

O DIREITO PROCESSUAL AO CONTRADITÓRIO COMO DEVER FUNDAMENTAL DO ESTADO

The Right of Contradictory as a State Fundamental Duty

GERALDO AFONSO DA CUNHA

Advogado, Especialista em Direito Público, Direito Civil e em Segurança Pública e Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna.

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

Professor Universitário do Mestrado e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna (UIT), FAGED (Divinópolis-MG), da FADIPA (Ipatinga-MG), FESP/UEMG (Passos-MG), UNI-BH e UNA-BH; ex-bolsista CAPES e atual da FUNDEP/UFMG; Coordenador do Projeto Cidade Alteridade em Itaúna; Doutor em Direito Empresarial pela UFMG, Mestre e Especialista em Direito; e Advogado.

RESUMO

Este artigo relata pesquisa bibliográfica realizada sob o título “O direito processual ao contraditório como dever fundamental do Estado”. Os objetivos principais da pesquisa foram: estudar o direito ao contraditório e analisar em que medida ele influencia no cumprimento da função jurisdicional e conhecer os verdadeiros significados do contraditório no processo realizado no Estado Democrático de Direito – o devido processo legal, o processo justo –, destacando-se a ampla liberdade dele decorrente, representada pelo direito de ampla participação das partes litigantes em todos os atos processuais. Outro objetivo da pesquisa foi identificar a participação do Juiz no processo, com ênfase no seu dever constitucional fundamental de respeitar e garantir o fiel exercício do contraditório pelas partes litigantes, bem como dos demais direitos e princípios processuais consagrados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) e pela lei processual. O problema de pesquisa foi equacionado com a indagação: como o direito processual ao contraditório, dever fundamental conferido pela CF/88 a todos os litigantes, deve ser concebido pelo magistrado no exercício da função jurisdicional? Do estudo constatou-se que o acesso à justiça é dificultado a muitos milhões de brasileiros, em regra, vítimas da pobreza material e espiritual, analfabetos de “níveis diversos” e vítimas da desídia dos governantes de um país rico e de extensão continental, cuja fortuna vem sendo dilapidada pela corrupção, por desmandos de ordens diversas e usada quase que exclusivamente em prol de uma minoria privilegiada. Outrossim, é que, antes de adentrar ao tema proposto desta linha de estudo, esclarece-se que foi utilizado o método científico da pesquisa qualitativa e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Contraditório; Dever fundamental do Estado; Estado Democrático de Direito; Devido processo legal ou processo justo; Função jurisdicional.

THE RIGHT OF CONTRADICTORY AS A STATE FUNDAMENTAL DUTY

ABSTRACT

This article reports bibliographical survey entitled “The right of contradictory as a state fundamental duty”. The main objectives of this research were to study the right to adversarial and analyze its extension and influences of fulfillment and judicial function and know the true meanings of the adversarial process carried out in a democratic state – a due process of law, a fair trial – highlighting the wide of freedom thereunder, represented by the right of full participation of both parts of the process, and in all procedural acts. Another objective of the research was to identify the role Judge in the process, with emphasis on their fundamental constitutional duty to respect and guarantee the faithful exercise by the adversarial litigants, as well as other procedural rights and principles enshrined in the Brazilian Federal Constitution of 1988 (CF/88) and procedural law. The research problem was solved with the question: how does the right to adversarial proceedings, fundamental duty conferred by CF/88 to all litigants by, shall be designed by the magistrate in the exercise of the judicial function? From the search it was found that access to justice is hindered many millions of brazilians, as a rule, victims of material and spiritual poverty, illiterate “many levels” and victims of negligence of the rulers of a rich country and continental extension, which fortune has been dilapidated by corruption, mismanagement of various orders and used almost exclusively in favor of a privileged minority. Moreover, that is, before entering the proposed theme of this line of study, it is clarified that the scientific method of qualitative and literature was used.

KEYWORDS: Contradictory; Fundamental duty of the State; Democratic State of Law; Due process of law or fair trial; Judicial function.

1. INTRODUÇÃO

O processo, *lato sensu*, é informado por vários princípios, sendo esses princípios postulados que lhe dão sustentabilidade e a necessária garantia aos jurisdicionados que litigam e acreditam em um processo justo.

Grande parte desses princípios, dada à importância que tem para as partes e no âmbito das garantias consagradas pelo Estado Democrático de Direito, foram elevados à categoria de direitos fundamentais e assim, estão positivados na Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Dessa forma, passou a figurar no contexto jurídico e doutrinário a expressão “*direito processual constitucional*”.

A principal função dos princípios que regem o processo é a de garantir a liberdade de agir, de exprimir, contradizer ou contrariar o que a outra parte afirma ou junta aos autos. Esta garantia assegurada ao cidadão se materializa através do direito fundamental ao “*devido processo legal*” (art. 5º, LIV, CF/88). Todos os demais princípios processuais, como se afirmou antes, são direitos fundamentais do cidadão e só poderão ser concretizados a partir de um processo devidamente legal, instaurado e realizado em obediência à Constituição e à Lei Processual.

Dentre os vários princípios processuais elencados no art. 5º da Constituição do Brasil de 1988 (CF/88), a pesquisa em epígrafe foi dedicada ao *contraditório*, direito fundamental e princípio processual estabelecido no art. 5º, LV, da mencionada Constituição. Como ocorre com a grande maioria dos demais princípios processuais, também o contraditório deve ser garantido a todos os litigantes, não só em processos judiciais como também em processos administrativos e aos acusados em geral, conforme proclama a Constituição Federal de 1988.

O princípio do contraditório foi positivado na CF/88 juntamente com o princípio da *ampla defesa*, sendo certo que é correto entender que ele é a principal forma de se realizar a ampla defesa, ou seja, a “*ampla defesa*”, em regra, é sempre realizada em “*contraditório*”.

Ao se estudar obras de processualistas pátrios e alienígenas, vê-se que há uma série de teorias que explicam o processo, bem como os seus protagonistas, os seus princípios e os demais personagens que a ele se vinculam, quer como interessados no deslinde do caso concreto, quer como responsáveis pela sua condução/realização.

Neste contexto, há processualistas que consideraram o processo como contrato, como quase contrato, como relação jurídica, como instituição jurídica e como situação jurídica, além de outros que adotam teorias que buscam definir o processo a partir de sua relação com a Constituição, através das chamadas “*teorias constitucionalistas do processo*”.

Muitas teorias foram construídas com o fim precípuo de discutir velhos conceitos relativos ao tema, fazendo-se verdadeiras revogações de conceitos e entendimentos até então tidos como verdades inabaladas, fundamentadas ao longo de vários séculos por “*velhos*” e renomados estudiosos do Direito Processual e corroboradas por processualistas modernos e contemporâneos.

