

Juiz contraditor?¹

Lúcio Delfino

Advogado. Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Panamericano de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Fernando F. Rossi

Advogado. Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Mestre em Direito. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Presidente da Primeira Seção do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Resumo: O presente ensaio distingue os fenômenos do contraditório e da colaboração. Aponta, ademais, o risco de trabalhá-los como se idênticos fossem, numa perspectiva que não apenas maximizaria demasiado os poderes do juiz, mas que também limitaria a ingerência das partes no âmbito processual.

Palavras-chave: Colaboração. Estado Democrático de Direito. Contraditório. Juiz contraditor.

Sumário: 1 Delimitação do estudo – 2 O contraditório em seu sentido dinâmico – 3 A estruturação do contraditório e a impossibilidade de um juiz contraditor – 4 Considerações finais – Referências

1 Delimitação do estudo

A proposta deste ensaio se limita a: (i) apontar os significados assumidos pelo contraditório no paradigma do Estado Democrático de Direito; (ii) esclarecer

¹ Palestra proferida em 09 de maio de 2013, por Lúcio Delfino, no *I Congresso Internacional de Processo Civil de Presidente Prudente*, na cidade de Presidente Prudente, SP, cuja coordenação científica coube aos professores Sergio Almeida Ribeiro e Alexandre Freire.

que apesar da renovação vivenciada, tanto as partes como o juiz possuem papéis bem definidos naquilo que diz respeito a esse direito fundamental; (iii) afastar a ideia de que o juiz é paritário no diálogo processual com as partes; (iv) refutar a impressão segundo a qual o contraditório implica deveres não só para o juiz mas também para as próprias partes; e, por fim, (v) assinalar que a *cooperação* deve ser trabalhada em sintonia com o caráter litigioso que distingue o objeto do processo, em respeito à liberdade das partes e sem desprezar que cada qual delas têm por alvo desideratos próprios e contrastantes entre si.

2 O contraditório em seu sentido dinâmico

É lugar comum em doutrina a reverência dedicada hoje ao *princípio do contraditório*. Por vezes, é situado em condição de superioridade *qualitativa* se comparado a outros direitos constitucionais,² ou ainda se lhe insere em lugar central no que tange aos contornos do próprio *processo*,³ sempre lhe confiando novos horizontes de significado, que renovam a sua importância e finalidade.⁴

² Essa é, por exemplo, a opinião de Leonardo Greco: “Hoje, o contraditório ganhou uma proteção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo. Ele é um mega-princípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões” (GRECO. *Instituições de processo civil*, v. 1, p. 540-541).

³ Assim pensa Fazzalari: “[...] o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) 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” (FAZZALARI. *Instituições de direito processual*, p. 118-119). Também segue entendimento similar Hermes Zaneti Júnior: “Logo, se o processo é *specie* e o procedimento é *genus*, se o processo é a espécie de procedimento adjetivada do contraditório (*autiatur et altera pars*) e da racionalidade prática procedimental (com a formação da decisão no iter discursivo), conseqüentemente não há dúvida de que o contraditório é o ‘valor-fonte’ do processo (qualquer processo), em particular do processo judicial. Significa dizer que a estrutura dialética é a *ratio distinguendi* entre o processo e o procedimento, e que sem contraditório não há processo [...]” (ZANETI JÚNIOR. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 194). Em igual sentido, a lição de Aroldo Plínio Gonçalves: “Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E 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

E, salvo engano, o *pano de fundo* dessa valorização experimentada relaciona-se umbilicalmente com a *legitimação do poder*. Um tema sensível que fere sobretudo o Judiciário, por se tratar de um órgão estatal, que a despeito de exercer importante função pública e cujas decisões afetam toda a coletividade — considerada individual, coletiva ou difusamente —, tem por regentes pessoas não eleitas pelo povo.

A atividade jurisdicional, em suma, não se ajusta ao regime da *democracia representativa* e, por isso, muitos veem nela um *déficit democrático*,⁵ pois não compreendem como uma minoria de juízes, *não eleita democraticamente pelo povo*, possui autoridade para se sobrepôr aos demais órgãos do poder, a exemplo do que ocorre quando, no exercício do controle de constitucionalidade, o Judiciário invalida leis e/ou atos normativos oriundos da atuação de representantes democraticamente eleitos. Como resume, de maneira lapidar, Roberto Gargarella ao indagar: “Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, não eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos) e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto, gozam de estabilidade em

seus interesses em relação ao ato final são opostos” (GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 68). Cite-se ainda a pena de Daniel Mitidiero: “O processo, que é necessariamente um procedimento em contraditório adequado aos fins do Estado Constitucional, reclama para sua caracterização a estruturação de um formalismo que proponha um debate leal entre todas as pessoas que nele tomam parte” (MITIDIERO. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p. 134).

⁴ Sobre a evolução dos significados do princípio do contraditório, consultar os seguintes trabalhos: DELFINO. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: DELFINO. *Direito processual civil: artigos e pareceres*, p. 29-80; GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*; MADEIRA. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*; MITIDIERO. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*; NUNES. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR.; JORDÃO (Coord.). *Teoria do processo: panorama mundial*, p. 151-172; OLIVEIRA. Garantia do contraditório; PINTO. *A causa petendi e o contraditório*; THEODORO JÚNIOR; NUNES. 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*; ZANETI JÚNIOR. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*.

⁵ Não é adequado resolver o problema segundo uma cômoda posição formalista, que atribui legitimidade à atividade jurisdicional porque a Constituição prevê a nomeação de juízes mediante concurso de provas e títulos (argumento normativo, formal, procedimental). Ainda que tal resposta não possa ser desprezada, é ela simplista e tangencial, pois negligencia o cerne da questão e, de tal modo, não colabora o suficiente para seu desenlace. Ou seja, afirmar que a Constituição é que determina a maneira pela qual os juízes são nomeados não esclarece, na essência, as razões pelas quais o poder jurisdicional, apesar de emanado do povo, não é exercido por intermédio de representantes eleitos (CF, parágrafo único do art. 1º, primeira parte). Tampouco responde como as decisões judiciais, proferidas por juízes não eleitos, detêm autoridade para invalidar atos legislativos e administrativos oriundos da atuação de representantes democraticamente eleitos pelo povo.

seus cargos, livres do escrutínio popular), possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?”⁶

É justamente o princípio do contraditório, encarado segundo matizes renovados, que serve de alicerce à construção de um raciocínio bastante elaborado, cuja tônica, ao mesmo tempo que afasta o argumento da ausência de legitimidade, possibilita ao Judiciário assumir-se como o mais democrático dos órgãos de poder. Um modo de pensar, portanto, capaz de atribuir o adjetivo *aparente* à tensão que alguns apregoam existir entre *democracia e jurisdição*.

Mas, afinal, que raciocínio é esse?

Trata-se de encarar o *processo* como *ambiente democrático*, considerar que os resultados dele oriundos não decorrem do labor solitário do julgador (*solipsismo judicial*),⁷ sendo também fruto do empenho dos demais sujeitos processuais (partes, por intermédio de seus advogados), que *participam* da construção do provimento jurisdicional do qual eles próprios serão os destinatários. Ainda segundo essa visão, é *dever* do juiz assegurar às partes a sua participação efetiva na criação da *norma jurídica pacificadora* (=expressão do poder estatal), circunstância à qual instala a jurisdição, com suficiente perfeição, no coração do parágrafo único do art. 1º (segunda parte) da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê a *democracia participativa* também como meio de legitimação democrática do poder estatal — “*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*”⁸. No Estado

⁶ GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, p. 9. Não escapa de Luiz Guilherme Marinoni esta questão: “O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade do controle da constitucionalidade da lei, funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar. Isso porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador — isto é, na técnica representativa. Por outro lado, os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo, embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na Constituição, que prevê a necessidade de concurso público para o ingresso na magistratura de 1º grau de jurisdição — de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal” (MARINONI. *Teoria geral do processo*, p. 431).

⁷ A expressão *solipsismo judicial* traduz-se num espaço subjetivo o qual se encontra blindado ao exercício pleno do contraditório, dele se originando decisões judiciais decorrentes do labor solitário do juiz, ao arrepio da necessária colaboração das partes. O *juiz solipsista* é aquele que se basta em si, egoísta, encapsulado, que atua solitariamente, pois compromissado apenas com a sua própria subjetividade. Para um aprofundamento acerca dos significados dessa expressão, verificar: DIAS; FIORATTO. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*; MADEIRA. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*; STRECK. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*

⁸ Cleber Lúcio de Almeida apresenta visão bastante similar a que ora se defende: “O Estado Democrático de Direito tem como característica essencial a criação das normas jurídicas gerais

Democrático de Direito o *contraditório* é, nada menos, que a *ponte de ouro* entre *jurisdição* e *democracia*.⁹

