

O papel do juiz no processo compreendido como procedimento em contraditório: secessão entre o direito material e o direito processual em cotejo com a retórica questão dos escopos metajurídicos do processo

*Tiago Fachin**

Resumo

O presente artigo se propõe a analisar o papel do juiz no processo compreendido como procedimento em contraditório assentado em bases democráticas, conquanto persistente a proposta dos instrumentalistas, pautada na teoria da relação jurídica, que projeta no magistrado a salvaguarda das injustiças sociais. Nesse desiderato, será feita breve contextualização e reconstrução dos conceitos de jurisdição e processo, adequados ao paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, esquadrihando-se a contribuição de Elio Fazzalari de processo como procedimento em contraditório, o qual somente ocorre quando o juiz o prepara e conduz respeitando o direito processual das partes de modo a levar em consideração todas as questões de fato e direito relevantes suscitadas, com o objetivo de que o resultado do processo seja justificado pelo que fora construído conjuntamente pelos sujeitos do processo, em simétrica paridade de armas, sem olvidar os limites dessa atuação. Definido o contraditório em bases democráticas, será assentada a necessidade de se desconjuntar o direito material e o direito processual, bem como apreciada a questão dos pretensos escopos sociais e políticos do processo, além do jurídico. A partir dessa perspectiva, será proposta uma redefinição do papel do juiz tratado como sujeito processual integrante da estrutura democrática do processo.

Palavras-chave: Contraditório. Direito material. Direito processual. Papel do juiz. Processo. Procedimento. Secessão.

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v28i1.4829>

* Juiz de Direito do Estado de Santa Catarina. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa Direito e Jurisdição do CMCJ/UNIVALI. Possui graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade da Região de Joinville (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2005). Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina (2006). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2012). E-mail: tiagofachin@gmail.com

Introdução

Tenciona-se com o presente trabalho aferir o papel do juiz no processo compreendido como procedimento em contraditório, tal qual proposto por Elio Fazzalari, rebulindo-o, se necessário, conquanto persistente o vetusto entendimento que projeta no magistrado a salvaguarda das injustiças sociais, conferindo ao processo escopos metajurídicos.

Para tanto, será feita breve contextualização e reconstrução dos conceitos de jurisdição e processo, adequados ao paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, bem como assentada a necessidade de se desconjuntar o direito material e o direito processual. Ao fim, após tratar dos pretensos escopos metajurídicos do processo, será revisto o papel do juiz no procedimento em contraditório.

Jurisdição e Processo

De saída, registre-se que a proposta deste capítulo não é reavivar as contendas históricas acerca de jurisdição e processo. Busca-se tão somente alumiar tais institutos com o enquadramento necessário à compreensão do processo jurisdicional como dever democrático de um Estado de direito, que exige “[...] um *procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito*.”¹

A formulação clássica doutrinária² de jurisdição a compreende “[...] como um poder-dever, substitutivo das partes, de aplicação do direito objetivo ao caso concreto (seguindo os ensinamentos de Chiovenda) ou então como a atividade de justa composição da lide (seguindo Carnelutti).”³

A função jurisdicional é exercida pelo Estado com base no mesmo alicerce que o legitima a realizar as funções legislativa e administrativa, dentro de uma ordem jurídica instituída.⁴ A jurisdição, em seu berço, advém da “[...] estratificação histórica da figura da **arbitragem** legalmente institucionalizada e prati-

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 274.

² NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 126.

³ NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. p. 126.

⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 50.

cada, de modo exclusivo e monopolístico, pelo Estado”⁵, vindo a substituir “[...] a autodefesa, eliminando o recurso da autotutela, da vingança, da represália”⁶.

Na atualidade⁷, a jurisdição e seu exercício, quando não submetida previamente às garantias principiológicas do processo historicamente conquistadas, “[...] cuja plataforma jurídica fundamental se encontra insculpida na maioria das constituições modernas, é mera atividade de julgar [...]”⁸. Nesse sentido, conclui Abreu que,

[...] quando o Estado exercita a função jurisdicional age dentro de uma estrutura normativa regulamentadora de sua atividade, edificada para possibilitar e salvaguardar a participação dos destinatários do ato imperativo do Estado na fase de sua formação. Nesse viés, a jurisdição, objeto de enfoque do Direito Processual Civil, é exercida nos limites do ordenamento jurídico, sob sua disciplina, em uma estrutura normativa em que os atos e as normas são conectados em especial forma de interdependência.⁹

Consoante Leal¹⁰,

A jurisdição, como atividade monopolística de o Estado reconhecer o direito (art. 5º, XXXV, da CR/88), não traz em seu arcabouço garantias pela figura do juiz (ainda que íntegro sapiente e culto) de criação do direito ou de “*assegurar la justitia, la paz social y demás valores jurídicos*”, como ensinou Couture, porque a jurisdição (judicação), por si mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do Processo.

Necessário, pois, ainda antes do estudo do processo, esclarecer que a vetusta compreensão de que o exercício da jurisdição ocorre de acordo com a discricionariedade do juiz, atuando subjetivamente ao seu alvedrio¹¹, remonta ao tempo em que se tinha a jurisdição como genitora do processo¹², o que de certa forma ainda, é feito pela escola instrumentalista “[...] sem considerar o adensamento dos princípios do Processo por ampliação das conquistas teóricas dos

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26.

⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 52

⁷ NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. p. 126.

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. p. 26.

⁹ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 515.

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. p. 27.

¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. p. 29.

¹² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. p. 28.

direitos fundamentais da personalidade, da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, do devido processo leal [...]”¹³.

