

## PROCESSO E A REVELIA:

O processo constitucional ou constitucionalizado é instituição em si mesmo, não se confunde com direito processual, nem com procedimento, nem com os códigos processuais, reguladores do procedimento e da atuação da jurisdição no processo. O processo como instituição a legitimar a decisão, atribuindo-a autoridade de coisa julgada, com força coercitiva ao direito subjetivo reconhecido contra qualquer oposição, não é uma concessão da jurisdição, nem fruto da boa vontade e justiça idiossincrática do juiz, é pressuposto da existência no ordenamento jurídico, como expressão do direito, da capacidade de se reconhecer aquele direito, como produto de construção procedimental gemípara. É o processo constitucional ou *devido processo constitucional*, destarte, que autoriza, dá forma e legitima a fonte primeira do direito – processo legislativo – e, igualmente, autoriza, dá forma e legitima a coisa julgada da decisão proferida pela jurisdição – processo judicial. Assim sendo, o processo legislativo e processo judicial são conteúdos da instituição chamada, PROCESSO CONSTITUCIONAL, como os procedimentos respectivos de cada um deles são seus conteúdos. O juiz não faz o *processo* por observância de formas – procedimento – ele já existe latente no seio da constituição a atuar sobre cada ação daquele. Não é um querer, ou uma discricionariedade a conduzir a um resultado como fruto do livre convencimento. O processo exige que o resultado, embora passe pelo livre convencimento, tenha correlação entre a verdade (fato), o fundamento (norma) e a disposição (regulação *in concreto*), segundo a ordem precedente do PROCESSO.

Por isso, a decisão só pode ser o resultado de uma construção, em igualdade, da adequação da realidade aos efeitos (valores) que a ordem jurídica reconhece a esta mesma realidade. É por isso que se diz ser a lei processual conducente à eficácia da lei material na ordem prática, **ARRUDA ALVIM – TRATADO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – VOL. I:** “houve unidade de pensamento, intencionalmente voltada a correlacionar o processo e o direito material. O processo é, pois, a parte do ordenamento jurídico por meio da qual, uma vez ameaçada a estabilidade social querida pelo mesmo ordenamento, deve assegurar essa qualidade do Direito e que restaura essa qualidade suprema da sociedade: a pacificidade da convivência humana. As normas de Direito Processual Civil, objetivam, dentro do processo, em função do resultado deste, e, em *ultima ratio*, fazer valer uma norma de direito substancial ou material, dentro e fora do processo.”

Com efeito, portanto, não é o juiz quem cria o direito, não é ele quem estabelece a ordem jurídica, não é ele que faz justiça ou diz o direito, é ele, somente, quem restabelece a ordem jurídica que o precede em *valor, fato e norma*, violada por aquele que, tendo o dever, nega satisfazer a pretensão em favor de outrem, por ela reconhecida como efeito jurídico; é ele quem correlaciona a realidade (fato), o direito subjetivo (valor) e a ordem jurídica (norma), dando àquela o efeito correspondente aos limites e circunstâncias capazes de produzi-lo. O juiz é quem faz a adequação da realidade

atribuindo – restabelecendo – valores e efeitos à realidade vivida pelos interessados (contendores). Até mesmo quando se diz que *o juiz não se exime de sentenciar alegando obscuridade e lacuna na lei*, é o próprio ordenamento jurídico que estabelece o caminho e os marcos pelos quais o juiz irá traçar o veredicto: *princípios gerais do direito, analogia, costumes, função social da propriedade* (entendida em sentido amplo) *e das atividades econômicas e financeiras* (função social do contrato); portanto, ainda que lacunosa a lei, o sistema jurídico como um todo indissociável e indissolúvel é que estabelece, principiologicamente, o direito subjetivo, dando-se-lhe conteúdo e forma e portanto, assegura o caminho e os meios para o Judiciário restabelecer a normalidade, a paz social. “A parte tem seus limites de liberdade procedimental na JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL e não na equivocada ‘jurisdição’ do juízo judicial que também se jurisdicionaliza (em suas origens de legitimidade) na *Jurisdição Constitucional*. Esta é que se faz pelo devido processo constitucional instituído pelo POVO para validar, legitimar e eficacizar a atuação de direitos em todo o arcabouço jurídico do discurso constitucional” (**ROSEMIRO PEREIRA LEAL** – ESTUDOS CONTINUADOS DE TEORIA DO PROCESSO – VOL. II).