Vê-se daí que essa infusão de seiva democrática no âmbito da atividade judicial só se apresenta possível caso se encare o contraditório conforme feições que superem aquela de cunho meramente formal. É concebê-lo segundo seu sentido *dinâmico*, como se costuma ler em doutrina, e não mais aceitá-lo como mera garantia, endereçada aos litigantes, de *informação* acerca dos atos processuais que se sucedem no curso procedimental; tampouco traduzi-lo em simples direito de *resistir* a esses mesmos atos, mediante impugnações, produção de provas e contraprovas e requerimentos a serem registrados no caderno processual. Deve-se, insista-se na ideia, concebê-lo para além de suas feições formais a fim de assegurar às partes um ativismo de atuação que lhes permita *influir* nos conteúdos (fáticos e jurídicos)¹⁰ das decisões judiciais — as partes não apenas *participam* do processo, mas *animam* seu resultado.¹¹

e abstratas pelos seus destinatários (construção participada da ordem jurídica). Nesse sentido, estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República que todo poder emana do povo. Contudo, no verdadeiro Estado Democrático de Direito, não é suficiente a construção participada da ordem jurídica. Nele, o processo judicial, como instrumento de atuação de uma das funções do Estado, deve estar em sintonia com os princípios adotados constitucionalmente, dos quais decorre o direito fundamental de participação na tomada de decisões. Por essa razão, também a *norma jurídica concreta* — a norma regente do caso submetido ao Poder Judiciário ou o direito no caso concreto — deve ser construída com a participação dos destinatários dos seus efeitos (construção participada da decisão judicial ou do direito no caso concreto). A participação das partes na formação do direito no caso concreto opera em favor da consolidação do Estado Democrático de Direito, uma vez que ser senhor do próprio destino é participar não só da criação, mas também da aplicação das normas jurídicas gerais e abstratas a casos concretos". Mais à frente, leciona: "Participar da formação da decisão judicial é, também, participar da compreensão do significado das normas jurídicas gerais e abstratas (interpretação). Essa participação legitima a atribuição de significado à norma constante da decisão e a torna mais objetiva, uma vez que construída a partir de diversos pontos de vista" (ALMEIDA. A legitimação das decisões judiciais no Estado democrático de direito).

⁹ DELFINO. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: DELFINO. *Direito processual civil: artigos e pareceres*, p. 29-80. Aceitar o contraditório como *direito de influência* implica obrigatoriamente rever o conceito de jurisdição para atribuir-lhe novos contornos, afeiçoados ao marco do Estado Democrático de Direito. Nesse rumo, leciona André Cordeiro Leal, em sua tese de doutoramento: "[...] no Estado Democrático de Direito, em sua visão procedimental, não mais se poderia afirmar a jurisdição como atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em dizer o direito ou em aplicá-lo ao caso concreto, mas, sim, como o resultado necessário da atividade discursiva dos sujeitos do processo a partir de argumentos internos ao ordenamento" (LEAL. *Instrumentalidade do processo em crise*, p. 34).

¹⁰ Caso grave de lesão ao contraditório ocorre quando juiz conhece de controvérsia não suscitada na petição inicial — e, portanto, não impugnada pelo demandado —, decidindo a lide segundo *molde jurídico* (*enquadramento jurídico*) diverso daquele segundo o qual foi proposta. Assim agindo ulcera também de morte o denominado princípio da congruência, que vincula a decisão judicial à causa de pedir e ao pedido. Sob essa perspectiva, merecem revisão os brocardos *da mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia*. Atualmente não há como aceitar que a colaboração das

E ainda mais, como é até intuitivo — importante sublinhar —, o contraditório também assume outra função: controlar a atividade jurisdicional e os resultados

partes se restrinja ao material fático; deve igualmente ser observada no que concerne às matérias jurídicas. A decisão não pode, pois, surpreender as partes, nem fática, nem juridicamente. E mais uma observação: a vedação de decisões-surpresas naquilo que toca às matérias jurídicas deve ser trabalhada em atenção ao compromisso que possui o magistrado com a ordem jurídica. Daí se afirmar, sempre, que o contraditório impõe ao magistrado o dever de *aperfeiçoar* o contraditório, algo que deve ser realçado quando o que está em jogo é o debate do *enquadramento jurídico dos fatos*. Afinal, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de manejo da ação rescisória quando a sentença (ou acórdão) *violar literal disposição de lei* (CPC, art. 485, V). Isso apenas significa que o juiz não está autorizado a aplicar ao caso concreto solução decorrente de norma legal que não se ajusta à realidade fática; é que, se assim proceder, seja por qual motivo for, violará o ordenamento jurídico, maculando sua decisão com vício gravíssimo passível de rescisão.

- ¹¹ Esclarece Enrico Redenti que as partes têm o legítimo interesse de obter uma decisão e de influenciar, com aporte ou com a oferta de contribuições, tanto temáticas quanto informativas, demonstrativas, críticas ou polêmicas, a formação de seu conteúdo; o contraste dialético ou dialógico que deriva do contraditório fornece ao juiz, imparcial e prudente, os elementos necessários e suficientes (do ponto de vista da lei) sobre o tema e sobre o modo de decidir, com resultantes de relativa justiça (REDENTI. *Diritto processuale civile*, v. 2, p. 25-26). Nesse mesmo sentido, Daniel Mitidiero: “[...] exigir-se que o pronunciamento jurisprudencial tenha apoio tão-somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar significa evitar a decisão-surpresa no processo. Nesse sentido, têm as partes de se pronunciar, previamente à tomada de decisão, tanto a respeito do que se convencionou chamar questões de fato, questões de direito e questões mistas, como no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo. Fora daí há evidente violação à cooperação e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta, e ao contraditório” (MITIDIERO. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p. 136-137). Em linha semelhante, Dierle José Coelho Nunes: “Neste Estado democrático os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos provimentos (atos administrativos, das leis e das decisões judiciais), e este é o cerne da garantia do contraditório. Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, 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. Tal concepção significa que não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a idéia de que a participação das partes no processo pode ser meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial” [NUNES. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR.; JORDÃO (Coord.). *Teoria do processo: panorama mundial*, p. 151-172]. Assim pensa, por igual, o festejado processualista mineiro, Ronaldo Brêtas: “A nosso ver, esse considerado trinômio estrutural do contraditório — informação-reação-diálogo — que se instala na dinâmica do procedimento acarreta a correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais. Por consequência, no Estado Democrático de Direito, é esta forma de estruturação procedimental que legitima o conteúdo das decisões jurisdicionais proferidas ao seu final, fruto da comparticipação dos sujeitos do processo (juiz e partes contraditórias), gerando a implementação técnica de direitos e garantias fundamentais ostentados pelas partes” (DIAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 104).

dela oriundos e, deste modo, colaborar para o desígnio, igualmente democrático e legitimador, de obstar arbítrios provenientes do órgão jurisdicional.¹² Afinal, se o diálogo travado processualmente é pelo juiz considerado na formulação dos provimentos jurisdicionais, é evidente que o contraditório presta-se ao controle do poder estatal jurisdicional, legitimando-o mediante uma atuação balizada pelo devido processo legal, em deferência às expectativas alimentadas pelas partes ao longo do procedimento.¹³

Combate-se, com uma tal perspectiva, as incertezas, cerca-se a discricionariedade judicial, afronta-se a ausência de transparência e de previsibilidade, afastam-se às chamadas *decisões-surpresas* que só se coadunam com o arbítrio e, por

¹² Segundo Fredie Didier Jr., “falar em processo democrático é falar em processo equilibrado e dialógico. Um processo em que as partes possam controlar-se, os sujeitos processuais tenham poderes e formas de controle previamente estabelecidos. Não adianta atribuir poder, se não houver mecanismos de controle desse poder” (DIDIER JR. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 62).

¹³ Vale sublinhar que essas funções de suplementação dos poderes das partes e de controle da atuação do Judiciário estão em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, mais especificamente com o movimento denominado constitucionalismo, sobretudo em seus moldes contemporâneos. É nessa perspectiva a lição de Lenio Streck: “[...] o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania” [FERRAJOLI. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE (Coord.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, p. 64]. Também é essa a perspectiva defendida por Gustavo Calvino: “Bajo estas circunstancias, la democracia — siempre en sentido amplio y apuntalada a su vez por los límites y controles al poder que agrega el Estado de derecho — aporta valores que pueden afirmarse desde la seguridad que brinda una Constitución receptora del derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, queda el sistema orientado hacia el ser humano, hallando su proyección la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad, la paz, el diálogo, el respeto a la ley y los restantes derechos inherentes a la naturaleza humana” (CALVINHO. *La ineludible vinculación de la imparcialidad del juzgador a un concepto de proceso alineado con los derechos fundamentales*. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, p. 129-130). Na mesma toada, mas com enfoque no devido processo legal, leciona Calmon de Passos: “Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter direito de oferecer suas razões, a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar” (PASSOS. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*, p. 69-70).

consequente, dizimam o ideal democrático.¹⁴ Lado outro, suplementa-se o papel das partes e dos seus advogados no processo, fortifica-se a igualdade processual, além de valorizar a linguagem e discursividade, em resgate a algumas ideias caras defendidas na Grécia antiga pelos mestres sofistas.¹⁵

3 A estruturação do contraditório e a impossibilidade de um juiz contraditor

Assevera Daniel Mitidiero, na defesa de um “modelo cooperativo de processo civil”, que “o contraditório acaba assumindo [...] um local de destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa”.¹⁶ Em outro trabalho de sua lavra, agora escrito em coautoria com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o posicionamento é reafirmado: “[...] o juiz ocupa um duplo papel no processo: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. Vale dizer: ao longo do processo, o juiz faz observar e ele mesmo observa — isto é, submete-se — ao contraditório; quando decide, contudo, impõe a sua decisão, cuja imperatividade vincula as partes”.¹⁷

Pergunta-se: o que exatamente significa a alusão de que o juiz é *paritário* no diálogo processual,¹⁸ ou de que ele também não só faz observar, *mas igualmente observa*

¹⁴ Segundo pontua Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “deve ser energicamente descartada qualquer doutrina que sugira aos órgãos estatais (juízes e tribunais) o exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia que denominamos complexo de Magnaud” (DIAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 134).

