPro). Advogado ([www.luciodelfino.com.br](http://www.luciodelfino.com.br)).

É *absolutista* toda doutrina que prega o exercício do poder sem restrições. Os modelos são muitos: *i*) o absolutismo utopista de Platão em República; *ii*) o absolutismo papal afirmado por Gregório VII e Bonifácio VIII, que reivindicava para o Papa, como representante de Deus sobre a Terra, a *plenitudo potestatis* – a soberania absoluta sobre todos os homens, inclusive príncipes, reis e o próprio imperador; *iii*) o absolutismo monárquico do século XVI, cujo defensor foi Hobbes<sup>2</sup>; *iv*) o absolutismo de Maquiavel que, partindo da constatação sobre a perversidade da natureza humana, defende que somente um homem excepcional (de *virtù*) pode proporcionar estabilidade a uma comunidade política.

Mesmo hoje o absolutismo está entre nós. Ainda que mergulhados num regime democrático, somos vítimas de expressões do poder estatal estranhas à *soberania popular*, a atingir nossas esferas física, psíquica e patrimonial de maneira irrefragavelmente arbitrária. É o que se dá quando nos é negado direito de participação ativa na construção das decisões públicas, em atentado a uma das diretrizes normativas que compõem o devido processo legal, cujo papel é disciplinar e legitimar manifestações estatais de poder.<sup>3</sup> Insista-se no fato de que num Estado Democrático de Direito as atividades estatais, e as decisões delas oriundas, apenas

<sup>1</sup> Publicado originalmente em: DELFINO, Lúcio. A naturalização do indevido processo legal no Judiciário brasileiro. *Revista Consultor Jurídico*. 1 de jun. de 2016. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-01/lucio-delfino-naturalizacao-indevido-processo-legal>>.

<sup>2</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 2

<sup>3</sup> Nas palavras de Ronaldo Brêtas, “a manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional (e, também, no pronunciamento legislativo) tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional.” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2<sup>a</sup>. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 36).

adquirem legitimidade *se e quando* conforme vetores constitucionalmente estabelecidos. Daí se falar, no âmbito da atividade jurisdicional, em *legitimidade pelo devido processo*, categoria que repudia uma práxis na qual decisões são elaboradas segundo padrões mentais de impraticável fiscalização, porquanto decorrentes unicamente da subjetividade do julgador (messianismo judicial ou tirania dos juízes).

Há por conseguinte um padrão de decisões judiciais proferidas em manifesto atropelo ao contraditório, direito fundamental que implanta a democracia no ambiente processual e garante aos litigantes o direito de influência e não surpresa. E a reboque, muitas delas, edificadas a partir do *livre* convencimento do juiz, atropelam a ampla defesa, o dever de fundamentação, a imparcialidade judicial<sup>4</sup> e outros direitos fundamentais processuais, a sugerir circunstâncias (de fato e de direito) curiosamente impermeabilizadas ao devido processo legal. São diversos os exemplos de decisões judiciais proferidas em desacordo com a atual estruturação do contraditório, desajustadas à ideia de democracia e, por isso, contrárias ao modelo democrático do processo civil brasileiro:

- ✚ condenações em multas por litigância de má-fé<sup>5</sup>, honorários sucumbenciais<sup>6</sup> e definição da incidência de juros e correção monetária<sup>7</sup>;
- ✚ decisões fundadas em tese jurídica construída em desatenção à dialética processual<sup>8</sup>;

---

<sup>4</sup> Sobre decisões que atentam contra a imparcialidade, conferir: FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *RBDPro, go*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015. p. 153-173.

<sup>5</sup> Verificada nos autos postura que sugere hipótese que justifique a pena por litigância de má-fé, cumpre instaurar o contraditório a fim de permitir aos interessados que se manifestem, robusteçam ou refutem os argumentos sinalizados pela autoridade jurisdicional e, caso necessário, até produzam provas. Não obstante aquilo percebido no dia a dia do foro, não se pode condenar ninguém previamente, sem assinalar sua suspeita às partes e possibilitar que elas travem debate sobre a questão, assegurando a cada qual o direito de advogarem suas posições, de reagirem e, sobretudo, de influenciarem na formação da convicção judicial. Nesse sentido: Fredie Didier Jr. (JR., Fredie Didier. *Curso de direito processual civil*. 6ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 59-60) e Gelson Amaro Souza (SOUZA, Gelson Amaro. Litigância de má-fé e o direito de defesa. *Revista Bonijuris*, n. 550, p. 5-11, 2009).