Nesse prisma, muitos estudiosos defenderam o “*poder*” do *Autor sobre o Réu*, com fundamento principalmente na (suposta) violação de um direito do primeiro pelo segundo, ou seja, pelo objeto da lide.

Este entendimento é equivocado e os operadores do Direito precisam saber disto, atentando-se para o fato de que, na verdade, no Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado Brasileiro, “ninguém tem ‘poder’ sobre ninguém”. A própria Constituição Federal de 1988 proclama esta verdade jurídica ao declarar que *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”* (parágrafo único, do art. 3º, da CF/88). As autoridades públicas agem conforme ditames constitucionais e/ou com base (e limite) nas atribuições contidas nas normas que regulam seus cargos e funções públicas. Assim, o Estado, “através de seus agentes, exerce competências de poder, que são funções criadas, delimitadas e atribuídas pela norma como funções do Estado”¹.

Diante da presente contextualização, este artigo relata a pesquisa intitulada *“O direito processual ao contraditório como dever fundamental do Estado”*. Os objetivos principais da pesquisa foram: estudar o direito ao contraditório e analisar em que medida ele influencia no cumprimento da função jurisdicional e conhecer os verdadeiros significados do contraditório no processo realizado no Estado Democrático de Direito – o *devido processo legal* ou o *processo justo* –, destacando-se a ampla liberdade dele decorrente, representada pelo direito de ampla participação das partes litigantes em todos os atos processuais. Nesse contexto, a todos os litigantes é conferido o direito processual (fundamental) ao contraditório. Diante desta situação, foi também objetivo da pesquisa identificar a participação do Juiz no processo, com ênfase no seu dever constitucional fundamental de dirigir o processo, respeitar e garantir o fiel exercício do contraditório pelas partes litigantes, bem como dos demais direitos e princípios processuais consagrados pela CF/88 e pela lei processual.

O problema de pesquisa enfrentado no estudo em apreço foi equacionado com a seguinte indagação: *como o direito processual ao contraditório, dever fundamental conferido pela CF/88 a todos os litigantes, deve ser concebido pelo magistrado no exercício da função jurisdicional?*

A título de hipótese, acredita-se que o direito processual ao contraditório, em se tratando de um direito fundamental conferido aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, conforme proclama a CF/88, jamais pode ser ignorado ou postergado, a não ser nos casos previstos na legislação, como ocorre nas decisões em sede de liminar e nas ações cautelares. Este direito deve ser garantido às partes pelo magistrado em igual medida.

¹ MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 117.

2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O DIREITO A UM PROCESSO JUSTO

Dentre os vários direitos fundamentais processuais consagrados na Constituição Federal de 1988 (CF/88), destaca-se o direito ao *devido processo legal*, que inserto no art. 5º, LIV, da referida Constituição, proclama que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Conforme ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco², no direito ou princípio processual *do devido processo legal* englobam-se, modernamente, “o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório [...], como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida”.

Ainda, segundo informam os autores referidos no parágrafo anterior³,

[...], pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do *devido processo legal*. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional.

Ainda sob o magistério dos renomados doutrinadores nomeados atrás, assinala-se que com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, a justiça penal e a civil passaram a ser informadas por dois “grandes princípios constitucionais”: o *acesso à jurisdição* e o *devido processo legal*. Assim é que destes dois princípios se irradiam os demais princípios informadores do processo, tudo como forma de se garantir a todos o direito à *ordem jurídica justa*⁴.

Importante destacar, também, no contexto em debate, que a CF/88 estabeleceu no seu art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República

² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 88.

³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 90.

⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 90.

Federativa do Brasil seja parte”. Assim, claro está que o rol de direitos processuais proclamados na referida Carta Magna, bem como os direitos fundamentais em geral, não são exaustivos, podendo e devendo, conforme a necessidade e em razão das constantes e bruscas mudanças que se operam atualmente, mais do que nunca, em toda sociedade, serem ampliados.

Não pairam dúvidas de que para o devido esclarecimento do litígio pelo magistrado é necessário e indispensável que sejam ouvidas as partes que lutam no processo, que sejam analisadas e sopesadas as suas alegações, as provas que produzirem e tudo o mais que levarem aos autos. Se assim não ocorrer, impossível se falar que o princípio do *devido processo legal* foi respeitado ou observado, e muito menos que o processo foi justo.

Durante a pesquisa ora relatada, se descortinou o entendimento doutrinário existente há muito na doutrina alienígena acerca do *processo justo*, sendo este o que a Constituição do Brasil de 1988, em seu *art. 5º, LIV*, considerou como *direito (fundamental) processual ao devido processo legal*. Nesse sentido, trata-se de um processo em que os direitos processuais, constitucionais e infraconstitucionais consagrados às partes litigantes são realmente garantidos/respeitados. O processo justo, por óbvio, se constitui, assim, em um processo onde as partes têm o direito de ampla participação nos atos e em todas as fases do processo. Dessa maneira, pode-se inferir que as partes são fundamentais à construção do provimento pelo magistrado.

Ao discorrer sobre o tema deste capítulo, em artigo intitulado *Processo justo e contraditório dinâmico*, o jurista Humberto Theodoro Júnior⁵ assim se manifestou:

O processo do Estado Democrático de Direito contemporâneo não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um processo justo, de preferência à garantia de um devido processo legal.

No contexto em debate, da forma em que o Estado Democrático de Direito foi desenhado após a Segunda Grande Guerra, é preciso que o processo seja visto e analisado sob novas perspectivas. Assim, importa destacar, em primeiro plano, a essencial posição que o processo deve ocupar na estrutura dos direitos e das garantias constitucionais, pois é desses direitos que se extrai o “modelo constitucional do processo”⁶. Diante desta concepção, para

⁵ THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 65.

⁶ THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 108 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 65.

Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes⁷, o processo deve ser entendido como o “conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela”.

Diante das considerações já apresentadas, pode-se dizer que o *processo justo* tem como contraponto o *processo inquisitivo*, onde o juiz atua livremente, calcado tão-somente em sua vontade, onde às partes não são conferidos quaisquer direitos processuais constitucionais e/ou infraconstitucionais. Desse jeito, ambas as partes, por certo, acabarão “vítimas” do livre arbítrio do julgador/inquisidor e não haverá um “mínimo de justiça”, no sentido de se dar a cada um o que lhe pertence.

No âmbito do *processo justo*, André Luiz Borges Netto⁸ afirma o seguinte:

Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos).

Para Humberto Theodoro Júnior,⁹ *Jurisdição e processo* “são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito de processo, como meio indispensável à realização da justiça”. Desta forma, explica o autor que “A Constituição, em seu artigo 5º, inc. XXXV, por isso, quando garante o acesso à jurisdição, assegura aos cidadãos, necessariamente, o direito ao processo como uma das garantias individuais”.