O Estado ao monopolizar a justiça, vedando a justiça com as próprias mãos, correlatamente, assumiu (auto-atribuição) o dever de prestar a tutela judicacional em larga escala e a todos indistintamente, por meio dos órgãos do Poder Judiciário, emergindo, pois, o direito subjetivo público à ação. E como tal, impõe-se a observância de regras insuperáveis e intangíveis destinadas à construção da sentença – dialética –, não sendo esta uma dádiva, mas, uma construção, *pari passu*, de proposições e contraproposições, reciprocamente asseguradas a todos os intervenientes no processo, e, daí razão da figura do juiz nos moldes atuais: *imparcial, independente, vitalício e irremovível*.

Neste sentido é a lição de **ROSEMIRO PEREIRA LEAL**: “Não há uma vontade superposta ou *a-latere*, subjacente ou obscôndita, valorativa ou corretiva que, por reconstrução cerebrina do intérprete, se arrojasse, por personalíssimas razões de costumes ou de justiça (norma fora do texto legal), a melhorar ou substituir a lei. Os juízos principiológicos (regentes) e os conteúdos gerais de fundamentação (eferentes), na aplicação do direito criado pela lei, não são inventados nem encontrados fora da lei. **O juiz não é o construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado pelo *due process* democrático, em suas incidências substancial (*substantive*) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (*procedural*) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado**”. (ob. cit.)

É assim o *processo constitucional* o caminho e os marcos intransponíveis a serem observados pelo juiz em qualquer momento da ação. Não havendo de prevalecer qualquer resultado que importe na supressão de marcos ou desvio de caminho, ainda que se possa chegar, pela observância destes, ao mesmo resultado. O processo admite e aproveita fases e atos procedimentais, **não a supressão** daquilo que estabeleceu como garantia para a imutabilidade da coisa julgada.

Por estas razões, não se pode falar em revelia nos termos da formalidade procedimental. O processo instituição, impõe, ainda que ocorra a revelia (não apresentação de defesa no tempo oportuno) que o pretendente traga para o processo a realidade a qual enseja – *fato jurígeno* – o direito subjetivo que se atribui e pretende ver garantido contra a suposta resistência do oponente pela força da coisa julgada. Não há lugar para a presunção de veracidade dos fatos alegados, principalmente, quando estes fatos, pretensamente verdadeiros, contrariarem a normalidade. Isto porque, invocando MALATESTA, o ordinário se presume, ou seja, a normalidade se presume; é consequência natural e esperada dos fatos jurígenos, num campo imantado pela gravidade no *físico* e pela ordem jurídica e a moral no *social*. Uma pessoa que se propõe a dirigir um veículo, ordinariamente, como comumente ocorre, o põe em movimento para frente a partir da primeira marcha; se vem atingir o veículo da frente (colisão pela traseira), está na ordem natural das coisas, em princípio, que seja ele o culpado, posto que, a ordem jurídica se lhe impõe, como consequência das leis físicas, manter distância segura do primeiro, também a racionalidade do comum dos homens. Esta é a normalidade garante da paz social. Logo, para ele invocar um direito subjetivo em juízo impõe demonstrar que o veículo da frente, engrenando marcha a ré, veio a seu encontro, porque isto é o que está fora da normalidade. E como isto é possível, o condutor do veículo da frente, embora de ordinário decorre o fato matriz de seu direito subjetivo (reparação) invocado em juízo, deve trazer para o processo, casa de justiça, esta realidade, a fim de dar ao juiz instrumentos hábeis (fatos) a conformar o natural acontecimento à exata interpretação da lei, restabelecendo, pela sentença, a ordem desejada pelo ordenamento.