O argumento de que a eclosão do processo foi corolário lógico do exercício da jurisdição pelo Estado¹⁴ não é verdadeiro. Até porque nos Estados autocráticos, onde o processo é tido “[...] como instrumento ou método de atuação da jurisdição, há jurisdição, mas não há processo como instrumentador da atividade jurisdicional pelos direitos fundamentais da isonomia, da ampla defesa e do contraditório.”¹⁵

Conforme Leal, no cenário contemporâneo não há espaço

[...] para os que apregoam potestatividade, faculdade, poder, arbítrio ou discricionariedade para o órgão jurisdicional (judicacional), já que este tem de atuar com rigorosa vinculação à principiologia do **processo** que lhe impõe o **dever** de prestar a tutela legal, sem qualquer margem de arbítrio ou discricionariedade¹⁶.

À vista disso, depreende-se que o estudo da jurisdição se entrelaça com o do processo, visto que é por meio dele “[...] e mediante o qual é conduzido o provimento jurisdicional.”¹⁷ O processo, aliás,

[...] é a única estrutura na qual, e em virtude da qual, os vários aspectos daquela atividade fundamental podem ser ordenados de modo coerente; com uma diferença, mas a meu ver, diferença que representa um progresso em relação aos precedentes sistemas fundados sobre a “ação” e sobre a “relação jurídico processual”. Esses conceitos de matriz pandetística, elaborados e utilizados com fins reconstrutivos sob a sugestão das categorias civilísticas e da considerada dependência do processo do direito subjetivo, deveriam ter sido abandonados, já há muito, porque superados e impróprios. De um lado, a “ação” não pode abarcar as características do processo [...] e isso vale não somente para a velha, mas persistente visão segundo a qual ação consistiria e se exauriria na faculdade de colocar em movimento o processo, isto é, segundo o ponto de vista de quem o promove e limitadamente do ponto de vista de sua iniciativa (proposição da demanda); mas também para a visão que atualmente configura a ação como série de faculdades, poderes e deveres, tantos quantos a lei assinala a cada parte guiando a sua conduta ao longo de todo o processo, já que a série de condutas é um *posterius* e não um *prius* da categoria do processo, não podendo exauri-lo.¹⁸

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. p. 28.

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. p. 27.

¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. p. 27.

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. p. 29.

¹⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 139.

¹⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 139-140.

Conquanto pincelada a necessidade de se abordar o conceito de ação, esclarece-se ao leitor que tal tema será adiante retomado.

Consoante apregoa Rosa, o senso comum teórico dos juristas compreende processo “[...] como um conjunto de atos preordenados a um fim, ou seja, a atividade exercida pelo juiz no exercício da *Jurisdição*, sendo o *procedimento* seu aspecto puramente formal, o *rito* a ser impresso.”¹⁹ Passa-se a verificar o porquê.

Sabe-se que a denominação processo possui variados significados, uma vez que seu emprego se dá em diversos âmbitos, podendo ser compreendido na linguagem comum, científica, filosófica, legislativa, jurídica, dentre outras, todas com inúmeros possíveis conceitos operacionais²⁰, sendo que o presente ensaio tratará exclusivamente da sua abordagem na seara da Teoria do Direito.²¹

Ao longo do tempo – e do amadurecimento dos conceitos e institutos jurídicos – surgiram diversas escolas ou correntes do pensamento jurídico, cada qual buscando explicar a natureza jurídica do processo²².

Nesse plano, consoante esclarece Gonçalves, assentaram-se duas tendências teóricas distintas sobre processo e procedimento, que trabalham sobre fundamentos teóricos diversos:

No desenvolvimento do Direito Processual Civil como ciência autônoma, a doutrina, sob a influência de Bülow, reagiu contra a postura tradicional de séculos passados, que absorvia o processo no procedimento e considerava este como mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito. Em progressivos passos, buscou estabelecer a distinção entre processo e procedimento, e encontrou, em critérios teleológicos, a base da diferenciação. Essa distinção perdurou por muito tempo de forma quase soberana, até que começou a despontar, dentro da doutrina, uma outra proposta pela qual era possível se considerar as relações entre procedimento e processo. Em movimentos concernentes a desenvolvimento de ideias, falar-se em pioneirismos é algo bastante arriscado, mesmo porque, como ocorre em geral, as ideias que conduzem a mudanças são latentes nos sistemas precedentes, e, ademais, não se fez um levantamento histórico com esse objetivo. Mas dentre os autores mais divulgados, pode-se encontrar em Redenti um esforço bem conduzido em direção a essa nova visualização do procedimento e do processo, e em Fazzalari, o sistema aperfeiçoado dessa nova postura.²³

¹⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 69.

²⁰ Cuja definição é aquela apresentada por PASOLD, já referida em nota antecedente, conforme: PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. p. 37.

²¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 59.

²² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 63

²³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 63-64.

Sinteticamente, as tendências doutrinárias que distinguem processo e procedimento ocorrem, como sustenta Gonçalves, pelos critérios teleológico e lógico²⁴.

A linha assentada no critério teleológico atribui finalidades somente ao processo e não ao procedimento, delas destituído²⁵. Possui como marco teórico a obra de Oskar Von Bülow, de 1868²⁶, o qual “[...] estruturou uma autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento da relação jurídico-processual (*Prozessrechtsverhältnis*), relação publicística lastreada principalmente na figura do juiz [...]”²⁷. Para Bülow, processo é uma relação jurídica entre sujeitos, compreendendo-o como o impulsionador e unificador dos procedimentos de forma sequencial e dinâmica, visando determinado fim, qual seja, o desempenho da atividade do juiz no exercício da jurisdição, sendo o procedimento apenas o rito a ser impresso²⁸. Prevalencia o pensamento de subordinação entre as partes contendoras (uma sobre a outra) e a concepção de que o processo se trata de uma relação jurídica entre as partes e o juiz, diversa daquela relação de direito material.