O jurista Theodoro Júnior assinala que “A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal (CF), art. 5º, incs. LIV e LV)”¹⁰. Para Theodoro Júnior, as normas do direito processual consagram de forma prática os princípios informadores do *processo moderno*. São esses princípios que propiciam às partes litigantes a ampla defesa de seus

⁷ THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 108 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 65.

⁸ BORGES NETTO, 2000.

⁹ THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 23 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 66.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 23 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 66.

direitos. O juiz, por sua vez, encontra nos princípios os instrumentos necessários a se à verdade real, sem que para isso tenha que lesar direitos individuais dos litigantes¹¹.

Conforme informa Humberto Theodoro Júnior, “a garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo.”¹² Ressalta o autor que o devido processo legal abrange outros princípios fundamentais informadores do processo, a exemplo do *juiz natural* e do *juiz competente* (*art. 5º, (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/88, respectivamente)*), a garantia de acesso à justiça (*art. 5º, XXXV, CF/88*), o princípio do contraditório e da ampla defesa (*art. 5º, LV, CF/88*), além de a Constituição determinar que todas as decisões do judiciário deverão ser devidamente fundamentadas (*art. 93, IX, CF/88*)¹³.

O autor em referência ressalta também no âmbito do *devido processo legal como processo justo*, que a Constituição Federal de 1988, com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, teve o seu *art. 5º*, acrescido do *inciso LXXVIII*, que proclama que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹⁴.

Para Humberto Theodoro, no contexto de comprometimento com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade” e a “presteza” da prestação jurisdicional¹⁵,

o due process of law [devido processo legal] realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

No processo justo, para efeito de efetivação do princípio do devido processo legal, Humberto Teodoro Júnior destaca que “não se pode aceitar qualquer processo que se limite a ser regular no plano formal”. Nesse prisma, o autor cita o conceito de “justo” por Nicolò Trocker¹⁶:

[Processo justo] é o processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores

¹¹ THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 66.

¹² THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 66.

¹³ THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 66.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 66.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 27 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 66.

¹⁶ TROCKER, 2001, p. 383-384 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 66-67.

consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos os interessados, em tempo razoável, como a propósito estabelece o art. 111 da Constituição [italiana].

Conforme afiança Humberto Theodoro Júnior, o devido processo legal não pode ser “visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais, de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais”¹⁷.

E Humberto Theodoro Júnior continua com suas lições sobre o devido processo legal, afirmando¹⁸:

Há, de tal sorte, um aspecto procedimental do devido processo legal, que impõe a fiel observância do contraditório e da ampla defesa, decorrência obrigatória da garantia constitucional do princípio da igualdade; e há também um aspecto substancial, segundo o qual a vontade concretizada pelo provimento jurisdicional terá de fazer prevalecer, sempre, a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais.

3. O CONTRADITÓRIO E A PARTICIPAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO

Do direito processual (fundamental) ao *devido processo legal*, explicado antes, considerado o “*princípio maior*” a informar o processo, decorrem outros tantos *princípios*. Vários desses outros princípios processuais estão também consagrados como *direitos fundamentais* na CF/88, como o caso do *contraditório* e da *ampla defesa*, sendo o contraditório o principal objeto deste capítulo.

Conforme se depreende do Dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁹, *contraditório* significa aquilo “*em que há, ou que encerra contradição; oposto*” ou “*que incorre em contradição ou contradições*”.

O direito fundamental ao contraditório está positivado no *art. 5º, LV*, da CF/88 e proclama 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*”.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 67.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 67.

¹⁹ FERREIRA, 2004.

As explicações doutrinárias sobre o direito ou princípio processual ao contraditório são feitas amplamente por processualistas e constitucionalistas brasileiros e estrangeiros, não pairando dúvida sobre a sua essencialidade na realização da *justiça*²⁰ e no âmbito do *devido processo legal*, ou seja, do *processo justo*.

Assim, o contraditório é um direito (fundamental) processual consagrado a ambas as partes que se digladiam em busca de justiça no processo, seja na esfera judicial ou na administrativa.

De uma forma mais singela, pode-se afirmar que o direito ao contraditório garante às partes litigantes conhecer tudo o que é levado aos autos, se constituindo, assim, numa forma de se “proibir” que autor ou réu seja surpreendido por uma prova ou por qualquer outro elemento juntado aos autos “às ocultas” por qualquer deles ou mesmo pelo Juiz e/ou pelo Representante do Ministério Público.

Dessa forma, vê-se que se o Juiz não observar e garantir às partes o direito ao contraditório, bem como aos demais consectários do *processo justo* (devido processo legal) (art. 5º, LIV, CF/88), o processo não será “devido” e muito menos “legal” ou “justo”; nesse caso o *processo será ilegal, arbitrário e fatalmente, injusto*.

Como visto antes, o devido processo legal é aquele que se considera como *processo justo*, aquele realizado em estrita observância a ditames da Constituição e de normas legais processuais vigentes no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, para que o processo seja realmente justo, deverá ter como traço essencial e inarredável, a *ampla participação das partes em todos os atos processuais*. Diante desta assertiva, o *direito ao contraditório* se mostra como fio condutor na concretização desta ampla participação das partes no processo.

Ao destacar a importância do contraditório no âmbito processual, Nelson Nery Júnior²¹ faz as seguintes considerações:

o principio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito e defesa são manifestação do princípio do contraditório.

²⁰ Refere-se aqui à justiça fruto dos julgamentos perante os tribunais; à justiça processual, possível e passível de ser atingida ou realizada e não à justiça concebida/idealizada pelos filósofos no “mundo do dever ser”. Em verdade, a *justiça* idealizada e concebida pelos estudiosos da Filosofia, desde os primórdios da humanidade, lamentavelmente não pertence ao “mundo do ser”! Ela nunca foi e/ou será realizada em plenitude, sendo, portanto, inatingível no cotidiano daqueles a que se destina, qual seja, no dia a dia dos homens.

²¹ NERY JÚNIOR, 1995, p. 122.

Das informações de Nelson Nery entende-se que a *isonomia entre as partes litigantes* no processo, ou seja, a *igualdade dos litigantes perante a lei*, assegurada constitucionalmente, deve ser a tônica no processo. A isonomia das partes jamais pode ser postergada ou “esquecida” pelo julgador, por aquele que deve ser um *Juiz imparcial*, cômico de seu *dever constitucional e legal* de dizer o Direito. Este *Juiz imparcial* tem por dever dirigir o processo de forma em busca da realização da justiça, fundamento maior da função jurisdicional sob sua responsabilidade. Nesse passo, destaca-se que o cumprimento dos mandamentos constitucionais e legais é o traço maior do Estado Democrático de Direito.