Diz MALATESTA: “Quem afirma o que está no curso ordinário dos acontecimentos, não tem obrigação de provar, tem por si a voz universal das coisas que se apresenta como prova em juízo, tem por si a voz universal das pessoas, que afirma aquela voz das coisas, como verificada num conjunto de experiências e de observações. O ordinário, conseqüentemente, presume-se. Mas quem afirma, ao contrário, o que está fora do curso ordinário dos acontecimentos, tem contra si, como contrário a voz universal das coisas, afirmada pela experiência universal das pessoas, tem, por isso, a obrigação de sustentar com a prova particular a sua asserção: o extraordinário prova-se. Este princípio funda-se em que o ordinário, como tal, apresenta-se já, por si mesmo, com um elemento de prova, que assenta na experiência comum, ao passo que o extraordinário, pelo contrário, apresenta-se destituído de todo o princípio,

mesmo o mais remoto de prova; e por isso compete-lhe a obrigação da prova quando se encontra em antítese com o outro...” (NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, “A LÓGICA DAS PROVAS EM MATÉRIA CRIMINAL”- extraído de MÍRIAN K. GALARZA EM “NATUREZA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU”).

Logo, em matéria de prova o primeiro (condutor do veículo de trás) tem contra si a presunção do ordinário e, portanto, sua prova deve ser mais contundente, cumpridamente demonstrado o ato praticado pelo segundo (condutor do veículo da frente) a fim de esquivar-se da reparação. Todavia, isto não quer dizer que o conduto do veículo da frente se encontra desobrigado, ainda que revel aquele, de demonstrar, em substância o fato gerador de seu pretendido direito subjetivo, pois, co-existe a esta realidade a *possibilidade*, a *probabilidade*, de ter o fato “desenrolado” de outra maneira, igualmente, produtiva do resultado danoso. Assim sendo, o *ordinário* não é absoluto, mas relativo, num juízo de maior ou menor probabilidade e, a revelia do oponente não tem o condão de o consolidar em definitivo como a única probabilidade possível e imaginável; não tem ela, evidentemente, o poder de calar a voz da realidade. Como o processo tem por fim concretizar o direito substancial – *restabelecimento da ordem jurídica* – e se este mesmo direito não admite coonestação de vingança ou vingança legalizada pela sentença, não pode a revelia ter o efeito que, de modo inverso, representaria a legitimação de uma vingança.

Razão porque, transcrevemos lições que merecem aplausos: “o que é verdadeiro, é avaliarem-se as ‘chances’, v.g., muito grandes, ou não, na obtenção de um dado conteúdo. *A priori*, pois, falar-se em certeza, e por causa de possível predeterminação de conteúdo, significa e se traduz apenas através da idéia de maior ou menor certeza, mas sempre envolta pela circunstância do erro na previsão” (ARRUDA ALVIM – TRATADO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – VOL. II); “a presunção de veracidade, decorrente da revelia, não é absoluta e insuperável, nem pretendeu a lei transformar o juiz, na espécie, num robot que tivesse de aprovar, conscientemente, a inverdade e a injustiça, sem qualquer possibilidade de coarctar a iniquidade e mentira” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR – CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL).

Portanto, a revelia não tem o condão, *per si*, de estabelecer o direito subjetivo em favor do pretendente e contra o oponente da só razão de estar a descrição geratriz do suposto direito na ordem natural das coisas. Encontra ele, força maior, facilidade de prova, maior certeza para estabelecer garantias de resultado útil ao processo, inclusive na obtenção, estritamente necessária, a assegurar o objeto da pretensão e o ambiente fático, de tutela antecipada ou cautelar. Jamais aprioristicamente seu pronto e acabado direito subjetivo.

Importa, ainda, considerar que a revelia só se opera contra o oponente presente, pois, quando ausente, porque citado via edital, presumindo (ficção jurídica) tenha tomado conhecimento da ação que se

inicia contra sua pessoa, lhe é nomeado curador especial. A nomeação de curador especial, portanto, enseja a apresentação de defesa *ab initio* e logo, não se verifica a revelia do oponente ausente. Para tanto, é mister lembrar, atento ao pressuposto do PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO, que “ninguém será privado de sua liberdade e seus bens sem o devido processo legal” e, devido processo, é processo que se forma sob a instituição do PROCESSO CONSTITUCIONAL de garantia à “*ampla defesa*” e ao “*contraditório*”; e estes exigem, ante o *jus postulandi*, o direito à defesa por meio de advogado e a participação na construção da decisão – diálogo jurídico.