Concebida no Estado liberal²⁹, prevalecia uma visão privatista do processo ao passo que às partes era conferido pleno domínio da atividade processual, restando ao juiz a mecânica atividade de aplicador da lei, mero processo de subsunção do direito positivado ao caso concreto, completamente alheio aos fatos em debate.³⁰ Nesse quadro, o contraditório passou à mecânica atividade de contraposição de teses, em face da compreensão de que o Estado deveria apenas fornecer as regras do jogo e determinar um árbitro para realizar a subsunção do caso concreto às normas abstratas.³¹

Ocorre que, em razão da carência do Estado liberal em atender às demandas da população, deficitária socialmente, visando superar a crise do capitalismo, surgiu o Estado social, cujos marcos históricos mais significativos foram a

²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 62-69

²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 64.

²⁶ NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. p. 52.

²⁷ NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. p. 53.

²⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 63.

²⁹ ABREU, Pedro Manoel. *O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 107-108.

³⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues e SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: LAMMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Processo civil em movimento – diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 106.

³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues e SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: LAMMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Processo civil em movimento – diretrizes para o novo CPC*. p. 106.

constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de *Weimar*, da Alemanha, em 1919, as quais continham em seu bojo expressamente o compromisso estatal de proteger os direitos sociais e prover os anseios da sociedade.³² No Estado social, não se trabalhava com acontecimentos pretéritos, mas se visava à criação e implementação de políticas de afirmação e concretização dos direitos sociais de forma prospectiva.³³ Em decorrência dessa nova forma de encarar os postulados sociais, o relacionamento entre os poderes constituídos sofreu significativa mudança, com especial ênfase na inserção do Poder Judiciário na esfera da política.³⁴

Assim,

Forma-se um novo padrão de relacionamento entre os três Poderes e elabora-se um outro cenário para a ação social, com a substituição de partidos e instituições políticas propriamente ditas pela atuação de um Poder Judiciário, cujas atividades direcionam-se para a solução dos conflitos coletivos, para a restauração do tecido social e para a afirmação dos direitos da cidadania.

[...] Observa-se, por consequência, um movimento de invasão do Poder Judiciário (em sentido estrito) ou do Direito (em sentido lato) na política e na sociabilidade, que transforma os juízes em guardiões dos princípios e valores fundamentais e em portadores das expectativas de justiça e dos ideais de cidadania contidos na Constituição.

O Estado, por meio do Poder Judiciário, passa a ocupar um espaço positivo e construtivo e a concretizar as expectativas por igualdade e democracia, com a adequação dos conceitos jurídicos à nova realidade socioeconômica e cultural em contraponto com a visão conservadora, amparada em concepções pretéritas.³⁵

Com a superação do positivismo, o dogma da completude³⁶ desaguou, quando então se tornou admissível a existência de janela interpretativa nas normas jurídicas, cuja finalidade seria a utilização, pelo juiz, em determinados casos complexos, a fim de construir a norma adequada à situação concreta. Assim, visando suplantar a concepção liberal do processo, o Estado-juiz passou a intervir ativamente no processo, o que se justificava na busca de uma decisão justa, abrindo margem para que o contraditório fosse obnubilado.

³² SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 36.

³³ SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. *Poderes do juiz no processo civil*. p. 40.

³⁴ SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. *Poderes do juiz no processo civil*. p. 40.

³⁵ SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. *Poderes do juiz no processo civil*. p. 41-42.

³⁶ Conforme BOBBIO, o dogma da completude é “[...] o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em todos os casos, uma solução sem que recorra à equidade [...]”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 119. Título original: *Teoria della norma giuridica*.

Com tais argumentos se propunha “[...] uma aplicação livre e, em certa medida, subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam desenvolver sua função com sabedoria e sensibilidade [...]”.³⁷ Seria o juiz, aqui, “[...] um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo *contra legem*”.³⁸

Todavia, para a teoria da relação jurídica³⁹, assentada no amadurecimento histórico do fortalecimento de uma jurisdição constitucional após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista que a política compensatória do Estado social não mais atendia aos anseios de uma sociedade carente de efetiva participação no processo decisório⁴⁰, procedimento vem a ser a

[...] técnica que “disciplina, organiza ou ordena em sucessão lógica o processo”, a técnica de “ordenação e racionalização da atividade a ser desenvolvida” [...] “forma imposta ao fenômeno processual”. A doutrina pátria, em sua expressão mais jovem e brilhante, aprofundou o conceito do procedimento como “meio extrínseco” de desenvolvimento do processo, “meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”, até reduzi-lo a manifestações exterior do processo, “sua realidade fenomenológica perceptível”.⁴¹

Já o processo é entendido teleologicamente como o instrumento por meio do qual se opera a jurisdição, cuja finalidade é o próprio exercício do poder⁴². Em outros termos, “[...] a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.”⁴³

Tratando sobre a aceitação da ideia de processo como relação jurídica afirma Dinamarco que

A doutrina da relação jurídica processual nasceu na Alemanha há pouco mais de um século e tem hoje ampla aceitação em toda a literatura do mundo romano-germânico. Embora a ideia já andasse pela doutrina do processo, dela não se tinha senão mera intuição e foi apenas no século passado que se observou a sua existência – ressaltando-se que se trata de relação nitidamente distinta da de direito substancial, da qual difere, em seus pressupostos, em seu objeto e em seus sujeitos.⁴⁴

³⁷ NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. p. 54.

³⁸ NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. p. 55.

³⁹ Conforme GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 71 e LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. p. 79.

⁴⁰ SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. *Poderes do juiz no processo civil*. p. 51.

⁴¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 65.

⁴² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 65.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178.

⁴⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 71

Apesar de aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman⁴⁵, essa forma de compreensão do processo fracassa⁴⁶, pois

[...] o que dela se conclui é uma **confusão** tormentosa entre processo e procedimento, porque os seus adeptos, na tentativa desesperada de distingui-los, hermetizam, ainda mais, os conceitos de Bülow, ao proclamarem que o **procedimento** é a manifestação fenomênica do processo ou “meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo”⁴⁷.