É a partir da nova forma como vem sendo considerado o sistema processual pátrio que o *princípio constitucional do contraditório* passou a ter elevada expressão, pois ele “garante uma simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura”²².

Nesse cenário, é de se ressaltar que já faz tempo que a doutrina detectou a impossibilidade de o contraditório ser analisado apenas como simples “garantia formal de bilateralidade da audiência”. Na realidade, o contraditório deve ser considerado “como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa”²³.

É também de grande importância destacar neste estudo as afirmações de Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes sobre a atual concepção do contraditório, que significa que não se pode mais acreditar que este direito/princípio processual possibilite tão-somente o “dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial”²⁴.

Para o processualista italiano Élio Fazzalari, citado por Aroldo Plínio Gonçalves, o processo só “começará a se caracterizar como uma ‘espécie’ do ‘gênero’ procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos ‘interessados’, juntamente com o autor do próprio provimento”²⁵.

²² FAZZALARI, 1958, p. 869 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 65.

²³ BAUR, 1954, p. 403 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 65.

²⁴ THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 109 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 65.

²⁵ FAZZALARI, 1989, p. 54 *apud* GONÇALVES, 2001, p. 112.

Nos dizeres de Fazzalari, “os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius*, dessas pessoas”²⁶.

Como foi explicado antes, o contraditório tem como característica básica a (ampla) participação das partes nos atos e fases do processo, sendo certo que ele está estritamente ligado à efetivação do direito à ampla defesa. Eis que o contraditório é a “via” que propiciará às partes a realização da ampla defesa. Sendo assim, pode-se afirmar que sem o exercício do contraditório é impossível se realizar a ampla defesa, pois não há como se defender de algo que não foi revelado ou dado a conhecer a quaisquer das partes para que elas, caso queiram, possam apreciá-lo, contrariá-lo ou contradizê-lo. Desse entendimento conclui-se que a “ampla defesa” será inviabilizada se não for possível o exercício do contraditório, sendo verdade que esta situação implicará em nulidade do feito por absoluto cerceamento de defesa.

O constitucionalista Celso Ribeiro de Bastos tem posicionamento semelhante ao descrito no parágrafo anterior, e assim se expressa²⁷:

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é, pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz.

É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas.

Diante do exposto, vê-se a estreita relação existente entre os dois direitos fundamentais ou princípios processuais – *contraditório e ampla defesa*: a ampla defesa só será lícita, válida, passível e possível de ser realizada quando for respeitado o *direito ao contraditório*, pois não há outra forma de ela ser efetivamente concretizada que não pela via do contraditório. Isto significa dizer que ao Autor deve ser garantido o direito de conhecer e se manifestar acerca de tudo o que o Réu levar aos autos para formular sua (ampla) defesa. Da mesma forma, deve ser também assegurado ao Autor o *direito à réplica*, representado no processo civil pelo direito de *impugnação da defesa do Réu*.

²⁶ FAZZALARI, 1989, p. 54 *apud* GONÇALVES, 2001, p. 112.

²⁷ BASTOS, 1999, p. 266.

Entretanto, o contraditório não se resume às duas situações supra. Vai para além delas. Além da defesa do Réu e do direito do Autor de impugná-la, é também direito do primeiro conhecer e “dizer” o que lhe convier sobre tudo o mais que o Autor juntar aos autos, devendo isto ocorrer numa ‘via de mão dupla’, ou seja, de forma recíproca.

Ao explicar sobre o tema da pesquisa em tela, Aroldo Plínio Gonçalves afirma que o contraditório não é um novel direito. O autor destaca que o jurista alemão, Rudolf Von Ihering (1818-1892), deixou muitos escritos a respeito da administração da justiça, onde a primeira exigência, segundo ele, é a da “*justiça no processo*”. Assim, para Ihering, a justiça é interna e intrínseca à “organização do processo” e deve estar voltada para o processo. Desta afirmação, tem-se que Von Ihering entende que a justiça é, no processo, a primeira e única exigência essencial, perante a qual, todas as demais exigências são secundárias²⁸ e devem se curvar.

Interessante pontuar, também, que Ihering entende que a relação entre as partes deve se caracterizar pela igualdade jurídica. Nesse sentido, afirma: “devem [as partes] combater-se com armas iguais e devem-lhes ser distribuídas com igualdade a sombra e a luz”²⁹.

Trazendo as afirmações de Von Ihering para a atualidade, infere-se que ele se referiu, por certo, ao *princípio ou direito ao contraditório*, direito esse que deve ser conferido amplamente às partes que litigam no processo. Reforçando este entendimento, pode-se afirmar que somente através do *efetivo exercício do contraditório* é que se poderá “*combater com armas iguais*” e, por conseguinte, se tornar viável e possível a realização da “*justiça no processo*” e com o processo.

Ainda discorrendo sobre o princípio do contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves assevera que o conceito desse direito-princípio processual “é bem atual e ainda não foi totalmente assimilado, embora seu princípio fundamental, ‘*audiatur (...) et altera pars*’, ‘*audita altera parte*’, ‘*audi alteram partem*’, seja bastante difundido e presente na Teoria Geral do Direito com a conotação bastante aproximada da que lhe seria dada pelo Direito Processual Civil [...]”³⁰.

Continuando com suas explicações, Plínio Gonçalves se refere a Pierre Pescatore, pensador e jurista europeu, para quem a expressão latina “*audiatur (...) et altera pars*”, quer dizer que “uma decisão não pode adquirir a autoridade da coisa julgada para quem não participou do debate judiciário, que o contraditório possibilita o melhor esclarecimento do

²⁸ IHERING, 1956, p. 307 *apud* GONÇALVES, 2001, p. 119.

²⁹ IHERING, 1956, p. 307 *apud* GONÇALVES, 2001, p. 119.

³⁰ IHERING, 1956, p. 307 *apud* GONÇALVES, 2001, p. 119.

juiz, e que, entretanto, significa, sobretudo, a possibilidade que a parte deve ter de se fazer ouvir.³¹»

Para Aroldo Plínio Gonçalves, a conotação citada como uma aproximação do conceito atual de contraditório pode ser entendida, sendo certo que este direito fundamental processual “exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. Hoje, seu conceito evoluiu para o de garantia de participação das partes, no sentido em que já falava VON IHERING, em simétrica paridade de armas, no sentido de justiça interna no processo, de justiça no processo [...]”. Nesse turno, tudo isto só ocorrerá se as mesmas oportunidades forem conferidas igualmente às partes que litigam³².

Ao longo de suas explicações sobre o direito ao contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves afirma também que este princípio informador do processo não se traduz tão-somente na “participação dos sujeitos do processo”. Para o autor³³, este direito processual fundamental significa mais que isto:

Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.