Se não há devido processo legal quando não se observa a *ampla defesa* e o *contraditório* efetivamente concretizados, não há processo constitucional. A revelia não tem a força de eleger como certa, presunção contra fatos traduzidos por documentos ou outras provas, ou mesmo fato improvável de se verificar ou inverídico. E, por isso mesmo, o comparecimento posterior do oponente, impõe-se-lhe assegurar, em igualdade, pois, também sujeito de direito, a participação na construção a partir de então, com a *ampla defesa* e o *contraditório* concretizados.

Dessa feita, a revelia não pode ser a chave de todas as portas, menos ainda a panacéia dos males endoprocessuais. O procedimento: alegação/pedido, fato/prova, adequação/sentença, não pode ser dispensado quando o *resultado* do processo é fruto de uma construção diuturna, em procedimento formal e indispensável da realidade traduzida em atos.

Decorre isto do *princípio da verdade* segundo o qual nenhum litigante poderá formular pretensões contra a realidade e o ordenamento jurídico: “*A influir no próprio momento da atividade decisória, descartou-se, desde logo, a possibilidade de julgamento conforme o estado dos autos – similar ao nosso julgamento antecipado da lide –, desde que o juiz, em face da revelia, pudesse, sem embargo, vislumbrar alegações mentirosas, por parte do autor. É necessário que, tendo em vista o quadro fático, em função de um possível julgamento antecipado, que os fatos sejam verdadeiros (o quanto possível diante da falibilidade humana), como também, que sejam fatos possíveis. Também entendeu-se estar vedado ao juiz, proferir um ‘julgamento antecipado’, diante de um quadro fático incompleto...*” (ARRUDA ALVIM – ob. cit.).

Por isto, ainda que simples e esteja o fato gerador do direito subjetivo, a ser assegurado pela pretensão em juízo, na *ordem natural dos acontecimentos*, exige-se que o pretendente o traga para os autos, tal qual se manifestou, em formas procedimentais, não podendo ser presumido sob o rótulo de revelia, face a *probabilidade* de erro e mesmo intencional alteração. “Loevinger, nas suas conclusões a respeito de uma lógica jurídica, e, pois, adequada ao Direito, refere a diretriz que deve ser a adotada, quando se considera a interligação entre os fatos e os postulados jurídicos. Diz que: “*Los postulados fundados em hechos deberían ser comprobados empíricamente*” (ARRUDA ALVIM – ob. cit.).

Tanto é assim, que mesmo após a revelia, o oponente intervindo no processo e recebendo-o nas condições em que se encontra, sem possibilidade de retroceder a atos-fases já realizados (ato jurídico perfeito), tem, a partir de então – *ex nunc* – o direito subjetivo público contra o Estado (*direito imediato*) de não só participar dos ulteriores atos-fases como de todos eles ser intimado para manifestar, contribuindo, paritariamente, na construção do provimento de mérito (*direito mediato*).

Neste sentido, já se pronunciaram renomados processualistas e o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“Aliás, há que se distinguir entre reconhecimento de fatos e seqüelas de sua afirmação. Tal presunção **não alcança cegamente as conseqüências de sua afirmação**. Assim, não assumem *vestia* de dogma de fé, meras estimativas de prejuízo perante fato tornado indiscutível pela revelia do adversário” **(HUMBERTO THEODORO JÚNIOR – CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL)**.

“O revel pode intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra (CPC 322) e tendo sido determinada a produção de prova (CPC 130) TUDO INDICA QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO DE **TAMBÉM REQUERER**, NA OPORTUNIDADE PROCESSUAL, A OITIVA DE TESTEMUNHAS E DEPOIMENTO PESSOAL DO AUTOR” **(NELSON NERY JÚNIOR – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO)**.

“Vindo o réu INTERVIR NO PROCESSO, RECEBENDO-O NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA, A PARTIR DALI SÃO DEVIDAS AO REVEL, ASSIM REABILITADO, AS INTIMAÇÕES REGULARES” **(STJ – RSTJ – 50/354 E 32/446)**.