¹⁵ Aqui a referência aos sofistas é feita de maneira elogiosa, em atenção ao legado positivo deixado por esses grandes mestres do embate discursivo. Bem diferentemente, portanto, da imagem que lhes era atribuída por Sócrates, Platão e Aristóteles, hoje muito questionada, que os viam como demagogos e falsos filósofos. Para um maior aprofundamento no tema: GUTHRIE. *Os sofistas*.

¹⁶ MITIDIERO. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p. 102.

¹⁷ OLIVEIRA; MITIDIERO. O direito fundamental ao contraditório e sua centralidade no processo coletivo. In: ASSIS et al. (Coord.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual*, p. 131.

¹⁸ Daniel Mitidiero, ao que tudo indica, usa a expressão *diálogo processual* com o propósito de se referir exclusivamente ao diálogo travado entre partes e juiz. Não estaria, assim, referindo-se ao contraditório em si mesmo, isto é, ao debate entre as partes, com a intenção de nele (=contraditório, debate entre as partes) incluir também a participação do juiz. O *diálogo processual* (=cooperação) seria para o mestre gaúcho um modo de distribuir poderes na *comunidade de trabalho*

o contraditório? Qual o sentido da afirmação de que o contraditório traduz-se em *instrumento para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo*? Estaria aí nessas lições a matéria-prima para se gestar a figura de um *juiz contraditor*?

Muito já se dedicou à tratativa dos juízes *ditador, diretor, espectador e administrador*, mas ninguém patrocinou, ao menos abertamente,¹⁹ a legitimidade de

entre “partes $\leftarrow \rightarrow$ juiz” e “juiz $\leftarrow \rightarrow$ partes”, e não entre parte $\leftarrow \rightarrow$ parte $\leftarrow \rightarrow$ juiz $\leftarrow \rightarrow$ parte. Ainda que tenha sido realmente essa a intenção do ilustre processualista — com a qual se concorda em sua plenitude —, crê-se, por razões adiante desenvolvidas, que: (i) não existe paridade no diálogo processual entre juiz e partes; (ii) o contraditório não implica deveres das partes para com o juiz.

¹⁹ É bem verdade que ninguém defende *abertamente* a possibilidade de um *juiz contraditor*. Não obstante, hoje em doutrina é prevalente o entendimento de que se deve incentivar um *protagonismo judicial* em matéria probatória a fim de tornar mais efetivo e justo o processo, além de assegurar a igualdade entre as partes. O próprio ordenamento processual, aliás, segue esse rumo (CPC, art. 130). Para os que assim pensam não haveria aí um risco à imparcialidade do julgador, desde que se respeitem alguns limites, entre eles o próprio contraditório (MATTOS. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*, p. 103-104; BRAGA. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*, p. 81-82; BEDAQUE. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 158-159). Entretanto, há nesse raciocínio uma armadilha muitas vezes não percebida: é que ao introduzir provas ao processo, o juiz, muito sutilmente, deixa de lado a sua condição de terceiro (*imparcialidad*) e passa a operar, ainda que inconscientemente, como verdadeira parte, ou como auxiliar de uma delas. E assim procedendo, atuando como deveria laborar a parte beneficiada pela prova, vulnera o contraditório, desequilibra o debate, tudo em prejuízo da contraparte, que agora terá que se voltar também contra o próprio magistrado. Portanto, a própria legislação brasileira — em artigo de lei concebido anteriormente à Constituição Federal de 1988 —, e também a doutrina, admite uma espécie de *juiz contraditor*: aquele que determina, de ofício, a produção de provas. Sobre o assunto, especificamente acerca da perda da qualidade de terceiro imparcial do juiz que no processo introduz oficiosamente meios de prova e da lesão ao contraditório que isso acarreta, adverte Girolamo Monteleone: “Nadie quiere un juez passivo e inerte, impotente espectador de las astucias de las partes y de suas defensores, pero sí se quiere evitar que el processo este permanentemente sustraído a la disponibilidad de los titulares de los intereses en juego para ser encomendado a un órgano autoritário e incontrolado, que produce resultados como los arriba ilustrados. Nadie quiera la injusticia y la ineficácia de la jurisdicción, pero precisamente, para evitar que ello ocurra, se requiere alejar diligentemente toda, aunque lejana, confusión de pepes en el processo; es decir, que el juez y las partes permanezcan siempre en su sitio. En efecto, como ha perfectamente escrito también Montero Aroca, atribuir al juez el poder de introducir de oficio médios de prueba en sentido estricto (no solo simples médios instructorios reconocitivos) significa exatamente atribuirle también el ropaje y los poderes de la parte. Si no hay duda de que el processo se resuelve en el contradictorio entre los contendientes y que éstos tienen el derecho y la carga de ofrecer al juez las pruebas de los hechos alegados en sostén de suas demandas, excepciones y defensas con la finalidade de que éste pueda rectamente decidir, no hay igualmente duda que encomendar también a él el impulso probatorio lo ponga en el mismo plano de la parte vulnerando el principio del contradictorio y el derecho de defensa. La parte, en efecto, actúa y se defende en juicio frente al adversário, no del juez, por lo que cuando entra en el ruedo, introduciendo a su discreción pruebas sobre hechos deducidos en litis, altera profundamente el contradictorio y perde su calidad más essencial y genética de terceiro imparcial. De tal modo, no solo se corrompen irremediavelmente la jurisdicción y el processo, sino que se abre el caminho a la arbitrariedade y a la injusticia” [MONTELEONE. El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del processo

um *juiz contraditor*. E advirta-se desde já: a expressão é naturalmente nada mais que um *recurso retórico*,²⁰ por aproximar ideias contrárias e apelar para o exagero como estratégia destinada a enfatizar os balizamentos do contraditório e apontar cada qual das funções das partes e do juiz naquilo que respeita a esse direito fundamental. Ou sob outra perspectiva: Alvaro de Oliveira e Mitidiero nem de longe defendem um *juiz contraditor* e o pensamento deles deve, isso sim, ser conhecido e apreendido, pois se afina ao paradigma do Estado Democrático de Direito por propor uma oxigenação democrática necessária no âmbito do processo judicial.²¹

civil. In: MONTERO AROCA (Coord.). *Proceso civil y ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, p. 173-197]. Em termos diversos, porém pontuando sua contrariedade com os chamados poderes instrutórios do juiz, leciona Pontes de Miranda: "Dar ao juiz o direito de ordenar produção de testemunhas que as partes não ofereceram, ou mandar que se exibam documentos, que se acham em poder da parte, e não foram mencionados pela parte adversa, ou pela própria parte possuidora, como probatórios de algum fato do processo, ou deliberar que uma das partes preste depoimento pessoal, é quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal" (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, p. 514). Numa perspectiva diversa, vale aqui a lembrança do primoroso estudo, elaborado por Dierle Nunes, em que resgata os traços do *movimento da socialização processual*, ocorrido no segundo pós-guerra, especialmente nos países do Leste Europeu e sob a inspiração do sistema processual soviético (URSS). De suas conclusões sobressai uma espécie perigosíssima de juiz contraditor, que tudo podia e tudo devia fazer àquele tempo em nome dos ideais estatais. Leciona o mestre mineiro, com apoio na doutrina de Comoglio: "A adoção de poderes oficiosos do julgador ganhou uma dimensão que nem mesmo Menger imaginara, uma vez que, além do modelo convencional de ativismo judicial, permitiu-se àquele a não-vinculação às alegações e provas deduzidas pelas partes, estando autorizado a suscitar de ofício aspectos fáticos e questões relevantes para a decisão, podendo, inclusive, decidir ultra petita e atribuir formas de tutela não requeridas que considerasse mais apropriadas ao caso em discussão" (NUNES. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 110-111).

²⁰ Aqui a expressão *juiz contraditor* é utilizada figurativamente; uma *imagem* cujo propósito é servir de expediente para *convencer*. O ideal, por conseguinte, seria que permanecesse no *plano da imaginação*. Mas isso não ocorre, infelizmente. O fantasioso, vez ou outra, materializa-se, tornando-se uma palpável (e incoerente) realidade: o *juiz contraditor* não é mero personagem de quadrinhos. Em nota de rodapé anterior já se aludiu ao art. 130 do Código de Processo Civil que, ao atribuir poderes instrutórios ao juiz, transforma-o num contraditor, em desprestígio a alguns direitos fundamentais processuais integrantes do devido processo legal (contraditório, juiz natural, igualdade). Mas há outros exemplos dessa anomalia. A pretexto de limitar e corrigir contratações de natureza privada, envolvendo honorários entre advogados e seus clientes, alguns juízes trabalhistas do Rio Grande do Sul têm condicionado a homologação de acordos judiciais à renúncia da cobrança de honorários por parte dos advogados. Há casos em que os juízes fazem inserir, *por sua própria iniciativa*, nos termos de conciliação e em decisões judiciais, a "cláusula" de que os honorários contratuais não serão devidos (OAB-RS reage contra intromissão de juízes em honorários. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 24 ago. 2012). Sem contar os variados desvios ao ordenamento jurídico que daí se infere (problemas relacionados à competência, à lesão ao direito de ação e ao princípio do juiz natural), o exemplo ilustra a presença entre nós de juízes que agem como se partes fossem, pequenos déspotas que marcam, com a sua própria vontade e subjetivismo, acordos cuja característica mais relevante haveria de ser a liberdade das partes.