<sup>6</sup> A verba honorária pertence, por força legal, ao advogado, a quem cabe, inclusive, executá-la sozinho sempre que incluída na condenação, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. De tal sorte, naquilo que diz respeito aos honorários sucumbenciais que serão arbitrados em sentença, os advogados de ambos os lados atuam  *pessoalmente*, defendendo seus interesses e almejando importância monetária que se ajuste a suas expectativas. Possuem direito de participação e influência na construção desse capítulo (condenatório) do provimento jurisdicional. De outra banda, as partes, sobretudo porque a condenação a elas será dirigida, detêm a garantia de refutar argumentos e de produzir provas e contraprovas, até como meio de evitar a fixação de honorários que, em sua ótica, se apresentariam excessivos.

<sup>7</sup> Há no sistema jurídico regras diversas acerca do marco inicial no qual incidem juros de mora e correção monetária, a depender das particularidades do caso em julgamento, não bastassem as interpretações que lhe são conferidas, vez por outra variantes. É o que basta para demonstrar que o contraditório aqui não é infecundo e, assim, deve ser instigado permitindo-se a participação ativa das partes e, por resultado, o surgimento de decisão que não as surpreenda.

- + decisões assentadas em presunção judicial nascida sem o prévio entre os litigantes<sup>9</sup>;
- + desconsideração abrupta da personalidade jurídica<sup>10</sup>;
- + v) embargos de declaração julgados sem a participação do embargado<sup>11</sup>.

Toda essa conjuntura representa anomalia que desdenha a indispensável *filtragem constitucional* pela qual deve se submeter a metodologia de elaboração decisional. Está vazado na Constituição que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5.º, LIV). Nela também se lê, com clareza solar, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5.º, LV).” E a despeito do fulgor dos referidos dispositivos, a prática corrente, no que tange aos exemplos acima indicados, segue curso como se não existissem, de maneira tal que decisões são proferidas solipsisticamente, sem a devida participação e influência daqueles a quem elas mais interessam.

Impossível não verificar que o novo Código de Processo Civil avançou. Em seu corpo está positivado, de forma expressa, aquilo que já devia fazer parte do senso comum daqueles que por ofício lidam com a atividade jurisdicional (juizes, promotores e advogados). Constata-se ali verdadeira intenção de se realizar a indispensável interface entre Constituição e ordenamento processual, percebida já em

---

<sup>8</sup> O art. 10 do CPC/15 surge como remédio para combater o mal das decisões que resolvem a lide segundo enquadramento jurídico diverso do objeto do processo. Não há como aceitar que o contraditório se restrinja ao material fático; deve igualmente ser observada no que concerne às matérias jurídicas. A decisão não pode surpreender nem fática e tampouco juridicamente. Nesse sentido: PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 168-169. NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de Tróya” iura novit curia e o papel do juiz. *Revista Justificando*. Disponível: <<http://justificando.com/2014/09/25/novo-cpc-o-caballo-de-troya-iura-novit-curia-e-o-papel-juiz/>>. Acessado em: 25/05/2016.

<sup>9</sup> Não se ajustam a Constituição dispositivos legais que autorizam o juiz deduzir presunções judiciais por intermédio daquilo que para ele representam regras de experiência comum ou técnica. É indispensável que a decisão se origine de uma construção dialética, intermediada por procedimentos discursivos que viabilizem o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido: Dhenis Cruz Madeira (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 171-172) e Henrique Yukio (SOUZA, Henrique Yukio Pereira de. *A presunção judicial no Estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil*. *RBDPro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 72, p. 111, 2010).

<sup>10</sup> O CPC/15 traz incidente procedimental cuja promessa é legitimar decisões judiciais que desconsideram a personalidade jurídica, a permitir aos sócios (ou a pessoa jurídica, no caso de *desconsideração inversa*) o exercício do contraditório e da ampla defesa, de maneira que possam argumentar e até produzir provas, se necessário.

<sup>11</sup> Consoante leciona Araken de Assis, “o princípio do contraditório há de ser sempre observado nos embargos de declaração, apesar do elastério provocado ao procedimento. A desvantagem mínima ficará largamente compensada pelos bons frutos que o diálogo das partes com o órgão judiciário gera no processo. Nada assegura que o defeito que se pretende corrigir, averbado de manifesto, de fato exista no pronunciamento, errando-se no segundo momento, a pretexto de corrigi-lo, vício que pode ser evitado através da vigilante manifestação do embargado.” (ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 617).

seu artigo inaugural. No que diz respeito sobretudo ao *princípio democrático*, nota-se que o legislador se conscientizou da sua importância ao vedar que decisões sejam proferidas contra uma das partes sem que antes seja ela previamente ouvida, excepcionados alguns casos a envolver urgência e evidência (CPC/15, art. 9º). Tampouco a autoridade judicial está autorizada a decidir, *em qualquer grau de jurisdição*, com base em *fundamento* sobre o qual não se tenha dado aos litigantes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria que possa ser decidida de ofício (art. 10).