Por derradeiro, importa assinalar a advertência de Humberto Theodoro Júnior, no sentido de que a visão contemporânea do contraditório não deve se limitar à discussão no âmbito do direito comparado. A discussão sobre a essencialidade do princípio do contraditório, conforme acentua o autor, deve permitir a percepção e a defesa, em todo Estado Democrático de Direito, como o é o Brasil, “a existência de um juiz diretor (formal e material do processo), mas que, necessariamente, exerce sua função garantindo às partes a manutenção da possibilidade de também participar ativamente do processo [...]”³⁴.

4. O JUIZ E SUA COMPETÊNCIA DE PODER NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

³¹ PESCATORE, 1960, p. 374 *apud* GONÇALVES, 2001, p. 119-120.

³² GONÇALVES, 2001, p. 120.

³³ GONÇALVES, 2001, p. 120.

³⁴ THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 110 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 65-66).

Segundo esclarece Aroldo Plínio, o jurista e pensador alemão, Rudolf Von Ihering, expressou de forma satisfatória o que ele chamou de “*justiça no processo*”. Nesse sentido, o jurista alemão defendeu as relações das partes no processo e destacou que no seu contexto, *o juiz é terceiro e não parte*. O festejado jurista alemão entendia que a “*justiça no processo*” era de “*subordinação jurídica*”³⁵.

Do entendimento de Rudolf Von Ihering, descrito atrás, deduz-se que *a realização da justiça é um dever fundamental do Estado que está a cargo do magistrado*, haja vista a sua competência de poder – conferida por normas constitucionais e infraconstitucionais – de exercer a função jurisdicional do Estado, decidindo as lides que se lhe apresentarem. Este dever está intrinsecamente relacionado com os *princípios processuais do juiz natural e do juiz competente*, também elevados à categoria de direito fundamental pela Constituição do Brasil de 1988 (*art. 5º, LIII e XXXVII*, respectivamente).

Não há sentido se falar em direito sem se considerar o seu contraponto: o *dever*. No âmbito do estudo relatado com este artigo, ou seja, no que pertine aos *princípios do devido processo legal (processo justo)* e do *contraditório*, proclamados como direitos fundamentais na Carta Política Brasileira de 1988, há que se falar em *deveres fundamentais* capazes de concretizá-los.

Destarte, importante pontuar que o magistrado é o emissário do Estado que tem o *dever fundamental* de dirigir, de conduzir o processo, sendo certo que o processo é a ‘ferramenta’ utilizada na execução da *função jurisdicional*, chamada a si pelo Estado desde os mais remotos tempos.

Assim, o magistrado tem o dever constitucional e infraconstitucional de dizer o Direito por intermédio do processo, nos casos concretos que lhes são apresentados.

Como foi relatado alhures neste artigo, o processo é informado por vários princípios processuais constitucionais. Estes princípios emanam de um “*superprincípio*”, do “*princípio mor*” do *devido processo legal*. Neste passo, o juiz deve garantir às partes litigantes, dentre outros, o (amplo) exercício do *direito fundamental ao contraditório*, à *ampla defesa* e aos demais direitos processuais insertos na CF/88 e na legislação processual pátria. De maneira mais explícita, *o Juiz tem o dever constitucional fundamental de garantir a realização do devido processo legal*, que conforme já se mostrou neste artigo, deve ser *processo justo*, que garanta às partes a ampla participação em todos os seus atos e fases, e, por conseguinte, a realização da justiça.

³⁵ GONÇALVES, 2001, p. 119.

Conforme explica de forma clara o Professor Vicente de Paula Maciel Júnior³⁶, as *competências de poder* limitam as condutas dos agentes políticos [dos agentes públicos, *lato sensu*] no Estado Democrático de Direito, de forma que estas devem ter como parâmetro o estrito comando normativo vigente em dada sociedade. E destaca ainda o citado Professor³⁷:

Não significa, no entanto, que o Estado tenha poder próprio. Essa ideia de que o Estado tem poder surge em função de uma distorção e apropriação que certos agentes políticos fazem no uso das competências que recebem. E surgem também porque ocorre uma subjetivação da figura do Estado, que passa a ser visto socialmente como um “sujeito” que tem “vontades”. Mas o Estado é uma estrutura fictícia idealizada para o cumprimento burocrático de fins comuns e não um “sujeito”, personificado, que possui vontade própria.

A vontade que deve ser executada pelo agente político através da estrutura do Estado é a vontade que está escrita na norma. Uma vontade que o agente político recebe por delegação, segundo um processo que o legitima ao exercício de suas funções e que também está previsto na norma (o processo eleitoral, o concurso público para alguns cargos etc).

Infelizmente, “alguns agentes se apropriam do cargo público e longe de cumprirem as determinações das competências de poder que receberam, preocupam-se mais em se apropriar do poder como se ele lhe tivesse sido dado pelo voto ou pelo concurso público”. Quando agem assim, esses agentes públicos se esquecem de que possuem tão-somente “competências de poder” para desempenhar suas funções/cargos. Essas competências, por sua vez, “foram definidas segundo os processos consensuais válidos em dada sociedade. O que esses agentes recebem através do processo eleitoral ou dos concursos públicos é a capacidade, a legitimação para o exercício das funções necessárias à implementação daquilo que foi previamente definido, segundo um processo consensual válido e que se tornou lei”³⁸.

O que se extrai da afirmação supra é a apropriação do poder pelo agente político. Dessa forma, ele “passa a agir como se a sua vontade fosse a ‘vontade do Estado’ e como se não tivesse competências de poder a cumprir, mas sim que tivesse recebido um verdadeiro poder (pessoal) em virtude do fato de ser eleito ou aprovado em um concurso público”³⁹. Interessante pontuar que este *desvio de conduta no cumprimento do dever funcional* pelos

³⁶ MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 122.

³⁷ MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 122.

³⁸ MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 122.

³⁹ MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 122.

agentes públicos/políticos, lamentavelmente, parece estar sendo *a regra e não a exceção* no contexto atual do Estado Brasileiro.

Sobre essa absoluta apropriação do poder, infelizmente ocorrida desmedidamente nos três âmbitos do Estado Brasileiro, como afirmado antes, Maciel Júnior destaca, também, o seguinte⁴⁰:

O Estado moderno fundado no direito e em especial os modelos de Estado que prescrevem a forma democrática de participação na formação de competências de poder não podem admitir essas distorções, que são verdadeiras usurpações de poder.