O Eg. Superior Tribunal de Justiça foi mais longe, afirmando que o revel ao comparecer no processo, reabilita-se. Reabilitar é restituir a um estado anterior, é restabelecer prerrogativas e direitos antes existentes. Logo, vigoram-se, *in concreto*, a partir daí todos os seus direitos subjetivos públicos: da *ampla defesa* e do *contraditório* na formação do provimento de mérito a ser dado pelo juiz. E em se reabilitando, não pode retroceder para apresentar defesa e exceções relativas, porém, pode e deve, apresentar exceções absolutas e participar das ulteriores fases até o final. Infere-se disto, não ter a revelia a força de estabelecer, instantaneamente, a veracidade dos fatos constitutivos do direito do pretendente, impondo-lhe demonstrá-lo. De contrário, não haveria razão para se falar em “*reabilitação*” nem em direito de “*requerer*” provas, já que isto traduziria em temendo desperdício de tempo e dinheiro para formalizar um resultado que já está concretizado pela revelia. De modo que, as conseqüências decorrentes do fato jurídico, cuja concreção se pede à jurisdição, não são um desdobramento da revelia.

Eis o pronunciamento do MM. Juiz **JOSÉ ANTONIO DE FARIA** da 1ª Vara Cível da comarca de SS. Paraíso-MG, neste sentido: “...Não tem a revelia o efeito de dar automático reconhecimento à procedência do pedido, como parece entender o recorrente. A presunção do art. 319 do CPC, como tem sido reconhecido em reiterados pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais, é relativa e não absoluta, sendo, inclusive, lícito ao juiz considerar não provados os fatos não contestados nos autos e julgar o autor carecedor da ação ou esta improcedente, podendo mais, entender existirem dúvidas a serem aclaradas em audiência que marcará...” (PROCESSO Nº 98/003266-6).

Trata-se de requisito processual a garantir a coisa julgada da sentença, ou seja, a própria efetividade do processo; posto que, toda sentença proferida sem observância do devido processo constitucional é nula. O processo constitucional assim determina, na medida que “o *constitutional due process* é garantia de realização desses procedimentos nos planos do direito constituído, mediante instalação do contraditório, observância de defesa plena, isonomia, direito ao advogado, gratuidade de jurisdição nas hipóteses de existência de conflito ou contenciosidade de direitos pretendidos” (**ROSEMIRO PEREIRA LEAL** – ob. cit.), em qualquer momento e ainda que revel o oponente quanto às fases já realizadas.

Logo, somente independentem de prova os fatos afirmados por um interveniente e confessados pelo outro. A revelia, no processo constitucional, nas democracias, não tem o condão de produzir, abrupta e imediatamente, o direito subjetivo do pretendente exposto na inicial, seja uma prestação positiva ou negativa do oponente (e por este resistida) a ser imposta pela sentença. Igualmente, a não-impugnação de fatos necessários, ou melhor, de fatos indispensáveis à configuração da existência do direito subjetivo, não pode ter o efeito de *presunção de veracidade*, quando é ela (não-impugnação) menor que a revelia.

A revelia não pode, nem se é concebível, possa falar mais que a realidade, presumir mais do que existe e pressupor a existência de aberrações ou do imediato pedido; igualmente, v.g., não pode derruir documentos cuja emissão viciada não ficou demonstrada pelo pretendente quando, ao tempo da inicial, disse existir outra realidade. Ao dizer que um documento não traduz a realidade está ele, indiretamente, a afirmar que o documento é falso ou uma quase-falsidade (vícios), pois, preenchendo todos os requisitos de validade do ato: *agente capaz, objeto lícito, forma não defesa em lei*, somente a prova de vício originário poderá invalidá-lo, e, por esta razão, deve ao menos demonstrar a existência deste fato que, em realidade, conduz à anormalidade dos acontecimentos, fugindo daquilo que naturalmente ocorre na emissão da declaração de vontade posta no documento, a inquiná-lo de invalidade. Porquanto, a revelia não tem a força de consolidar como verdadeira a alegação de falsidade, indireta, de recibos de pagamento de

salários, quando o pretendente não demonstrar, em formas, a existência do fato invalidativo do documento. Deduzir isto de uma suposta revelia, é sem dúvida, levar a extremo a revelia procedimental, para sacramentar como realidade uma ficção, não mais jurídica, mas meramente jurisdicional e pretensiosa. Subverter-se-ia toda matéria atinente à revelia em consonância com o processo constitucionalizado.

TELMO ARISTIDES DOS SANTOS

21.10.03.