Mas os ganhos democráticos introduzidos pela novel legislação processual encontram-se ameaçados por forte resistência no cenário pragmático protagonizada por alguns setores do Judiciário, órgão estatal a quem cabe justamente o papel de sentinela do ordenamento jurídico e, em particular, da Constituição. As coisas se dão meio sorradeiras, com doses de absolutismo ministradas de forma homeopática para que o impacto não seja sentido. O propósito é fazer com que tudo se *naturalize*, ou permaneça como sempre esteve, e seja aceito sem maiores reboliços pela comunidade. Ou seja, a velha técnica de *cozinhar sapos*: não é estrategicamente correto jogá-los em água fervendo pois saltarão para fora. A receita é colocar os bichos numa panela de água fria e, pouco a pouco, ir aumentando a temperatura para que não percebam que logo sucumbirão. A expectativa é sufocada e o erro naturalizado pelo cotidiano.

Essa (infeliz) realidade de rebeldia no cumprimento da lei é enfim atestada pela postura assumida por vários tribunais, *entre os quais o próprio Superior Tribunal de Justiça*. O que se vê, de um lado, são julgados que seguem manietados ao livre convencimento motivado, construídos à margem da substancialidade que deve(ria) distinguir contraditório e fundamentação das decisões judiciais. De outro, assiste-se a produção em série de *enunciados* por grupos de estudos constituídos por julgadores, alguns caracterizados pela afronta incontestada da textualidade legal, e que com certeza irão influenciar (negativamente) muitas decisões Brasil afora.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Nesse sentido, a denúncia formulada pioneiramente por Lenio Luiz Streck, em sua coluna semanal na Revista Consultor Jurídico: *A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo* (disponível: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>>); *As notícias não são boas. Judiciário não cumpre o CPC: Is it the law?* (disponível: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-12/senso-incomum-noticias-nao-sao-boas-judiciario-nao-cumpre-cpc-is-it-the-law>>); *O novo CPC e o discurso da*

Aliás, dois destes enunciados ilustram com perfeição o que aqui se está afirmando, oriundos do “Fórum de Debates sobre o Novo Código de Processo Civil”, organizado pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF), publicados, conjuntamente com outros, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>13</sup>:

✚ **“Enunciado 5. Não viola o disposto no art. 10 a decisão que dá definição jurídica diversa, embora previsível, aos fatos discutidos pelas partes.”** O problema aqui é saber o que é *previsível*. E também *quem* decide o que é ou não previsível. É o fator “Professor Xavier”: cabe ao jurisdicionado (e sobretudo ao seu advogado) desenvolver o dom da telepatia a fim de extrair da mente dos julgadores mineiros aquilo que para eles é ou não previsível no caso concreto. Já é de se imaginar o debate em colegiado: se apenas um dos desembargadores entender *previsível* a decisão que deu definição diversa aos fatos debatidos nos autos, a nulidade será decretada! A previsibilidade, no âmbito jurisdicional, dependerá de um critério matemático ...;

✚ **“Enunciado 6. Não depende de prévia manifestação das partes a decisão que fixa juros de mora, correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios.”** Aqui o velho problema da *baixa constitucionalidade*. Em que parte da Constituição afinal está escrito que *pedidos implícitos* estão imunes ao contraditório?

A filosofia, desde a Antiguidade, pondera sobre a *admiração, sensação de dúvida* ou *espanto* que *revela a súbita surpresa da alma* diante daquilo que não se esperava, um *estado de ânimo que impulsiona o pensar*. A rotina forense fatalmente impõe uma dura realidade aos profissionais do direito, e o custo disto é amiúde a perda da *capacidade de admiração*. Resultado: uma atividade jurisdicional cada vez mais automatizada e blindada a reflexões. Algo assaz pernicioso se pensarmos que o Estado Democrático de Direito, insaturado a partir da Constituição de 1988, é um *projeto em construção* e sua centelha ainda não polinizou a integralidade das práticas judiciárias.

---

*servidão voluntária dos juristas brasileiros* (disponível: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-19/senso-incomum-cpc-discurso-servidao-voluntaria-juristas>>).

<sup>13</sup> Consultar: <<http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-sobre-o-codigo-de-processo-civil2015/>>.

Superar desvios e resistências fundadas num *consequencialismo* avesso às diretrizes republicanas e democráticas exige de todos um reavivar da capacidade de admiração. Admirar para *crer, lutar e mudar!*