Ocorre que, ao buscarem classificar processo e procedimento, os teóricos desta escola “[...] conectaram o Processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade.”⁴⁸

Na posição tradicional do século passado, o procedimento abraçava o processo de tal forma que o condensava à mera sucessão de atos⁴⁹, o que gerou firme reação contrária da doutrina moderna que, “[...] em sua larga maioria, diluiu o procedimento no processo. O processo absorveu-o e anulou sua importância.”⁵⁰

Do conceito de relação jurídica e seu reflexo na forma de concepção do direito subjetivo nos moldes antecedentes surgiram diversos questionamentos por outros campos da reflexão jurídica⁵¹, buscando “[...] equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado protetivo e de Bem-Estar Social.”⁵²

Na doutrina processual brasileira,

[...] somente em 1987 é delineada a primeira teoria constitucionalizante do processo, de modo mais consistente, com a já amplamente conhecida obra *Instrumentalidade do processo*, de Cândido Rangel Dinamarco (publicada em primeira edição em 1987), na qual o autor, sob os influxos das teorias socializantes, tenta sintetizá-las, dando seguimento ao discurso da centralidade da jurisdição para a teoria do processo, da defesa de uma instrumentalidade positiva, com um processo predisposto para a realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) mediante a intervenção do juiz [...].⁵³

⁴⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. p. 78.

⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. p. 78-79.

⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. p. 78-79.

⁴⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. p. 79.

⁴⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 66.

⁵⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 66.

⁵¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 71.

⁵² NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil*: fundamentação e aplicação. p. 58.

⁵³ NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil*: fundamentação e aplicação. p. 58.

De outro lado, fitando processo e o procedimento pelo critério lógico, nos quais as características de ambos não devem ser investigadas com base em elementos finalísticos, mas levantadas no âmbito do próprio sistema jurídico que os disciplina⁵⁴, eclode a paralela tendência teórica referida.

Sobre o desenvolvimento dos contornos de procedimento e processo pelo panorama lógico, segundo Gonçalves

[...] o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.⁵⁵

Como se verá no próximo capítulo com maior destaque, a contribuição de Elio Fazzalari⁵⁶ trouxe nova roupagem à compreensão e ao encaixilhamento de processo e procedimento.

O Processo como Procedimento em Contraditório

Ao fixar que os provimentos são atos que põem fim aos procedimentos, concebendo estes como operação preparatória daqueles, para Fazzalari⁵⁷ os procedimentos devem possuir estrutura específica e previamente constituída de atos normativos e posições subjetivas (dos sujeitos), todas encadeadas, cujo cumprimento de uma norma sequencial constitui requisito de aplicabilidade e validade da seguinte⁵⁸.

No entanto, o provimento, como ato final do procedimento, pode ser encarrado não somente pela decisão que o encerra, mas considerado também como parte do procedimento, ou ainda “[...] como o último ato de sua estrutura [...]”⁵⁹,

⁵⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 68.

⁵⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 68.

⁵⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif.

⁵⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 116.

⁵⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 28/29.

⁵⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 112.

sendo na “[...] possibilidade de se enuclearem os provimentos, em conjunto, segundo essa ótica, pela qual eles são o próprio ato final do procedimento, que Fazzalari encontra a perspectiva própria para o estudo do processo.”⁶⁰

Esclarece Gonçalves que, “[...] o procedimento, como ‘estrutura normativa’ que prepara o provimento, constitui a classe imediatamente superior pela abrangência que comporta, para que nela se inclua a classe dos processos.”⁶¹

Para Fazzalari, processo é todo procedimento em que participem “[...] aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.”⁶² Além disso, em razão da plurisubjetividade do procedimento⁶³, há que se fazer presente na estrutura dialética do procedimento o contraditório⁶⁴.

E esta estrutura se constitui

[...] na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.⁶⁵

Com Fazzalari, haverá processo quando a formação de um ato contemplar

[...] a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.⁶⁶

Destarte, a alusão à estrutura dialética processual, eminentemente contraposta, como

[...] a *ratio distinguendi* permite superar anteriores tentativas de definir o “processo”, como aquele conceito segundo o qual existe processo onde exista, em ato ou em potência, um conflito de interesses, e aquele segundo o qual existe processo toda vez que participe da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto daquele interesse do autor do ato nos quais os interesses e as suas possíveis combinações são dados metajurídicos. O conflito de interesses (ou o modo de valorar um

⁶⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 112.

⁶¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 114.

⁶² FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 118-119.

⁶³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 119.

⁶⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 119.

⁶⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 119/120.

⁶⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 120.

interesse) poderá constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo, mas no máximo se pode falar de processo enquanto se constatem *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento dialético [...]. Na ausência de tal estrutura, é vão indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo.⁶⁷

Logo, quando a participação das partes for “[...] somente episódica, não se configurará processo, mas mero procedimento”⁶⁸, pois não raras vezes o contraditório não se faz presente em todo e qualquer processo⁶⁹, ainda que seja possível sua transmutação⁷⁰.

Os interessados a que se refere Fazzalari, no processo jurisdicional são as partes, isso é, “[...] os destinatários dos efeitos do ato final, portanto os contraditores [...]”⁷¹, cuja individuação é hipotética em razão da posição apresentada no início do processo.⁷² Todavia, o juiz, autor do provimento final, “[...] não é [...] um contraditor, sendo estranho aos interesses em contenda, não sendo parte daquela situação [...]”⁷³.

A participação técnica dos interessados é, para Fazzalari, elemento estrutural e legitimador das atividades processuais, sendo fundamental que os interessados estejam em plano de simétrica paridade de armas⁷⁴. Esse pensamento é articulado em evidente contraste com o ideal da relação jurídico processual esquematizado por Bülow, fulcrado na jurisdição e no saber do juiz⁷⁵, teorias opostas e incompatíveis, porquanto partem de premissas teóricas distintas, não possuindo ponto de identificação que possibilite uma união conceitual⁷⁶.

Secessão entre direito material e direito processual

Consoante Fazzalari, o elo existente entre o processo e a situação de direito material não vai além do seguinte ponto nodal: o direito substancial será o embate central versado no transcorrer do processo, que será decidido pelo provimento.⁷⁷ Logo,

⁶⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 121.