²¹ Entretanto, não se crê acertada a afirmação feita pelos mestres no sentido de que o juiz encontra-se em posição de paridade com as partes no diálogo processual.

Mas por que é inconcebível um *juiz contraditor*? O tema não é de todo novo e já fora objeto dos estudos de Elio Fazzalari,²² Aroldo Plínio Gonçalves²³ e, mais recentemente, resgatado por Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini²⁴ e Kelen Cristina Fonseca de Sousa.²⁵ A indagação que se coloca é: em seu papel de garantir às partes oportunidades no exercício do contraditório, assegurar o direito delas de igual participação, oportunizar o debate sobre todas as questões surgidas ao longo do feito, enfim, essa participação ativa do juiz no *iter* processual o transforma também em um *contraditor*?

A resposta só poderia ser negativa. No debate processual o juiz não se situa em posição paritária com as partes simplesmente porque não é *destinatário* dos atos decisórios. Não é *contraditor* e sim um estranho no que tange aos interesses em contenda, não sendo parte interessada naquilo que se discute no processo; é o autor do provimento, não o seu alvo.²⁶ É *terceiro imparcial*, não *parte parcial*. O contraditório é exercido unicamente pelos contraditores (leia-se partes e seus advogados), aqueles que se digladiam ao longo do processo, defendem suas razões fáticas e jurídicas, produzem provas e contraprovas e que são titulares de posições jurídicas ativas e passivas perante o órgão jurisdicional, envolvidos na causa por seus próprios, parciais e pessoais interesses.

A expressão *juiz contraditor* denota então — reafirme-se em outros termos — um *oximoro*: aproxima conceitos que não combinam, com significados opostos e que verdadeiramente se repelem; onde se situa um, o outro não se ajusta.²⁷ Afinal, é incoerente pensar naquele que representa o Estado e cuja função

²² FAZZALARI. *Instituições de direito processual*.

²³ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*.

²⁴ PELLEGRINI. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*.

²⁵ SOUSA. *O princípio do contraditório: uma reconstrução sob a ótica do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Não publicada.

²⁶ Nessa linha, o discurso de Fazzalari: FAZZALARI. *Instituições de direito processual*, p. 121-124. Aroldo Plínio Gonçalves, por sua vez, adverte que o juiz colabora, enquanto sujeito do processo, do diálogo que deve resultar a decisão para o caso concreto, mas isso “não o transforma em contraditor, ele não participa ‘em contraditório com as partes’, entre ele e as partes não há interesses em disputa, ele não é ‘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. [...] O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, 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” (GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 121-123).

²⁷ Alguns exemplos de oximoros: *melodia calada, instante eterno, luz escura, visão cega, triste glória, vida morta, fogo gelado...*

é solucionar o conflito, defendendo, ele próprio, teses, formulando argumentos e produzindo provas, avançando rumo a uma participação de matriz exageradamente inquisitorial (e inconstitucional). Para dizer o óbvio: o juiz não é paritário no diálogo processual com as partes porque, se caso o fosse, a posição de terceiro e a imparcialidade psicológica que o distinguem restariam prejudicadas,²⁸ em atestado mortal ao *princípio do juiz natural*,²⁹ que também integra os contornos do devido processo legal.

²⁸ Alvarado Velloso apresenta a distinção entre *imparcialidad* e *imparcialidad*. Segundo leciona, “la idea de imparcialidad indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)” (VELLOSO. *El garantismo procesal*, p. 20-21). Também sobre a temática, Gustavo Calvino: “Retomando el examen conceptual, juntamente con la independencia de los poderes institucionales y no institucionales debe buscarse la imparcialidad intrajuzgado, lo que significa — desde lo objetivo — que el órgano que va a juzgar no se encuentre comprometido por sus tareas y funciones ni con las partes — imparcialidad — ni con los intereses de las partes — imparcialidad. De esta forma se va a lograr entonces el famoso triángulo de virtudes del órgano jurisdiccional que son imparcialidad, imparcialidad e independencia. La autoridad imparcial es aquella que no se involucra en el debate rompiendo el equilibrio y sustituyendo o ayudando a los contendientes en sus actividades específicas, como pretender, ofrecer prueba y producirla. Este elemento, por consiguiente, se relaciona con la actividad de procesar y el respeto a los roles de los litigantes y a las reglas preestablecidas de debate. La independencia, en cambio, marca el respeto por la libertad de decisión, sólo limitada en cuanto a la obediencia al ordenamiento jurídico, sin que se acepten presiones, órdenes o sometimiento a otros poderes institucionales o no institucionales — como grupos económicos o medios masivos de comunicación — sean o no sujetos del proceso. Un correcto sistema de designación y remoción de los jueces y ciertas garantías de intangibilidad de remuneraciones, permanencia e inamovilidad en sus funciones ayudan en este aspecto” (CALVINHO. La ineludible vinculación de la imparcialidad del juzgador a un concepto de proceso alineado con los derechos fundamentales. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*).

²⁹ Como forma de impor freios à atividade estatal jurisdiccional e evitar possíveis arbítrios, instituiu-se, também como *cláusula pétrea*, o direito fundamental de *proibição do juízo ou tribunal de exceção* (ou, simplesmente, *princípio do juiz natural*). Representa, destarte, mais uma engrenagem que compõe o complexo mecanismo de legitimação e controle da atividade jurisdiccional e do seu resultado — *legitimação pelo devido processo legal*. De uma maneira singela, o princípio traduz a ideia de que o órgão jurisdiccional, devidamente investido no cargo, e as regras de competência, às quais se encontra vinculado, não de preexistir aos fatos envolvidos no julgamento, jamais, então, concebidos a partir deles. Afiançam-se, com isso, as diretrizes da *imparcialidade* e da *independência* do órgão judiciário, além de robustecer a garantida de *igualdade* entre as partes. Ao afirmar que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente* (CRFB, art. 5º, LIII), o constituinte estabeleceu uma condição prévia para validar a atuação do Estado-juiz. A atividade jurisdiccional, assim, se legitimará não pela presença de qualquer autoridade, mas apenas pela da autoridade jurisdiccional, preconcebida conforme os ditames constitucionais, e cuja *competência* já se encontre antecipadamente estabelecida no ordenamento jurídico. Enfim, a jurisdição se legitima desde que presidida por um *juiz constitucional*, isto é, aquele que, além

Pense-se, ademais, que o contraditório é um direito fundamental e, como tal, sua observância (=dever de respeito, de atenção) cumpre ao Estado, especificamente ao Juiz que o representa no âmbito do processo judicial.³⁰ E uma vez destinado (i) a conferir às partes efetivas possibilidades de participação no debate travado processualmente e (ii) de influência na construção das decisões públicas dali emergidas, além (iii) de protegê-las contra excessos eventualmente praticados pelo órgão jurisdicional, não há mesmo racionalidade em enxergar o contraditório como algo que cumpre também ao juiz exercitar como se contraditor fosse. Sobretudo na ótica do seu papel protetivo, traduz-se em direito-poder nas mãos das partes,³¹ cuja finalidade — como já esclarecido alhures — é justamente demarcar e controlar a atividade jurisdicional. Num *método de trabalho* iluminado pelo devido processo não há, por conseguinte, espaço para o emparelhamento de posições entre juiz e partes (leia-se: “contraditor-decisor” e contraditores-destinatários), pois isso significaria o esvaziamento de direitos fundamentais processuais essenciais à legitimação da atividade jurisdicional, entre eles o próprio contraditório.

de prévia e legitimamente investido no poder jurisdicional, é o autorizado, mediante regras de competência antecipadamente positivadas em abstrato, a atuar em dada circunstância e num específico caso concreto. Também se constata a mesma intenção do constituinte quando afirma que *não haverá juízo ou tribunal de exceção* (CRFB, art. 5º, XXXVII): tal dispositivo reforça a vedação da admissão de órgãos jurisdicionais criados *ex post facto*, cuja essência se prende à preocupação implícita de assegurar não só a *independência* e a *imparcialidade* do juiz, mas também a própria *igualdade* das partes no curso do procedimento judicial. Há de se lembrar, sempre, que num Estado Democrático de Direito, no qual o exercício do poder não se resume a uma atividade solitária do juiz — já que oriunda da participação de todos os atores processuais (partes e juiz) —, seria mesmo inconcebível admitir-se a criação de órgão jurisdicional — ou mesmo de regras de competência — depois de ocorrido o fato a ser julgado, sobretudo pela alta dose de autoritarismo que essa circunstância representaria, sabe-se lá viciada por quais interesses escusos e inescrupulosos do Estado ou mesmo de grupos de interesses a ele vinculados.