Isso deve estar muito claro ao agente político e aos indivíduos do Estado, porque trás consequências graves a ambos. O agente político que personifica o poder extrapola os limites da legitimação recebida através de competências originadas da norma. E se o agente político não tem a competência de poder para legitimar a prática do ato ele não vincula o Estado, porque não poderia por lei praticar o ato em nome dele. O agente político não tendo determinada competência de poder e tendo praticado o ato fora dos limites estabelecidos, extrapola os limites da sua competência e vincula a si próprio, mas não vincula o Estado ou o órgão ao qual pertence.

Ao discorrer sobre o magistrado no contexto do processo, Aroldo Plínio Gonçalves diz que ele é *sujeito do processo*, ele tem a titularidade não apenas do ato do provimento final, “mas de provimentos emitidos no curso do procedimento, sempre que decisões são proferidas, e de outros tantos atos processuais que a lei lhe reserva, na preparação do ato final, enquanto investido na função jurisdicional, enquanto órgão pelo qual o Estado fala”. E destaca mais:⁴¹,

Sendo sujeito de atos processuais, é claro que ele participa do processo. A participação do juiz, na fase de instrução, que afasta definitivamente a possibilidade de que ele seja visto como um simples autômato, é posta em relevo por BARBOSA MOREIRA, que, com base em várias disposições do Código de Processo Civil de 1973, demonstra que ele não se limita a “uma postura de estátua”. A maior participação dos juízes no processo é um direito que, conforme alerta, assiste à própria sociedade, para o qual o legislador deve ser sensibilizado e despertado.

Contudo, saliente-se, a participação do juiz não o transforma em um contraditor, ele não participa “em contraditório com as partes”, entre ele e as partes não há interesse em disputa, ele não é um “interessado”, ou um “contra-interessado” no provimento. O contraditório se passa entre as partes porque importa no jogo de seus interesses em direções

⁴⁰ MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 122-123.

⁴¹ GONÇALVES, 2006, p. 120-121.

contrárias, em divergência de pretensões sobre o futuro provimento que o *iter* procedimental prepara, em oposição. E essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma e desfavorável à outra, que marca a presença das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo. O contraditório não é, por isso, a “mera participação no processo”. Essa era a ideia originária do contraditório, quando a participação era concebida como o auge das garantias processuais. Participação no processo têm todos os sujeitos do processo, caso contrário não seriam “sujeitos dos atos processuais”. Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve “entre as partes”, porque a disputa se passa entre elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento.

Ainda no contexto da atuação do juiz no processo, importante frisar que “seus atos passam pelo controle das partes, na medida em que a lei lhes possibilita insurgir-se contra eles. Sublinhe-se, nesse ponto, o profundo sentido do duplo grau de jurisdição como garantia de direitos processuais”⁴².

Vê-se, assim, que no âmbito do *devido processo legal*, do *processo justo*, as partes têm o direito de fiscalizar os atos do juiz. Dessa forma⁴³,

O controle das partes sobre os atos do juiz é de suma importância e, nesse aspecto, a publicidade e a comunicação, a cientificação do ato processual às partes (que é, também, garantia processual) é de extrema relevância. Entretanto, as partes não se colocam em combate com o juiz, nem este em contraditório com as partes. Ele fala sempre pelo Estado, enquanto investido da função jurisdicional, e os atos decisórios do processo têm o selo da imperatividade. As partes exercem o seu controle sobre ele, pelo remédio legal adequado à natureza do ato, mas esse controle se dará sempre através do pedido de pronunciamento do próprio Poder Judiciário, chamado a intervir para a proteção dos direitos processuais. Quando tal controle se faz pela impugnação do ato imperativo, pela via recursal, é o mesmo Poder Jurisdicional, em outro grau, mas sempre o mesmo Poder, a quem incumbe a reapreciação do ato. A revisão recursal não importa, como bem demonstra BARBOSA MOREIRA, “reforma” ou “confirmação” da decisão impugnada, mas em sua substituição. Na hipótese de cassação da decisão, ou anulação, o provimento em grau de recurso implica na determinação para que a substituição se faça pelo próprio autor do provimento viciado, para que não se suprima grau de jurisdição. De qualquer modo, a revisão não se faz por outro órgão que não o jurisdicional, em qualquer grau de sua manifestação.

⁴² GONÇALVES, 2006, p. 121.

⁴³ GONÇALVES, 2006, p. 122.

O dever de garantir o contraditório realizado entre as partes não isenta o magistrado de participar efetivamente do feito, “ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo”⁴⁴.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, mesmo aspectos que não se ligam diretamente à garantia de contraditório e de ampla defesa integram também a *moderna concepção do processo justo*. Assim, por exemplo, “se exige do juiz que não seja apenas a ‘boca da lei’ a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador”⁴⁵.

No *processo justo*, ao juiz cabe a interpretação e aplicação do direito positivo ao julgar a causa. Isto é tarefa integrativa, que visa a atualizar e adequar o enunciado da norma aos fatos pertinentes ao caso concreto. Nesse sentido, *é dever do juiz* atuar de forma a “complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça”⁴⁶.

O jurista Humberto Theodoro Júnior destaca também quanto à participação do juiz no devido/justo processo legal, que em sendo os direitos fundamentais traço maior do Estado Democrático de Direito, eles são reconhecidos e declarados pelo Estado e devem ser concretizado pelo magistrado. Dessa forma, “ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional. Nesta função, o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais”⁴⁷.

O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) estabelece “*Os Poderes, os Deveres e a Responsabilidade do Juiz*”, na *Seção I, Capítulo IV, Título I*, do seu *Livro I*, prescrevendo-os em seus *arts. 125 a 133*. Logo no início da mencionada seção, no *caput* do *art. 125*, o legislador do CPC estabeleceu que “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código [...]”, como se vê, *in verbis*⁴⁸:

CAPÍTULO IV DO JUIZ

⁴⁴ GONÇALVES, 2006, p. 122-123.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 67.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 67.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 25 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 67.

⁴⁸ BRASIL, 1973.

Seção I

Dos Poderes, dos Deveres e da responsabilidade do Juiz

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

Conforme ensina Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁴⁹, “O juiz não se confunde com o juízo. Este é o órgão jurisdicional competente para julgar determinada causa, enquanto aquele é a pessoa [física] a quem é atribuída a função jurisdicional”. Para melhor entendimento da

⁴⁹ GONÇALVES, 2011, p. 249.

diferença entre *juiz* e *juízo*, o autor destaca que “há juízos que são integrados por dois ou mais juízes, e um mesmo juiz pode, eventualmente, exercer suas funções – ao menos temporariamente – em mais de um juízo”.

Corroborando o que já foi explicado antes, Vinicius Rios Gonçalves⁵⁰ informa que o juiz dirige o processo e que ele “deve agir com impessoalidade e imparcialidade, estabelecendo a comunicação necessária com os demais sujeitos, o autor e o réu”. Vinicius Rios assinala que o juiz, com base no que for trazido aos autos pelas partes, deverá verificar as questões preliminares, e decidir o pedido, ponderando [quanto julgar necessário] as informações trazidas pelas partes.