⁶⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 116.

⁶⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 116.

⁷⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 116.

⁷¹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 122.

⁷² FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 122.

⁷³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 123.

⁷⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 207.

⁷⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. p. 207.

⁷⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 132.

⁷⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 136-138.

No processo civil, a situação jurídica de direito substancial, ou situação jurídica de direito material, ou simplesmente situação substancial, é dada pela conexão entre a inobservância de um dever jurídico, o ilícito, e o direito por ela lesado ou ameaçado. O direito, objeto da lesão ou ameaça, no processo civil, é um direito subjetivo, mas não mais considerado na acepção tradicional, e sim no sentido, já exposto, de posição de vantagem de um sujeito em relação a um bem. Essa posição subjetiva resulta ou da norma que a confere a um sujeito ou do endereçamento, pela norma, de obrigações (conteúdo de deveres) a outro ou outros sujeitos, em determinadas situações jurídicas, ou da conjugação das duas hipóteses.⁷⁸

Sobreleva ponderar, entretanto, que o entrelaçamento entre a situação jurídica de direito material e o processo deve ser visto com atenção. Em um primário contato, embora tentadora a presunção de que a demonstração do direito substancial seja pressuposto do processo de conhecimento, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro essa ligação deve ser refutada⁷⁹.

Exige o Código de Processo Civil, em seu artigo 282, incisos III e IV, que a petição inicial apresente os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, além das suas respectivas especificações, impondo à sua não observância o reconhecimento da inépcia da proemial, causa de seu indeferimento (artigo 295, I, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil). Contudo, a extinção prematura do processo por este motivo nem sempre ocorre⁸⁰. De toda forma, ao comportar a possibilidade explícita de que o réu alegue eventual inépcia da inicial em sua contestação (artigo 301, III, do Código de Processo Civil), o que, por óbvio, somente ocorrerá após a instalação do processo e do contraditório, evidencia-se que para o Código de Processo Civil brasileiro, “[...] a situação de direito substancial não constitui pressuposto para a instalação do processo.”⁸¹

Ao passo em que a questão de direito material (direito subjetivo lesado ou ameaçado) não é pressuposto do processo ou da sentença (que pode ser sem resolução de mérito nas hipóteses do artigo 267 do Código de Processo Civil), “[...] o é, entretanto, da sentença de mérito, do provimento e da medida jurisdicional requerida, seja ela acolhida ou rejeitada”.⁸²

Outrossim, a confusão terminológica que orbita o conceito de ação⁸³ desemboca na agremiação em voga. Nessa mira, conquanto o presente artigo não

⁷⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 156.

⁷⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 156.

⁸⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 157.

⁸¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 158.

⁸² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 159.

⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. p. 129.

tenha a pretensão de esgotar o estudo da ação e suas teorias, traz-se à baila o necessário a fim de alumiar a barafunda declarada.

Ao enxergar ação como procedimento (e não a palavra ação que compõe a expressão direito-de-ação que se traduz como direito constitucional de movimentar a jurisdição⁸⁴), instituto do direito processual, LEAL condena sua farra com o

[...] **direito de agir** que, para nós e perante várias legislações processuais, inclusive a brasileira, significa o **direito de estar no procedimento** apurável após a instauração do procedimento pela existência e observância de pressupostos e condições que a lei estabelecer para a formação técnico-jurídica do procedimento, o que a lei brasileira denomina impropriamente **formação do processo** (Livro I, Título VI, do CPC em vigor).⁸⁵

Por sua vez, demonstra Gonçalves que a ação é dependente do processo, porquanto

[...] é nele que se realiza, como desdobramento da legitimação para agir dos sujeitos do processo (juiz, auxiliares, Ministério Público quando a lei o exigir, partes). A legitimação para agir, que é de todos, se especifica em ação e função, dada a posição jurídica dos sujeitos do processo. Enquanto a “função” é dada pela série de atos que correspondem à posição jurídica legitimada do sujeito investido da função jurisdicional – o juiz – a ação se forma pelo complexo de posições jurídicas legitimadas das partes, complexo que resulta da atuação conjunta e interdependente dos sujeitos do *iter* do processo, e por isso não pode ser dele isolada.⁸⁶

Entrementes, a postura dominante da doutrina processual brasileira⁸⁷, centrada no direito de ação correlato ao de provocar a atuação do Poder Judiciário⁸⁸, desde a conjectura “[...] dos atos úteis e inúteis do processo [...] até a do fundamento ideológico que teria pretendido legitimar a ‘universalização do procedimento ordinário’, excluindo os processos sumários [...]”⁸⁹, afere a utilidade e instrumentalidade do processo pelo “[...] direito material, sem que se cogite de outra finalidade cumprida de forma muito útil pelo processo quando se constata que o direito material, para o qual foi postulada a proteção, não teve sua existência confirmada no ato final do provimento”.⁹⁰

⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. p. 129.

⁸⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. p. 129

⁸⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 161-162.

⁸⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 163.

⁸⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 163.

⁸⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 163.

⁹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 163.