³⁰ Não se ignora a possibilidade de os direitos fundamentais protegerem eventualmente o próprio Estado. Afinal, não obstante em sua origem terem por titularidade as pessoas naturais, limitando a atuação do Estado em prol do indivíduo, com a evolução dos tempos as Constituições asseguraram direitos fundamentais também às pessoas jurídicas e, depois, às pessoas estatais. Isso, entretanto, não autoriza a ilação de que todo e qualquer direito fundamental tem como titulares pessoas naturais, jurídicas e estatais, uma vez que alguns deles encontram-se restritos a determinadas classes. No que diz respeito ao contraditório, sua titularidade atinge todo aquele que se encontra na situação de parte, indistintamente, seja indivíduo, pessoa jurídica ou ente estatal. Nem é necessário dizer que o juiz não se situa no âmbito processual como parte, mas, sim, como autoridade jurisdicional, representante do Estado, equidistante dos litigantes e sem qualquer interesse pessoal no litígio.

³¹ Para José Carlos Barbosa Moreira o conteúdo da garantia do contraditório traduz-se em fonte dos poderes das partes no âmbito do procedimento [MOREIRA *apud* RICCI. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX; NERY JR.; WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 495-499].

Noutro giro, o contraditório não torna os sujeitos processuais paritários no diálogo processual, como se estivessem em posições equivalentes, de equilíbrio, em harmonia ou simetria, porque decorre de um *preceito normativo* cuja eficácia é *relacional* (CF/88, art. 5º, LV - “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”) e, como tal, precisamente por engendrar uma *relação jurídica*,³² enlaça o direito das partes com o dever do juiz (bilateralidade

³² Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, em sua original obra *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, analisam pormenorizadamente o *fato jurídico processual*. Elucidam que a norma, enquanto *proposição*, prevê *hipoteticamente* fatos de possível ocorrência no mundo — fatos ou conjuntos de fatos previstos *abstratamente*, cuja denominação corrente é “suporte fático”. Quando aquilo que está previsto na norma se concretiza, dá-se a *incidência*, e o fato passa a ser considerado *jurídico*. É então a partir da ideia de *fato jurídico* como produto da *incidência* da norma sobre seu *suporte fático* que se separa *mundo dos fatos* e *mundo jurídico* — o *mundo jurídico* traduz-se no conjunto delimitado pelos fatos que adquiriram, em razão da *incidência*, relevância para o direito. Essas as suas palavras: “pela juridicização do fático, o direito adjetiva os fatos para serem considerados jurídicos e assim tecerem o mundo jurídico”. Dessa premissa, por conseguinte, decorre a divisão do *mundo jurídico* em três planos distintos: *existência* (entram todos os fatos jurídicos, sem exceção), *validade* (restrito aos fatos jurídicos caracterizados pela relevância da vontade no suporte fático; os atos jurídicos *lato sensu*); e *eficácia* (incluem-se os fatos jurídicos aptos a produzirem seus efeitos típicos) (DIDIER JR.; NOGUEIRA. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, p. 26-27). No que tange propriamente ao *plano da eficácia*, Didier e Nogueira pontuam que as *situações jurídicas* são um tipo de *eficácia jurídica*, vale dizer, são *categorias eficaciais*, que não obstante pressuporem um fato jurídico, já estavam previstas *em abstrato* no conseqüente, ou no preceito, da norma. E, para os mestres, as *situações jurídicas*, encaradas *lato sensu*, “abarcam todo o tipo de eficácia jurídica, inclusive a *relação jurídica*, que é a mais importante das categorias eficaciais”. As *relações jurídicas* seriam, pois, espécie de *situação jurídica*, normalmente produzidas pelos fatos jurídicos, e que para existirem pressupõem: (i) a vinculação de, pelo menos, dois sujeitos (princípio da intersubjetividade); (ii) um objeto (princípio da essencialidade do objeto); (iii) com correspectividade de direitos, deveres e demais categorias coextensivas (pretensão, obrigação etc.) (princípio da correspectividade de direitos e deveres) (DIDIER JR.; NOGUEIRA. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, p. 119-120). Ainda mais precisamente, lecionam: “O traço característico da relação jurídica está na circunstância de que ela vincula, pelo menos, dois sujeitos de direito a respeito de um objeto, tendo como conteúdo mínimo um direito (prestacional ou potestativo) e a sua correlata situação jurídica passiva (dever ou estado de sujeição), além de suas respectivas extensões, como as pretensões, ações, obrigações, e situação de acionado” (DIDIER JR.; NOGUEIRA. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, p. 128). Segundo se pensa, é esse o caso do preceito constitucional que dispõe sobre o contraditório: ele estabelece uma relação jurídica. Reza o art. 5º, LV, da Constituição que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo [...] são assegurados o contraditório e a ampla defesa [...]”. Ora, o contraditório é previsto como eficácia jurídica da incidência do suporte fático do aludido enunciado normativo. Basta, portanto, ser litigante, em processo judicial ou administrativo (*incidência do suporte fático*), para que o contraditório seja assegurado (eficácia jurídica). É o contraditório uma *situação jurídica relacional*, a envolver, de um lado, o Estado-juiz, a quem cumpre o *dever* de assegurar aos litigantes o contraditório, e, de outro, os litigantes (demandante e demandado), que *detêm* o direito de exercer o contraditório. Em tal perspectiva, não há como vislumbrar *paridade entre juiz e partes* no diálogo processual decorrente do contraditório — o diálogo processual que caracteriza o

e imperatividade).³³ Detém, sobretudo, como se diz, caráter deontológico, gera sujeições por prescrever algo de forma obrigatória.³⁴ *Especificamente, impõe uma conduta de observância ao Estado-juiz em favor do direito de os litigantes exercerem sua ampla defesa em seu significado dinâmico,*³⁵ *estabelece entre eles, obrigado e destinatários, uma relação de imperatividade, envolve direito e deveres.* Essa relação imperativa, que faz parte da disciplina daquilo que se denomina *processo*, não é paritária, mas assimétrica, ou seja, desigual, por implicar subordinação ou sujeição: de um lado encontra-se o Estado-juiz, terceiro imparcial com deveres a cumprir para assegurar o contraditório em toda a sua amplitude; de outro, as partes, que têm a faculdade de exigir e fiscalizar justamente os tais deveres decorrentes da norma constitucional.³⁶

contraditório é algo que diz respeito *exclusivamente* às partes (e seus advogados). Tampouco é apropriado afirmar que o contraditório implica deveres de conduta (de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio) também para as partes — os deveres de conduta oriundos do contraditório são *unicamente* do juiz para com as partes. Ou em outros termos: o contraditório pode ser encarado como a eficácia jurídica (de cunho relacional) proveniente da incidência do suporte fático do art. 5º, LV, da Constituição, isto é, uma *situação jurídica* de perspectiva dupla (*relação jurídica processual*), porque engendra *deveres* para o Estado-juiz (*situação jurídica passiva*) e direitos para as partes (*situação jurídica ativa*).

³³ GUSMÃO. *Introdução à ciência do direito*, p. 69.

³⁴ Afirmar que os princípios constitucionais — em especial o contraditório — detém caráter deontológico não quer significar desprezo ao seu caráter axiológico. Nessa linha, elucida André do Vale Rufino, em apego aos ensinamentos de Habermas: “Pode-se dizer então que as normas apresentam uma dupla face: por um lado, determinam o que é devido (elemento normativo, diretivo, imperativo, isto é, deontológico); por outro, contêm um juízo de valor ou critério de valor (de justificação ou de crítica) sobre o que é devido (elemento valorativo ou axiológico). Os elementos deontológico e axiológico representam, por assim dizer, as duas faces de uma mesma norma” (RUFINO. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*, p. 160).

³⁵ Equivocam-se aqueles que pensam que o direito fundamental à ampla defesa é algo inerente apenas àqueles que se encontram no polo passivo da relação jurídica processual. Bem diferentemente, trata-se de um direito fundamental conexo ao contraditório, cujos destinatários são demandante e demandado, voltado a permitir que ambos exercitem amplamente suas posições jurídicas ao longo do processo, desenvolvam e debatam as suas teses, produzam provas e contraprovas etc. Aliás, a literalidade do art. 5º, LV, da Constituição, não deixa dúvidas quanto aos destinatários da ampla defesa e também do contraditório: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

³⁶ Daniel Mitidiero não nega essa imperatividade decorrente do princípio do contraditório. Em artigo escrito para responder algumas críticas formuladas por Lenio Streck, esclarece o processualista quais as consequências do não atendimento aos deveres de colaboração: “[...] inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, CF/1988), possibilidade de responsabilização judicial (art. 133, CPC) e, especificamente no caso de dever de auxílio, possibilidade de multa punitiva à parte que, indiretamente, frustra a possibilidade de colaboração do juiz para com a parte contrária (art. 14, CPC)”. E continua: “O juiz que se omite no cumprimento de seus deveres de cooperação viola o direito ao processo justo. Os deveres de esclarecimento,

Sublinhe-se, por fim, que o entendimento ora esposado distancia-se daquela visão, defendida por autores como Vittorio Denti, para quem o *debate travado processualmente entre as partes e a cooperação que envolve juiz e partes* seriam ambas expressões do contraditório.³⁷ Também não se aceita que a melhor linha de raciocínio seja aquela defendida por Edoardo Ricci, que não enxerga a colaboração entre juiz e partes como decorrentes do contraditório.³⁸ Defende-se, isso sim, o posicionamento que encara os chamados “deveres de colaboração”³⁹ como oriundos do contraditório, provenientes da sua observância pelo Estado-juiz, cuja implementação se destina a permitir um julgamento mais acertado em atenção às questões fáticas e jurídicas debatidas ao longo do processo.⁴⁰ Essa perspectiva,

de diálogo e de prevenção, como se resolvem em deveres que o juiz pode cumprir independentemente de qualquer conduta a ser adotada pela parte contrária perante a qual tem o dever de colaborar, podem gerar responsabilização do juiz por ausência (art. 133, CPC). Já o dever de auxílio, que muitas vezes depende de determinado comportamento da parte contrária para que o juiz possa colaborar com a outra, dá lugar à possibilidade de o órgão jurisdicional sancioná-la por descumprimento de seu dever de obediência ao juízo (art. 14, CPC)” (MITIDIERO. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*?: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, p. 55-69). Parece claro que a maioria dessas consequências decorrem justamente da normatividade que caracteriza o contraditório, sobretudo de sua face deontológica, que une partes e juiz numa relação que envolve direitos e deveres. E, frente a esses deveres destinados a concretizar um direito (fundamental) daqueles que litigam no âmbito judicial, crê-se realmente que não é adequado defender uma atuação paritária no diálogo processual entre partes e juiz. Eles, partes e juiz, não atuam nessa engrenagem em igualdade, mas, sim, em posição de subordinação, de sujeição.