Ainda se atendo aos deveres do magistrado, o autor em comento faz as seguintes considerações⁵¹:

A condução do processo não é feita de acordo com critérios de conveniência e oportunidade do juiz. Não há discricionariedade judicial: cumpra-se, com o apoio de seus auxiliares, fazer executar as regras da lei processual.

A imparcialidade é garantia do jurisdicionado, e decorrência do princípio do juiz natural, que impede que as partes possam escolher o juiz da causa. Este deve ser identificado de acordo com regras previamente existentes no ordenamento jurídico.

Além da garantia do juiz natural, o CPC enuncia hipóteses em que o juiz da causa será impedido ou suspeito (arts. 134 e 135). O afastamento do juiz em tais condições é medida eminentemente preventiva, que visa assegurar que ele se mantenha equidistante dos litigantes. Não terá isenção de ânimo o juiz que tiver vínculos objetivos ou subjetivos com um dos litigantes, seus advogados, ou cujos próprios interesses possam ser afetados pela solução da demanda. [...].

Os atos decisórios praticados por juiz impedido serão nulos, independentemente de prova de prejuízo.

O Poder Judiciário é responsável pelo exercício da *função jurisdicional do Estado*. Esta função é exercida em todo o território nacional pelos Juízes (estaduais e federais), pelos Desembargadores (estaduais e federais) e pelos Ministros dos Tribunais Superiores sediados no Distrito Federal.

Conforme magistério do Desembargador (TJRJ) Sérgio Túlio Santos Vieira, “A jurisdição é atividade estatal, uma vez que se cogita da primordial função de um dos Poderes

⁵⁰ GONÇALVES, 2011, p. 249.

⁵¹ GONÇALVES, 2011, p. 249-250.

da República, na conjugação dos arts. 2º e 3º, da Carta Federal com o art. 1º, do Código de Processo Civil”⁵².

Nesse sentido, Sérgio Túlio Santos Vieira assinala que “A jurisdição é resultado da manifestação da soberania do Estado. Como dever do Estado a jurisdição decorre da obrigação de responder às pretensões que lhe são dirigidas, acolhendo ou rejeitando os pedidos de natureza contenciosa ou voluntária”⁵³.

Dessa maneira, ante o conceito de jurisdição, descrito acima, o autor em comento destaca o seguinte⁵⁴:

[...] a jurisdição serve de instrumento de solução dos conflitos intersubjetivos, controle das condutas antissociais e controle difuso da constitucionalidade normativa. Os atos estatais que não tiverem por fim alcançar esses objetivos, isto é, não se enquadrarem nessas atividades, não podem ser considerados jurisdicionais. Consequentemente estão fora do poder-dever da jurisdição.

Para Santos Vieira⁵⁵ “A jurisdição é poder, dever, função e atividade”. Ele a considera *poder* porque a atuação jurisdicional é conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário; a considera *dever* porque, após entrar em funcionamento por provocação da parte ou do interessado (*arts. 2º e 262, CPC*), “vincula o Estado a resolver o conflito com a prestação da tutela jurisdicional” e é defeso ao juiz se eximir de julgar a lide, conforme se infere das prescrições do *art. 126, CPC*⁵⁶. Para Vieira, a jurisdição “é função por estar incumbida, através do processo, de resolver os conflitos de interesses, sejam individuais, sejam coletivos”; é *atividade*, em razão de o processo ser composto por várias formalidades, envolvendo o juiz, as partes, os auxiliares da justiça e outros personagens, sendo “desenvolvido para se chegar ao desiderato aguardado, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional, com a sua efetivação”. Ante esses quatro atributos, Santos Vieira diz que “é certo afirmar que a jurisdição é o poder-dever-função-atividade estatal encarregado de prestar a tutela jurisdicional em caso concreto”⁵⁷.

Apesar de tudo o que foi pesquisado e relatado neste artigo, importa ressaltar a importância da eficiência da função jurisdicional do Estado, ressaltando-se que este é um dos

⁵² VIEIRA, 2010, p. 183-184.

⁵³ VIEIRA, 2010, p. 184.

⁵⁴ VIEIRA, 2010, p. 184.

⁵⁵ VIEIRA, 2010, p. 186.

⁵⁶ CPC – Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (BRASIL, 1973).

⁵⁷ VIEIRA, 2010, p. 186.

fundamentos essenciais do Estado Democrático de Direito. A realização da justiça possível e passível de ser efetivada com o processo justo deve ser meta constante dos membros do Judiciário, do Ministério Público, do Legislativo e do Estado, *lato sensu*.

Como foi assinalado alhures neste artigo, o mundo ideal traçado pela norma, notadamente pela Constituição do Brasil de 1988, chamado “*dever ser*”, em se tratando, *in casu*, da concretização de direitos fundamentais relacionados ao *acesso à justiça*, ainda está distante da realidade. O acesso à justiça ainda se mostra debilitado em vários aspectos e a garantia fundamental da “razoável duração do processo”, por exemplo, ainda se encontra inerte no texto do *inciso LXXVIII*, do *art. 5º*, da ‘Constituição Cidadã de 1988’. Dessa maneira, certo é que o Judiciário não cumpre com eficiência o seu dever fundamental decorrente desse direito fundamental assegurado a todos. A eficiente e desejável prestação jurisdicional ainda se encontra na abstração do texto constitucional e das leis processuais. Nesse sentido, entende-se oportuno citar o *alerta* feito pelo processualista italiano Mauro Cappelletti⁵⁸, nos termos seguintes:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é [deveria ser] a primeira tarefa a ser cumprida.

Apesar não de ter sido objeto da pesquisa em comento, importa lembrar que o Estado Brasileiro, nos âmbitos federal, estadual e municipal, se mostra ineficiente no cumprimento de todos os seus deveres constitucionais fundamentais, a exemplo da saúde, da educação e da (in)segurança pública. Nada é feito de forma a se concretizar efetivamente os direitos fundamentais declarados na Constituição Federal de 1988. Isto é uma verdade que é comprovada amplamente diante das constantes e incansáveis publicações/divulgações pela mídia nacional.

⁵⁸ CAPPELLETTI, 1988, p. 15.

5. CONCLUSÃO

Após o encerramento da pesquisa em epígrafe, verificou-se que os objetivos almejados foram atingidos, sendo realizada a necessária abordagem do tema proposto. Da mesma forma, o problema que se enfrentou foi satisfatoriamente esclarecido e debatido.