Contudo, na atual conjuntura processual brasileira, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, o direito de se postular a tutela jurisdicional não está subordinado à existência do direito material⁹¹. O que ocorre é justamente o oposto, uma vez que

[...] o objeto da apreciação judicial é o direito lesado ou ameaçado e o ilícito, como dever não observado, causa da lesão ou da ameaça. O caráter substitutivo da função jurisdicional confere a essa apreciação sua dimensão tutelar. Contudo, quer se ponha em relevo o direito subjetivo, quer o ilícito que o lesa ou ameaça, o “objeto da apreciação” não se confunde com o próprio “ato da apreciação”, e por isso, nos termos postos pela Constituição brasileira, o agir em juízo não pode se condicionar ao prévio reconhecimento da existência do direito alegado. Significa dizer que a existência do direito para o qual se pleiteia a tutela pode ser confirmada ou negada pelo provimento, sem que se necessite indagar sobre a existência útil ou inútil do processo.⁹²

Dessa maneira, o desígnio do processo estará satisfeito quando o provimento final tenha sido erigido com o envolvimento das partes envolvidas de efetivo contraditório, “[...] quer se confirme a existência do direito, da lesão ou da ameaça, caso em que não se poderá negar a tutela, quer se verifique a inexistência do direito, da lesão ou da ameaça, quando o provimento será emitido, mas a medida jurisdicional requerida será rejeitada.”⁹³

A finalidade do processo jurisdicional e a questão dos escopos metajurídicos do processo

Desponta como uma das primeiras e mais claras finalidades do processo jurisdicional civil, compreendido como procedimento em contraditório realizado entre as partes, a fim de se formar o provimento jurisdicional, a precisa evolução das atividades preparatórias da sentença.⁹⁴ Assim,

A finalidade do processo jurisdicional é [...] a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: como a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera de seus direitos.

A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento

⁹¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 164.

⁹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 165.

⁹³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 165.

⁹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 170.

jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretensão direito lhes é negado.⁹⁵

Com base nas lições de Chiovenda⁹⁶ sobre os escopos do processo, estruturou-se a ideia de que o intento do processo é o de “[...] atuar o direito material, e não tardou a lhe acrescentar a pacificação com justiça, de conflitos sociais, e outras finalidades, nesse plano de valoração.”⁹⁷

Há, aqui, duas relevantes observações sobre esse conceito. O primeiro deles advém do fato de que a finalidade do processo não pode de forma alguma ser confundida com o desígnio da medida jurisdicional imposta pelo provimento⁹⁸. Ora, “[...] o processo atuará o direito material se constatado, pelo correto procedimento e através do contraditório, que há um direito substancial que deve ser atuado. Caso contrário, não há, obviamente, como atuar um direito inexistente.”⁹⁹ Em segundo lugar, pela atribuição de escopos ao processo que “[...] agregam à atuação do direito material a pacificação com justiça.”¹⁰⁰ Até porque,

Ainda que se estenda o escopo da jurisdição – o da pacificação – ao instrumento de sua manifestação – o processo, dizer-se que a finalidade deste é pacificar com justiça suscita uma questão imediata. Os direitos garantidos no processo não se confundem com o direito material que será objeto de exame na sentença.¹⁰¹

No âmbito do direito processual civil brasileiro, como já dito, Cândido Rangel Dinamarco defende uma instrumentalidade processual positiva¹⁰² segundo os fins da jurisdição e do processo.

Para Dinamarco, os fins da função jurisdicional não estão apenas no plano jurídico, mas na realização dos escopos sociais, elencados como a pacificação com justiça e educação, e escopos políticos¹⁰³, o que se haure dos excertos seguintes:

⁹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 171.

⁹⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª edição de Eliane Nassif. p. 335.

⁹⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 176.

⁹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 176.

⁹⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 176.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 176.

¹⁰¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 176.

¹⁰² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. p. 142.

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 178.

Como *escopo-síntese* da jurisdição no plano social, pode-se então indicar a *justiça*, que é afinal expressão do próprio *bem comum*, no sentido de que não se concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade.¹⁰⁴

[...]

Hoje, que o direito público é conscientemente voltado à organização social e não à distribuição de bens, é mister ver no processo, ramo do direito público, alguma destinação que vá além da aspiração individual à satisfação de interesses e [...] além de fragmentária de cada preceito jurídico concreto. O próprio direito tem inegavelmente um *fin político*, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei.¹⁰⁵

Verifica-se que Dinamarco conceitua jurisdição de forma política e não jurídica¹⁰⁶. Depreende referido autor uma tendência “[...] universal quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição: *o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas*.” Além disso, assinala outras tendências, destacadas no seguinte trecho:

[...] a destinação liberal da jurisdição, como meio de tutela do indivíduo em face de possíveis abusos ou desvios de poder pelos agentes estatais, ou seja, como elemento de equilíbrio entre os valores poder e liberdade. Outra, o reconhecimento do dever que o Estado tem e mediante o processo exerce, de interferir na vida da própria sociedade e nas relações entre seus membros, em nome da chamada *paz social*.¹⁰⁷

Ademais, Dinamarco aponta para a necessidade de se vislumbrar o aspecto ético do processo e sua conotação deontológica em razão da instrumentalidade do processo frente ao cenário político e social de seu tempo¹⁰⁸, deixando claro que:

Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação [...] Cada direito, em concreto (ou cada situação em que a existência de direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente, legitimam a disposição, chega-se à *vontade concreta da lei*, ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige ao caso em exame. Por isso é que, quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente *canalizam* a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. O comando concreto que emitem constitui mera *revelação* do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza.¹⁰⁹

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 186.

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 199-200.

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 179.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 187.

¹⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 22-26.

¹⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 47-48.

Nesses termos, a perspectiva sugerida gera reflexos na postura do juiz não só no que tange à impossibilidade de representar uma pseudo-carga axiológica, na medida em que deve solver as carências sociais que lhe forem postas, mesmo que deficientemente sustentadas, mas, sem dúvida, no seu próprio atuar no exercício da função jurisdicional uma vez que, para assumir essa posição, deve ele ser dotado de uma discricionariedade sem precedentes.¹¹⁰