³⁷ MOREIRA *apud* RICCI. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX; NERY JR.; WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 495-499.

³⁸ Essas as palavras exatas de Edoardo Ricci quanto ao ponto: “À luz dessas premissas, o problema da definição do contraditório como garantia fundamental pode ser abordado com clareza. Evidentemente, tal garantia concerne aos poderes das partes no processo. Mas, por outro lado, diria respeito à sua cooperação com o juiz, na busca da solução mais justa e, ainda, à cooperação do juiz com as partes por razão de solidariedade? Acreditamos que não. A busca de decisão mais justa mediante debate das partes e a solicitação do juiz como cooperação não dizem respeito ao contraditório como garantia, mas à sua utilização em razão de outras finalidades” [RICCI. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX; NERY JR.; WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 495-499].

³⁹ Fala-se muito hoje em “princípio” da colaboração (ou da cooperação), tanto na doutrina nacional como na estrangeira. Crê-se, todavia, acertada a crítica de Lenio Streck no sentido de que não há propriamente um “princípio” da cooperação”. O que existem, acredita-se, são *deveres* do magistrado para com as partes *decorrentes* da norma legal que prevê o contraditório. Sobre o embate doutrinário sobre ser ou não a cooperação um princípio, é válido consultar: STRECK. *Verdade e consenso*, p. 485; MITIDIERO. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*?: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*.

⁴⁰ Apesar de o contraditório ser um direito fundamental processual, cujo exercício cabe às partes, decorrem dele *deveres* dirigidos ao juiz. O juiz não exerce o contraditório, mas está obrigado a assegurar o seu exercício pelas partes e também *prima* pelo seu aprimoramento. É nessa perspectiva que se pode concluir que a ideia de colaboração do juiz para com as partes *advém*

por certo, não significa ampliar os contornos do contraditório para admitir em seu núcleo conceitual a participação paritária do juiz, mas apenas aceitar que seus reflexos implicam deveres correlatos ao Estado-juiz necessários à sua adequada concretização.

4 Considerações finais

De tudo o que foi aqui trabalhado, arremate-se com as seguintes conclusões:

1 Na atualidade não mais se concebe o contraditório mediante feições meramente formais. Para além do binômio *informação-reação*, hoje surge como um direito de *influência* na construção do provimento jurisdicional, pautado num viés exegético mais consentâneo aos ideários constitucionais, em especial à concepção de democracia.

2 Esse vigor democrático que se imputa atualmente ao contraditório, de outro lado, eleva sobremaneira a sua importância de controlar a atividade jurisdicional e o seu resultado. Afinal, a imperatividade proveniente da norma fundamental obriga o juiz a curvar-se diante dela, a respeitar seu conteúdo substancial, a observá-la em atenção principalmente aos seus novos matizes. Isso somente quer significar mais segurança jurídica, transparência e previsibilidade, vale dizer, representa uma garantia no sentido de que se encontra vedada a produção de decisões judiciais em desatenção à dialética processual, decorrente do labor solitário do julgador (=solipsismo judicial).

3 O juiz tem o dever de assegurar o contraditório e de provocar o seu amadurecimento. Isso, contudo, não o torna um contraditor porque não é destinatário dos atos decisórios. É *terceiro imparcial* e não *parte parcial*. Enfim, o contraditório é um tributo à liberdade das partes no processo — exercitada segundo os limites da lei, naturalmente —, um coringa que lhes avaliza a autoridade do seu discurso, do seu labor argumentativo e probatório em prol de seus interesses pessoais, a garantia de que a decisão judicial seguirá um rumo previsível, alheio à surpresa, estranho a raciocínios *solipsistas*. É um direito em favor dos litigantes contra o arbítrio estatal

do contraditório, não significando isso, todavia, a legitimação de um *juiz contraditor*, que atue no âmbito processual em paridade com as partes. Salvo engano, Dierle Nunes encampa entendimento semelhante: “No entanto, na ótica democrática, o contraditório vem reassumir o seu papel de fomentador e garantidor da comparticipação e do debate, ao ser encarado em perspectiva normativa”. E conclui: “Seria, assim, resgatado o seu papel fundamental no dimensionamento processual, de forma a assegurar a influência dos argumentos suscitados por todos os sujeitos processuais e garantir que, nas decisões, não aparecessem fundamentos que não tivessem sido submetidos ao espaço público processual” (NUNES. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 258).

por assegurar que o poder jurisdicional exerce-se segundo ditames democráticos e, portanto, baliza-se pelo debate, pelo labor discursivo e probatório das partes.

4 O contraditório traduz-se em direito fundamental e, deste modo, sua observância (=dever de cumprimento, de respeito) cumpre ao juiz, que representa o Estado no âmbito do processo judicial. Atribuir ao julgador a qualidade de contraditor significaria o esvaziamento da importância desse direito fundamental, especialmente naquilo que diz respeito à sua esfera protetiva, destinada a resguardar as partes contra os efeitos deletérios oriundos de eventuais arbítrios judiciais.

5 Também o ordenamento jurídico alienígena, normalmente citado para sustentar a nova feição dinâmica conferida ao contraditório, não autoriza — e nem poderia ser diferente — uma exegese inclusiva, que coloque o juiz na posição de contraditor. O que está positivado ali — nas legislações francesa, portuguesa e alemã — é uma estrutura de colaboração envolvendo os sujeitos processuais, todos concorrendo “para obter, com brevidade e eficácia a justa composição do litígio” (Código de Processo Civil português, art. 266). Estrutura-se, portanto, uma *comunidade de trabalho*⁴¹ cuja finalidade é regulamentar o diálogo entre juiz e partes, algo bem diferente que inserir todos num mesmo patamar, como se o primeiro exercesse juntamente com as últimas o contraditório, debatendo teses, argumentando e rebatendo argumentos, produzindo provas e contraprovas etc.

6 Juiz e partes não são paritários no diálogo processual. Não é adequado afirmar que o juiz participa do contraditório ou o exerce, pois o que lhe cumpre é tão somente assegurá-lo e aprimorá-lo o mais amplamente possível. Por decorrer de um preceito normativo cuja eficácia é relacional, o contraditório impõe ao juiz uma conduta (=deveres) em favor das partes: o papel do magistrado é atuar a fim de possibilitar aos antagonistas o exercício pleno e dinâmico de sua ampla defesa. *O que daí se origina é, pois, uma relação jurídica, por enlaçar os deveres do juiz aos direitos das partes, de perceptível imperatividade, encontrando-se as últimas em posição privilegiada com relação ao primeiro.* No diálogo processual a posição de protagonistas cabe aos litigantes com exclusividade; o juiz não age em paridade com eles, mas, sim, em prol do aperfeiçoamento do contraditório, em posição de sujeição em relação às partes.

⁴¹ A expressão *comunidade de trabalho* denota que o processo é método *civilizado* destinado a resolver *conflitos de interesses*, que se presta, sobretudo, a legitimar (e controlar) a jurisdição e os seus resultados. Contudo, rotular o processo de *comunidade de trabalho* ou de *método civilizado de diálogo* não significa desconsiderar que em seu bojo o que há é verdadeiramente um litígio entre dois antagonistas, que buscam a vitória mediante o alcance de objetivos diversos, parciais e singulares.

7 De forma mais técnica: reza o art. 5º, LV, da Constituição que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo [...] são assegurados o contraditório e a ampla defesa [...]”. O contraditório corresponde à eficácia jurídica decorrente da incidência do suporte fático do aludido enunciado normativo. Basta, portanto, ser litigante, em processo judicial ou administrativo (*incidência do suporte fático*), para que o contraditório seja assegurado (eficácia jurídica). É o contraditório uma *situação jurídica relacional*, a envolver: de um lado, o Estado-juiz, a quem cumpre o *dever* de assegurar aos litigantes o contraditório; de outro, os litigantes (dante e demandado), que *detêm* o direito de exercer o contraditório. Daí é que se conclui: (i) não há como vislumbrar *paridade entre juiz e partes* no diálogo processual decorrente do contraditório — o diálogo processual que caracteriza o contraditório é algo que diz respeito *exclusivamente* às partes (e seus advogados); (ii) tampouco é apropriado afirmar que o contraditório implica deveres de conduta (de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio) também para as partes — os deveres de conduta oriundos do contraditório são *unicamente* do juiz para com as partes. Em síntese: o contraditório pode ser encarado como a eficácia jurídica (de cunho relacional) proveniente da incidência do suporte fático do art. 5º, LV, da Constituição, isto é, uma *situação jurídica* de perspectiva dupla (*relação jurídica processual*), porque engendra *deveres* para o Estado-juiz (*situação jurídica passiva*) e direitos para as partes (*situação jurídica ativa*).