Ao se encerrar este relatório de pesquisa em forma de artigo, entende-se oportuno reforçar o que foi registrado ao longo de seu texto no que pertine às dificuldades existentes no Brasil em face da efetiva concretização da prestação jurisdicional. Nesse rumo, é bom lembrar que ainda há certos ‘abusos’ no curso do processo, sendo certo que direitos processuais das partes são violados e/ou mitigados, resultando em prejuízos à realização da justiça, principalmente para os que não podem “pagar” pelos honorários advocatícios.

Encerrar um artigo científico com indagações significa, em regra, apresentar novos problemas, novos desafios a se enfrentar, a se estudar. Entretanto, os questionamentos que serão feitos a seguir têm o escopo tão-somente de levar o leitor deste artigo à imediata reflexão sobre inferências acerca do tema estudado: *O princípio processual constitucional do devido processo legal é realmente respeitado pelos responsáveis pela prestação jurisdicional no Brasil? O processo judicial no Brasil é realmente um processo justo? Ele realmente é entendido como ‘ferramenta’ ou via de concretização do direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88)? O direito fundamental de acesso à justiça é efetivamente exercido pelos pobres (hipossuficientes) no Brasil? O Estado cumpre o seu dever fundamental de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF/88)?*

Como se constatou com a pesquisa, se não se garantir às partes litigantes o *devido processo legal*, com os princípios processuais dele decorrentes e a ele inerentes, notadamente o *contraditório e a ampla defesa*, não há como se falar em liberdade das partes em participar do processo e, por conseguinte, o processo jamais será *justo* como foi idealizado pelos Constituintes Originários de 1987-88.

O abuso no exercício de *competências de poder* por parte de magistrados e de Representantes do Ministério Público (MP), infelizmente ocorre. Em verdade, o que se verifica no âmbito do Judiciário é a constatação de que há autoridades públicas que detêm o *poder de dizer o Direito*. Muitos desconhecem ou fazem ouvidos moucos ao fundamento democrático inserto no *parágrafo único do art. 1º, da CF/88*, o qual proclama que “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. Na verdade, o que se nota é a inconstitucional e ilegal

apropriação de competências de poder por certos agentes públicos no âmbito do deficiente cumprimento da função jurisdicional.

Dessa forma, imperioso encerrar este trabalho destacando que há magistrados e Representantes do MP, talvez em razão da (completa) ignorância jurídica da grande maioria das pessoas que vai ao Judiciário em busca de justiça, bem como da desídia e incompetência de muitos advogados, inclusive e principalmente de Defensores Públicos e/ou Dativos, aproveitam-se destes fatos concretos e concretizam o seu ***poder de dizer o Direito ao seu prazer e autoritarismo, ferindo o contraditório e o Estado Democrático de Direito e por fim ajudando os corruptos e corruptores a “rasgar” cada vez mais a nossa C. F.***

Assim, entende-se que não será mera redundância registrar novamente, conforme ensina Vicente de Paula Maciel Júnior, que *os agentes públicos possuem tão-somente competências de poder* e que estas competências só podem ser exercidas nos estritos limites das normas que atribuem delegações a esses (agentes públicos ou políticos) para representar o Estado, *lato sensu*, no âmbito de seus cargos e/ou funções.

Já houve quem disse que de nada vale declarar direitos a alguém sem oferecer-lhe condições de concretizá-los. Esta é a realidade que paira no Brasil: o rol de direitos fundamentais é extenso e aberto, mas ainda são poucas as pessoas que realmente conseguem efetivamente concretizar seus direitos fundamentais. Tudo isto revela a precariedade com que o Estado Brasileiro, *lato sensu*, cumpre seus deveres fundamentais...

Dessa maneira, vê-se que o *acesso à justiça é direito de todos*, mas praticamente impossível de ser exercido por muitos milhões de brasileiros, em regra, vítimas da pobreza material e espiritual, analfabetos de “diversos níveis”⁵⁹. São as vítimas da desídia dos governantes de um país **RICO** e de extensão continental, cuja *fortuna* vem sendo *dilapidada pela corrupção, por desmandos de ordens diversas* e usada quase que exclusivamente em benefício de uma minoria privilegiada: os “poderosos” que detêm a quase totalidade da riqueza do país.

E a *dignidade da pessoa humana*? Por onde andar?

Por certo ela deve estar grudada aos tantos milhões de brasileiros que estão atrás (ou abaixo) da linha da pobreza. E durma-se com o slogan do atual governo: “*País rico é País sem pobreza*”; e nós, então, o que somos pátria amada Brasil? As questões são muitas e não temos a ousada pretensão de respondê-las num singelo artigo, pois teríamos a pretensa

⁵⁹ Em verdade esta expressão não deveria existir, pois não há sentido se falar em ‘níveis de analfabetismo’. Entretanto, por interesses escusos, no Brasil foram criados diversos ‘níveis de analfabetos’. Há os analfabetos propriamente ditos, os semianalfabetos, analfabetos funcionais, analfabetos tecnológicos e talvez outros. Na verdade, todos os que integram esses ‘níveis’ são ANALFABETOS.

solução dos problemas da chamada Política Judiciária Brasileira...grave problema que parece sem fim a derrubar o desenvolvimento econômico sustentável e o equilíbrio do país.

Mais que a esperança típica dos brasileiros e a promessa de nossos governantes de nação do futuro, o momento é agora de fazer acontecer, exigindo nossos direitos fundamentais constitucionais e dentre estes o do contraditório e do devido processo justo.

6. REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUR, F. Der Anspruch auf rechliches Gehör. *Archiv für civillistische Praxis*, n. 153, 1954, p. 393-395.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES NETTO, André Luiz. A razoabilidade constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/820>>. Acesso em: 03 de julho de 2014.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1989.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3, 1958, p. 861-880.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Informatizado. Correspondente à 3. ed., 1. imp. da Editora Positivo, rev. e atual. do Aurélio Século XXI, o Dicionário da Língua Portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado* (Coordenador: Pedro Lenza). São Paulo: Saraiva, 2011.

IHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1956 (Sem menção ao tradutor. Título original 'Zweck im Recht', de 1878).

IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Tradução: CHAGAS, Sílvio Donizete. São Paulo: Acadêmica, 1993.

LAGES, Cíntia Garabini. *Devido processo legislativo: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma do estado democrático de direito*. 2010. 185f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

LAGES, Cíntia Garabini. O caráter democrático do processo legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 48 n. 191 jul./set. 2011, p. 17-26. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242905/000926843.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teorias das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

PESCATORE, Pierre. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg: Office des Imprimeres de L'État, 1960.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, p. 107-141, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009, v. I, nº 22.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano, A. Giuffrè, *Studi di diritto comparato*, n. 12, 1974.

VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 51, 2010, p. 179-229. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_178.pdf>. Acesso em: 08 de julho de 2014.