Criticando diretamente o posicionamento de Dinamarco, assevera Nunes que

A legitimidade constitucional do sistema jurídico, em boa medida, dependeria, na ótica do autor, de procedimentos vocacionados à ampla obediência pelos cidadãos dos entendimentos encontrados pelos seus agentes estatais, sem uma participação adequada dos demais interessados, porque esta somente serve como colaboração para que o canal da carga axiológica (juiz) encontre uma decisão, de acordo com uma presumida ordem concreta de valores, que seja obedecida em situações ainda indefinidas, dentro de certos limites de tolerância. Ademais, o papel do magistrado, viabilizador e defensor dessa (presumida) ordem concreta e homogênea de valores garantiria a estes um desprezo ao legislador (com seus equívocos, fragilidades e instabilidades políticas), à lei (devido à debilidade de seu poder de expressão – Bülow – à sua indeterminação e má elaboração – Dinamarco, 2001, p. 294-295) e, especialmente, à argumentação das partes, uma vez que esta somente seria importante num segundo momento, após o juiz sensível expressar e captar “aquela” interpretação “correta” da “normatividade” extraída e produzida de acordo com a “melhor leitura”, por ele encontrada solitariamente, dos valores homogêneos de nossa sociedade (plural).¹¹¹

Esse arquétipo, nutrido pelo modelo do Bem-Estar Social, não mais se sustenta, uma vez que

[...] não se trata mais de realizar os *valores sociais*, quer via *escopos* (**Dinamarco**) ou essencialismos dicotômicos, que em certa medida concedem um conforto *Metafísico*, mas acolher no campo das práticas jurídicas a *viragem lingüística*, cujos efeitos retiram a carga axiológica do *processo*. O *processo* precisa de uma nova postura. A pretensão de **Dinamarco** de que o juiz deve aspirar os anseios sociais ou mesmo o espírito das leis, tendo em vista uma vinculação axiológica, moralizante do jurídico, com o objetivo de realizar o sentimento de justiça do seu tempo, não mais pode ser acolhida democraticamente.¹¹² (destaques no original)

Sob o viés do modelo constitucional de processo democrático, constata Leal que

[...] o **processo** não busca “*decisões justas*”, mas assegura as partes participarem isonomicamente na construção do provimento, sem que o impreciso e idiossincrático conceito de “**justiça**” da decisão decorra da clarividência do jul-

¹¹⁰ NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. p. 56.

¹¹¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. p. 144.

¹¹² ROSA, Alexandre Moraes da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. p. 71.

gador, de sua ideologia ou magnanimidade. Afasta-se desde logo ser o processo o “tema-ponte a interligar o processo civil com a justiça social” ou o modo de fazer aflorar toda uma problemática inserida em um contexto social e econômico, cuja solução coubesse à sapiência do juiz.¹¹³

Vislumbrando o nascente e o poente da querela dos escopos metajurídicos do processo, aponta Gonçalves:

Toda a polêmica questão dos escopos metajurídicos do processo deságua no Direito material. É o Direito material, construído ou reconstruído pelas partes em contraditório ao longo do procedimento, que é aplicado pelo juiz ao caso concreto submetido à sua apreciação. Na atuação deste Direito material é que se atenderá a “fins sociais” ou a “exigências do bem comum”, conforme determina o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942). Nisto não há qualquer escopo metajurídico do processo, mas aplicação, como critério de julgamento, do Direito material, que deverá regular a espécie. Não poderá, porém, o juiz vagamente invocar “fins sociais” da lei ou “exigências do bem comum” sem uma precisa e detalhada especificação de quais sejam estes “fins sociais” ou de qual seja o conteúdo daquilo a que chama de “bem comum”. É claro, mais que claro, que o “contraditório” permitirá que as partes influam na construção ou na reconstrução destes “fins sociais” ou destas “exigências do bem comum”, mas tudo com os olhos postos no direito substantivo, e que irá reger a solução da lide. Destarte, os escopos metajurídicos do processo são eminentemente jurídicos e, mais, pertinentes não a normas de processo, e sim a normas de Direito material (civil, administrativo, do trabalho, tributário, comercial...).¹¹⁴

Rebulindo o Papel do Juiz no Procedimento em Contraditório

Avindo da contribuição de Fazzalari, processo é identificado como procedimento em contraditório, dependente da efetiva participação das partes no interim processual, munidos de equivalente e paritário acesso às armas do jogo, visando preparar o provimento final.

Na atualidade, o conceito de contraditório progrediu para o de garantia de participação dos atores do processo com “[...] simétrica paridade de armas, no sentido de justiça interna no processo, de justiça no processo, quando as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdade às partes.”¹¹⁵

Destarte, como esclarece Gonçalves,

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material,

¹¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. p. 68.

¹¹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 188.

¹¹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 120

não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível.¹¹⁶

A essência do contraditório é a igualdade simétrica de oportunidades aos sujeitos processuais que suportarão os efeitos do provimento final. Seu objeto, contudo, é composto pelos temas atrelados aos atos processuais que compõem a atividade processual propriamente dita.¹¹⁷

Ademais,

O contraditório não é apenas “a participação dos sujeitos do processo”. 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.¹¹⁸

Ou seja, não obstante seja o juiz efetivamente um dos sujeitos processuais, sua participação no processo

[...] 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 contrárias, em divergência de pretensões sobre o futuro provimento que o *iter* procedimental prepara, em oposição. É 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.¹¹⁹ (destaques no original)

Nessa proposta, a figura do juiz, tanto como sujeito do processo quanto como funcionário do Estado, evidencia que sua participação não é de mero títular, estando vinculado às decisões proferidas no desenrolar do procedimento, especialmente àquela prolatada ao seu cabo. Outrossim, não obstante a condição de sujeito do processo, sua função não pode ser confundida com a das partes, simplesmente pelo fato de que não assume a condição de contraditor, própria dos litigantes, mas de terceiro, que será responsável pela regular condução do feito (com o asseguramento do contraditório efetivo) e do provimento final¹²⁰.

¹¹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 127.

¹¹⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 128.

¹¹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 120.

¹¹⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 121.

¹²⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. p. 71.

O juiz deve ser tido como o garantidor dos direitos processuais das partes, assegurando-lhes a participação na formação das decisões por meio da exteriorização do princípio do contraditório que, segundo Gonçalves¹²¹, se dá em dois momentos: primeiramente com o cumprimento do dever de informação, para que as partes possam exercer as posições jurídicas em face das normas processuais; e, em um segundo plano, que tal movimento processual seja possível, ou seja, facultativo e não obrigatório¹²².