8 Não se nega a relevância da colaboração do juiz para com as partes no âmbito processual. Muito pelo contrário. Afinal, tal desiderato (colaboração, cooperação, participação) sintoniza-se aos anseios democráticos, fomenta soluções de conflitos mediante transações, além de favorecer decisões mais amoldadas aos aspectos fáticos e jurídicos desenhados pelo litígio. É sobretudo uma vacina poderosíssima contra as chamadas decisões-surpresa. *O problema denunciado aqui se liga, isso sim, à dinâmica dessa colaboração.* Até onde pode avançar o juiz, em seu diálogo com as partes, alicerçado em seu dever de cooperar? Qual o limite a ser respeitado por ele a fim de que não se torne também um contraditor? Acredita-se que as intervenções do juiz devem se pautar pela prudência. Cumpre-lhe influir nos arrazoados apresentados para indicar ali pontos que se lhe apresentem obscuros, ou lhe pareçam equivocados, vale dizer, é sua função provocar o debate entre os contraditores a fim de sanar dúvidas existentes, forçar a exploração pelas partes de aspectos fáticos e jurídicos ainda não adequadamente aclarados ou amadurecidos (*dever de esclarecimento*).⁴² Compete-lhe, por igual, prevenir as

⁴² SOUSA. *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 65.

partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo (*dever de prevenção*).⁴³ Também é dever do órgão jurisdicional consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, *ainda que de ordem pública*, assegurando a influência de suas manifestações na formação dos provimentos (*dever de consulta*).⁴⁴ E, por fim, é seu papel auxiliar as partes na superação de dificuldades que as impeçam de exercer direitos e faculdades ou de cumprir ônus ou deveres processuais (*dever de auxílio*).⁴⁵ Afora isso, é enorme o risco que se corre de transmutar o juiz em um contraditor, com prejuízo às próprias bases fundadoras do Estado Democrático de Direito.

9 A palavra *colaboração* (ou *cooperação*) detém *poder icônico*: denota um *agir conjunto, participação, comparticipação*,⁴⁶ *apoio*, conectando-se, por isso mesmo, e de modo bastante acentuado, com a *democracia*. Cai por terra, todavia, os aspectos positivos dessa simbologia se o seu uso servir apenas de *maquiagem* para escamotear uma ideologia arbitrária, alimentada pela sanha socializadora do processo,⁴⁷ a fim de maximizar ainda mais os poderes do juiz em prejuízo, sem

⁴³ SOUSA. Estudos sobre o novo processo civil, p. 65-66.

⁴⁴ SOUSA. Estudos sobre o novo processo civil, p. 66-67.

⁴⁵ SOUSA. Estudos sobre o novo processo civil, p. 67.

⁴⁶ A expressão *comparticipação* é muito cara a Dierle Nunes: "O resgate do papel da participação no espaço público processual de todos os envolvidos (cidadãos ativos), na perspectiva policêntrica e participativa, permitirá o redimensionamento constitucional da atividade processual e do processo, de modo a guindá-lo a seu real papel de garantidor de um debate público e dos direitos fundamentais, de uma estrutura dialógica de formação de provimentos constitucionalmente adequados" (NUNES. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 260).

⁴⁷ Um exemplo que bem retrata a *filosofia do socialismo processual* é aquilo que alguns chamam de "princípio da parcialidade positiva do juiz", com adeptos no Brasil, inclusive. Em palestra ganhadora do Prêmio "Humberto Briseño Sierra", apresentada em 19 de outubro de 2012, no XII Congresso Nacional de Direito Processual Garantista, realizado na cidade argentina de Azul, Eduardo José da Fonseca Costa, com o seu brilho característico, elucidou, *em perspectiva crítica*, as características de um bom juiz segundo um conceito *socialista* — o chamado "juiz Hobin-Hood": "Para un concepto socialista, un buen juez es un Hobin-Hood, ejecutor de las ideas de los grandes iconos del "romanticismo social". A favor del "eslabón más débil" de la relación procesal — una iniciativa conocida como "parcialidad positiva" (!) — el juez puede hacer más flexible el procedimiento estándar legal (aunque aquí, por regla general, sea realizado un procedimiento sumario y oral), invertir la carga de la prueba, relativizar *pro misero* el rigorismo de la cosa juzgada (lo que explica la propagación *contra legem* de la cosa juzgada *secundum eventum probationis* en Brasil, especialmente en las lides sobre seguridad y asistencia social), interferir en la formación del objeto litigioso, satisfacer las carencias en materia de prueba (esto no insulta a la "imparcialidad"?) y conceder medidas autosatisfactivas *ex officio* [activismo autoritario "socioequilibrante", que los críticos ven como *praxis gauchiste*]. Mais à frente, concluiu o mestre: "[...] el activismo autoritario *engagé* del procesalismo socialista predica la "parcialidad positiva" como criterio de legitimidad de la actividad jurisdiccional (que no es más que una degradación de la imparcialidad). Dentro de la trilogía estructural del proceso, el objetivo socialista de desestructuración es el concepto de *jurisdicción* (y el principio constitucional que lo protege — la *imparcialidad*)" (COSTA. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial).

dúvida, à própria liberdade das partes e aos seus direitos mais elementares.⁴⁸ Sob o signo da colaboração, segundo tal ângulo, vivenciaria um regime procedimental (e não processual) marcado pela indiferença em relação à participação dos litigantes, tudo legitimado pela busca da verdade.⁴⁹ Para ser ainda mais claro: o

⁴⁸ Ao denunciar uma crise de identidade vivenciada pelo processo civil brasileiro, Glauco Gumerato Ramos, com a inteligência que lhe é característica, apresenta contundente crítica ao protagonismo judiciário: “Mas um fator preponderante continua a lhe marcar o perfil e isso a despeito do ambiente democrático e republicano estabelecido pela Constituição de 1988: continua sendo um CPC ‘do juiz’, um CPC autoritário, um CPC viabilizador das mais perversas arbitrariedades. Ou seja: mudou-se muito, mas nada — ou muito pouco — mudou. Na essência, os matizes metodológicos do nosso CPC continuam a movimentar uma engrenagem na qual o processo civil se desenvolve como categoria jurídica a serviço da jurisdição (=Poder), e não como estrutura democrática e republicana viabilizadora da dialética que caracteriza o devido processo legal (=Garantia). E a prova de que pouco mudou está no fato de que atualmente tramita na Câmara dos Deputados um anteprojeto de novo CPC. Eis aí o ‘processo civil gattopardista’ a que me refiro no título acima. Queremos mudar novamente, mas pouco será mudado! A atuação do prático diante do Poder Judiciário ‘civil’ nos mostra isso, apesar de a dogmática (doutrina) continuar a nos seduzir com um discurso legitimador desse ‘poderoso juiz’ que tudo pode em nome da ‘verdade’, da ‘justiça’ e da concretização de um ‘processo justo’. O processo civil dos livros (*law in books*) é romântico; o processo civil da prática (*law in action*) é assustador, ao menos na perspectiva dos artífices da postulação (advocacia, MP, defensoria pública). Estes são testemunhas do ultraje que a garantia do devido processo legal sofre no dia a dia do foro cível — além do penal, é claro! — nas mãos desse ‘juiz redentor’ dos males da sociedade, tão decantado em verso e prosa nas lições da grande maioria dos nossos processualistas e que tanta influência exerce sobre nossa jurisprudência. Ignoramos que de nossa Constituição da República transborda um modelo semântico-processual garantista e nos deixamos levar por um arbitrário e equivocado modelo pragmático-processual de viés ativista, onde avulta a figura de um juiz comprometido com a própria ‘justiça subjetiva’ que melhor lhe ocorrer diante do caso concreto. Não é incomum que na cena processual nos deparemos com justiceiros — e não com juízes — agigantados sob o sacrossanto manto da toga” (RAMOS. O processo civil gattopardista dos Juizados Especiais. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, p. 37-42).

⁴⁹ Sobre o problema da verdade, esclarece Andrea A. Meroi, com amparo em Luigi Ferrajoli: “La verdad procesal en cuanto a los hechos (quaestio facti) consiste en la confirmación de la aserción a su respecto y se resuelve mayormente por vía inductiva conforme a los datos probatórios. La idea según la cual es posible alcanzar y afirmar una verdade objetiva, certa, absoluta es ‘en realidade una ingenuidade epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnosiológico vulgar’ (Luigi Ferrajoli). Y si aune n el campo de las llamadas ‘ciencias duras’ se afirma hoy que a lo máximo que podemos aspirar es a una verdade aproximativa, cuánto más cabrá decir respecto de la verdade procesal, condicionada adicionalmente por sérios limites: a) la verdade procesal de la quaestio facti es apenas probabilística [...]; b) el conocimiento judicial de esa verdade sobre las aserciones fácticas es ineludiblemente subjetivo [...]; c) el conocimiento judicial de la quaestio facti es un ‘discurso institucionalizado’, sometido a un ‘método legal de comprobación procesal’, que hace de la verdad sobre los juicios de hechos una verdade inevitablemente aproximativa [...]” (MEROI. Resignificación del ‘contradictorio’ en el debido proceso probatório. *In: CONTROVERSIA procesal*, p. 80-83). Na mesma vereda, ensina Adolfo Alvarado Velloso que a verdade não é um problema primordial do Direito; primordial é a sua missão básica e elemental de alcançar e manter a paz dos homens que convivem em um tempo e lugar determinado. Complementa o mestre argentino: “Si la verdade fuere realmente un problema jurídico primordial y su búsqueda la exclusiva o principal determinante

modelo colaborativo de processo não pode ser organizado à distância da realidade, sem considerar que no processo há verdadeiro *embate* (*luta, confronto, enfrentamento*), razão pela qual as partes e seus advogados valem-se — e assim deve ser — de todos os meios legais a seu alcance para atingir um fim parcial.⁵⁰ Não é crível, enfim, atribuir aos contraditores o dever de perseguirem uma “verdade superior”;⁵¹ mesmo que contrária àquilo que acreditam e postulam em juízo, sob pena de privá-los de sua necessária liberdade de litigar, transformando-os, eles mesmos e seus advogados, em meros instrumentos a serviço do juiz na busca da tão almejada “justiça”.⁵²

de toda y de cualquiera actuación de los jueces, poderían coexistir con él los institutos del sobreseimiento, de la absolución por la duda, de cualquier tipo de caducidad (de la instancia, de la producción de la prueba, etc), de las cargas probatorias, de la congruencia procesal como clara regla de juzgamiento, de la prescripción liberatoria, de la cosa juzgada, de la imposibilidad de decuzir excepciones relacionadas con la causa obligacional en la ejecución de títulos cambiarios, etc., etc? La respuesta negativa es de toda obviedad...?” [VELLOSO. La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: MONTERO AROCA (Coord.). *Proceso civil y ideologia*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, p. 217-247]. Para situar a crítica em termos nacionais, pense-se apenas no instituto da *revelia*, que autoriza o juiz a admitir como verdadeiros os fatos afirmados pelo demandante em caso de ausência de defesa (CPC, art. 319).

⁵⁰ A essência litigiosa, atribuível ao fenômeno que se desenvolve processualmente, não escapou à percepção de Daniel Mitidiero. Tanto assim que, juntamente com Luiz Guilherme Marinoni, criticou o projeto do novo CPC apresentado ao Senado, que, em seu art. 5º, previa que “as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”. Assinalou, enfim, que é “a própria estrutura adversarial ínsita ao processo contencioso que repele a ideia de colaboração entre as partes” (MARINONI; MITIDIERO. *O projeto do CPC*, p. 73).

⁵¹ Confira-se, em rota oposta, o que pensa o mestre paulista, Cassio Scarpinella Bueno: “Certo que as partes, como sujeitos *parciais* da relação processual, e o juiz, na qualidade de sujeito *imparcial*, não têm interesses iguais refletidos no contraditório. Este, o juiz, não pode, por definição, ter interesse nenhum naquilo que julga, sob pena de ruptura com um dos sustentáculos da jurisdição, que é a *imparcialidade*; aquelas, as partes, têm interesses seus deduzidos em juízo, e que são, por definição, também colidentes. Isso, contudo, não significa que não exista *outro* tipo de interesse, que é comum a todos os sujeitos processuais, que é o de resolver a questão pendente de apreciação pelo Poder Judiciário da melhor forma possível, imunizando-a de ulteriores discussões” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático, p. 55). Inquestionável que partes e juiz, respectivamente sujeitos *parciais* e *imparcial*, têm interesses diversos em juízo. Cada qual das partes busca fazer valer aquilo no que acredita, suas razões de fato e de direito; o juiz, de sua vez, não alimenta interesse algum no objeto do litígio, pois o que lhe cabe é resolver o conflito em conformidade com o ordenamento jurídico. Entretanto, crê-se, com a devida vênia, inexistir esse *outro* interesse ao qual se refere Cassio Scarpinella, que seria *comum* a todos os sujeitos processuais, como se as partes desejassem, de maneira uníssona e conjunta, realmente resolver “a questão pendente de apreciação pelo Poder Judiciário da melhor forma possível”. Não há, de regra, um tal espírito filantrópico que contagie as partes no âmbito processual; o que quer cada uma delas, sem dúvida, é mesmo resolver a questão da melhor forma possível, desde que isso signifique favorecê-la em prejuízo do adversário — *cada parte quer a sardinha para o seu próprio prato*.

⁵² Essa a linha do pensamento de Juan Monteiro Aroca: “[...] Las ‘reglas del juego’, de cualquier juego, incluso el del proceso, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero a estos no

Resumen: El presente artículo distingue los fenómenos de lo contradictorio y de la colaboración. Apunta, además, el riesgo de trabajarlos como si fuesen idénticos, con una perspectiva que no solo maximizaría demasiado los poderes del juez, sino que también limitaría la injerencia de las partes en el ámbito procesal.

Palabras-clave: Colaboración. Estado Democrático del Derecho. Contradictorio. Juez contraditor.

Referências

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. A legitimação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/professor/professores.asp>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda de cuál es el mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El 'juego' se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial" (MONTERO AROCA. El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria. In: MONTERO AROCA (Coord.). *Proceso civil y ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, p. 129-165). Em linha de entendimento idêntica, Adolfo Alvarado Velloso elucida o risco de se defender a ideia de um processo como método segundo o qual os advogados e partes colaboram solidária e ativamente na busca da verdade e na formação de uma decisão justa. Elucida que um tal modo de pensar despreza a realidade social do litígio, que nada mais é que uma guerra. Sem armas, é verdade; mas mesmo assim uma guerra e não um passeio alegre e despreocupado das partes de mãos dadas e caminhando pelo parque. E arremata: "Cuando un acreedor presenta al juez su demanda, no lo hace en acto de alocada aventura sino meditadamente, lleno de incertidumbres, temores, gastos y expectativas, luego de haber hecho lo imposible para lograr un acuerdo con el deudor. De tal modo, sólo porque no tiene otro camino para recorrer, elige la última alternativa que le ofrece la civilidade: el proceso. Cómo pretender ahora que estos dos antagonistas — que ya se odian por haber hablado y discutido hasta el cansancio del tema que los aqueja — salgan a buscar como buenos amigos, del brazo y solidariamente, la verdad de lo acontecido y una decisión justa? Justa para quien? Para el desesperado y cuasi exámine acreedor o para el deudor impenitente?" (VELLOSO. La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: MONTERO AROCA (Coord.). *Proceso civil y ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, p. 114). Daniel Mitidiero, por sua vez, é esclarecedor acerca do risco de se banalizar a colaboração: "Estamos de pleno acordo com a necessidade de controlarmos a utilização indevida e desordenada de normas jurídicas que, por vezes, ocorre na prática judicial do nosso país. É preciso, contudo, separar o joio do trigo. A colaboração é um projeto autêntico do processo justo no Estado Constitucional — para usarmos uma expressão em homenagem a Lenio Streck. Banalizá-la, tratando-a sem maiores cuidados, constitui empresa no mínimo temerária. Cumpre evitá-la — a bem da necessidade de moldarmos o processo civil a partir dos fundamentos do Estado Constitucional a fim de torná-lo tão democrático quanto o acesso à moda com o advento do prêt-à-porter" (MITIDIERO. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*?: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*).

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CALVINHO, Gustavo. La ineludible vinculación de la imparcialidad del juzgador a un concepto de proceso alineado con los derechos fundamentales. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 123-142, abr./jun. 2009.
- COSTA, Eduardo José Fonseca. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 82, p. 205-216, abr./jun., 2013.
- DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: DELFINO, Lúcio. *Direito processual civil: artigos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DENTI, Vittorio *apud* RICCI, Edoardo E. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teressa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, p. 228-260, 2010. Disponível em: <www.redp.com.br>.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdiccional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1.
- DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Coord.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2012.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1, Introdução ao direito processual civil.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- GUTHRIE, W.K.C. *Os sofistas*. São Paulo: Paulus, 1997.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MATTOS, Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MEROI, Andrea A. Resignificación del 'contradictorio' en el debido proceso probatorio. *In: CONTROVERSIA procesal*. Medellín: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Medellín, 2006.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*?: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 55-68, abr. 2011.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.
- MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil. *In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). Proceso civil y ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria. *In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). Proceso civil y ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa *apud* RICCI, Edoardo E. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. *In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao contraditório e sua centralidade no processo coletivo. *In: ASSIS, Araken de et al. (Coord.). Processo coletivo e outros temas de direito processual*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2012. Versão eletrônica.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br>>.
- PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. II.

RAMOS, Glauco Gumerato. O processo civil gattopardista dos Juizados Especiais. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 77, p. 37-42, jan./mar. 2012.

REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1997. v. 2.

RUFINO, André do Vale. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUSA, Kelen Cristina Fonseca de. *O princípio do contraditório: uma reconstrução sob a ótica do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

STRECK, Lenio Luis. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Curitiba: Livr. do Advogado, 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>. Acesso: 11 abr. 2011.

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*, São Paulo, n. 168, p. 107-141, 2009.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. Rosário: Editorial Librería Juris, 2010.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil y ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor?. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 82, p. 229-254, abr./jun. 2013.