O processo jurisdicional terá a finalidade de salvaguardar os direitos materiais se a sua existência for demonstrada no fluir do processo, quando então, acaso comprovada, o juiz deverá conceder a providência postulada, dentro dos limites que o ordenamento jurídico prevê¹²³. Logo,

O juiz tem o dever de se ater ao pedido e de se ater às espécies de medidas jurisdicionais autorizadas pela norma. Ele atua como órgão do Estado e fala pelo Estado, e, assim como não pode penetrar na esfera dos direitos dos jurisdicionados, para protegê-los, sem ser solicitado, não pode decidir além do que foi pedido pela parte, que tem a liberdade de dispor sobre os limites da proteção requerida. O juiz não pode impor medida não autorizada pelas normas porque, sendo órgão do Estado, tem o dever de cumprir o Direito legitimamente criado pela nação pela qual o Estado fala¹²⁴.

Considerações finais

A proposta do presente ensaio foi de analisar qual é (ou deve ser) o papel do juiz no processo compreendido como procedimento em contraditório, inserido em um Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Para tanto, demonstrou-se a falibilidade do quadro conceitual do século antecedente¹²⁵, que reduzia o processo a uma relação jurídica concebida como engrenagem na qual o Estado-juiz impunha sua posição de superioridade, relegando a segundo plano o debate processual.

Partindo de uma recomposição dos conceitos de jurisdição, processo e procedimento a partir da contribuição de Elio Fazzalari, verificou-se que as decisões judiciais (provimentos) devem ser pautadas em argumentos jurídicos oriundos

¹²¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 126.

¹²² ROSA, Alexandre Morais da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. p. 71.

¹²³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 173.

¹²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 173

¹²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 192.

da participação simétrica dos envolvidos, com paridade de armas e observância efetiva do contraditório.

Além disso, demonstrou-se que

Ao se admitir a separação entre o Direito material, para cuja apreciação o processo se desenvolve, nos casos em que o jurisdicionado pede a proteção do Estado, arguindo sua lesão ou ameaça, e o Direito Processual que disciplina o exercício do poder jurisdicional que, através do processo, apreciará o pedido e emanará o provimento, não se pode confundir a finalidade do processo com as diversificadas finalidades do Direito material, ou substancial.

E a finalidade do processo, compreendida em toda a extensão e profundidade em que se pode entender o princípio do contraditório, ressurgirá de sua própria instrumentalidade técnica. Não é ela pequena, estreita ou dispensável; ao contrário, é enorme, profunda e necessária.

Essa finalidade permite que as partes recebam uma sentença, não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente dos princípios ideológicos do juiz, não condicionada pela magnanimidade de um fenômeno *Magnaud*, mas gerada na liberdade de sua participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo.

A finalidade do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, na preparação de um provimento que irá produzir efeitos na universalidade dos direitos de seu destinatário, é a preparação participada da sentença. Os resultados dela não são desprezíveis. Por ela os homens e a sociedade, dotados de liberdade e de dignidade, poderão saber que têm um direito assegurado, que não são condenados e não têm seus supostos direitos rejeitados em nome de qualquer outro nome, a não ser em nome do Direito, do Direito que a própria sociedade formulou e do Direito cuja existência foi por ela consentida.¹²⁶

Delimitado o corte entre o direito material postulado e o direito processual, assim como pincelada a questão dos escopos metajurídicos do processo, “[...] não se pode confundir o papel do julgador com o dos jogadores. As decisões do julgador estão vinculadas às jogadas. Não pode ele, assim, tomar um lugar que não é seu, cabendo-lhe garantir o fair play, isso é, o jogo limpo.”¹²⁷ Cada jogador tem seu papel claramente desenhado no ordenamento jurídico, com atribuições específicas, considerando que a assunção de “[...] função processual que não é sua vicia o jogo. Na condução da partida processual deve o julgador evitar procrastinações e jogadas ilegais, advertindo os jogadores e declarando nulas as jogadas ilegais.”¹²⁸

De todo o conteúdo articulado e concatenado, depreende-se que a atuação do juiz, no processo constitucional democrático, merece especial atenção, de modo que deve o garantir os direitos processuais das partes “[...] sem participação na

¹²⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 188-189.

¹²⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª edição, 2013, p. 86-87.

¹²⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. p. 86-87.

gestão da prova [...]”¹²⁹ a fim de que o provimento final seja resultado da construção e debate entre os sujeitos processuais, jogadores, endoprocessualmente.

The role of the judge in the process understood as a procedure in contradictory: secession from the substantive law and procedural law in comparison with the rhetorical question of metajurídicos process scopes

Abstract

This article aims to analyze the role of the judge in the case understood as adversarial procedure seated on a democratic basis, while continuing instrumentalists of the proposal, based on the theory of legal relationship, who designs the magistrate safeguarding of social injustice. This intention, after brief contextualization and reconstruction of concepts of jurisdiction and procedure appropriate to procedural paradigm democratic state will be taken, scanning the contribution of Elio Fazzalari process as adversarial procedure, which only occurs when the judge prepares and leads respecting the procedural rights of the parties in order to take into account all relevant issues of fact and law raised in order that the outcome of proceedings is justified by what was built jointly by the subjects of the process in symmetric parity of arms without forgetting the limits of performance. The contradictory set on a democratic basis, will be seated the need to disjoin the substantive law and procedural law and assessed the issue of alleged social and political scopes of the process. From this perspective, a redefinition of the role of the judge treated as an integral subject of procedural democratic process framework will be proposed.

Keywords: Contradictory. Judge role. Procedure. Process. Procedural law. Secession. Substantive law.

¹²⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. p. 86-87.

Referência

- ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011. Título original: *Teoria della norma giuridica*.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8. ed. de Eliane Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1. ed. 2013.
- _____. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: LAMMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Processo civil em movimento – diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 104-116.