

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

ACESSO À JUSTIÇA

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

ADELVAN OLIVERIO SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Charlise Paula Colet Gimenez; Luiz Fernando Bellinetti; Adelvan Oliverio Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-875-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

O Grupo de Trabalhos Acesso à Justiça contempla estudos que se preocupam com o debate acerca da concretização do direito fundamental do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual não se refere somente à inafastabilidade do Poder Judiciário de qualquer ameaça ou lesão ao Direito, como abarca o acesso a uma ordem jurídica justa, caracterizada pela igualdade de acesso na garantia da prestação da tutela jurídica, na proteção dos direitos difusos e coletivos, pela utilização de métodos autocompositivos e heterocompositivos de resolução de conflitos e por um novo perfil de profissionais do Direito, sensíveis e conscientes da realidade econômica, política e social que os cerca.

Nesse sentido, os artigos aqui apresentados contemplam esse viés e contribuem na produção e transformação do conhecimento e de uma nova forma de realizar o Direito.

Abrem-se os anais com o artigo “A Crise do Poder Judiciário brasileiro: tensões entre o Acesso à Justiça e a efetividade do processo”, de autoria de Tiago Bruno Bruch e Camila Belinaso de Oliveira, o qual se debruça na análise da situação do sistema de justiça brasileiro na perspectiva da relação do processo e da efetividade do Direito. Na sequência, Helen Lopes Noronha, com o trabalho “A Horizontalização dos Direitos Fundamentais: o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro a partir da colisão de direitos nas relações jurídico-privadas”, reflete, à luz da Eficácia Horizontal, acerca dos limites observados pela jurisprudência pátria à horizontalidade dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

O artigo de Larissa Borsato da Silva e Raquel Cabreira Soares de Sá, intitulado de “Acesso à Justiça e Desigualdade Social sob a perspectiva do Projeto Florença”, contribui ao debate do acesso à justiça a partir da efetivação dos direitos fundamentados nas ondas renovatórias do Projeto Florença. Após, a produção científica com título “Acesso à Justiça, Devido Processo Legal e Imparcialidade: o alcance subjetivo do Juiz Natural e a boa-fé do Julgador, escrita por Francisco Bertino Bezerra de Carvalho, preocupa-se em evidenciar a correlação entre o princípio do devido processo legal e o acesso à justiça, requerendo, para o seu cumprimento, a imparcialidade e a boa-fé do julgador.

Os autores Aldo Aranha de Castro e Ynes da Silva Félix, com o texto “Justiça e Equidade como elementos basilares para o desenvolvimento de meios adequados à concretização do

Acesso à Justiça”, abordam os temas da justiça e da equidade, apresentando mecanismos para a efetivação do acesso à justiça. Por sua vez, o artigo “O Argumento das capacidades institucionais do Poder Judiciário e a construção de uma ordem jurídica justa e transdisciplinar: possibilidades”, de autoria de Artenira da Silva e Silva e Letícia Moreira de Martini, propõe-se a analisar o argumento das capacidades institucionais do Poder Judiciário, seus limites e possibilidades na compatibilização de uma ordem jurídica justa e transdisciplinar.

Nesse sentido, insere-se o artigo “O Processo Civil de 2015 como qualificador da linguagem, socialização do Direito e interação humana”, de Claudio Cesar Carvalho e Luiz Fernando Bellinetti, cujo escopo é refletir acerca do Código de Processo Civil de 2015 e seus princípios norteadores sob o viés da Filosofia do Direito enquanto qualificadora da linguagem, socialização e interação humana.

A autora Fabiana Marion Spengler, com o artigo “A Autocomposição como Política Pública de incentivo ao direito fundamental de Acesso à Justiça”, discute o incentivo à autocomposição enquanto política pública que possibilita a concretização do direito fundamental de acesso à justiça. A seu turno, o trabalho “A Efetividade das sessões de mediação e de seus produtos como instrumentos de concretização do Acesso à Justiça”, de Livia Passos Benevides Leitão e Daniel Mota Gutierrez, traz reflexões relevantes para a compreensão da inefetividade de acordos obtidos em sessões de mediação a partir da da figura e atuação dos mediadores judiciais.

Na sequência, o artigo “A Mediação como instrumento de democratização do Acesso à Justiça e emancipação das minorias”, de Teodolina Batista da Silva Cândido Vitória e Alexandrina Ramos de Carvalho Souza, apresenta a mediação e conciliação como meios eficazes de promoção da democracia, garantindo, por conseguinte, o acesso à justiça. O estudo de Katiany Rocha Galo e Luciana Vilhena Vieira, com o título “Explorando o Direito Sistêmico na prática dos mutirões em instituição de ensino superior: um estudo de caso”, aborda os mutirões sistêmicos realizados pela Defensoria Pública do Pará em parceria com as Universidades, e seus resultados na promoção de uma cultura de paz.

Em contribuição à temática em estudo, o artigo “Termo de Ajustamento de Gestão: transparência como princípio norteador quando da participação de ente público”, de César Ferreira Mariano da Paz e Frederico Rodrigues Assumpção Silva, analisa, sob o enfoque do acesso à justiça, o Termo de Ajustamento de Gestão e a publicidade dos atos da Administração Pública. Igualmente, Raiana Cunha Oliveira de Jesus e Dorli João Carlos Marques, com o estudo “A Eficácia das Medidas Protetivas de Urgência inscrita na Lei

11.340/2006: um estudo de caso na cidade de Manaus-AM”, objetiva aferir a eficácia das medidas protetivas da Lei Maria da Penha em coibir e prevenir a violência doméstica e familiar na cidade de Manaus-AM.

A autora Viviane Cristina Martiniuk, com o artigo “Acesso à Justiça em questões ambientais como direito e garantia constitucional: análise do artigo 8 da CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, preocupa-se com o direito ao acesso à justiça e a efetiva proteção do Meio Ambiente. Por sua vez, Marcus Vinícius Mendes do Valle e Sérgio Henriques Zandona Freitas, com a pesquisa “Da Litigância de Má-Fé e da Lide Temerária como impeditivos à homologação da desistência da ação perante os Juizados Especiais Cíveis”, refletem sobre o instituto da ‘desistência da ação’ e sua homologação em lide temerária perante os Juizados Especiais.

Nessa ótica, tem-se o artigo “Instrumentos de Efetivação do Acesso à Justiça em face do crescimento maciço das demandas de massa”, de autoria de Bruna Agra de Medeiros e Andressa Solon Borges, o qual discute a eficácia dos meios alternativos de solução de conflitos nas demandas de massa em juizados especiais em direito do consumidor. A seu turno, o trabalho científico “O Ativismo Judicial do TJGO na imposição de matrículas de alunos em CMEIS – Centros Municipais de Educação Infantil: uma análise da Súmula 39 do TJGO, de Emerson Rodrigues de Oliveira e Denise Pineli Chaveiro, debruça-se em uma análise do ativismo judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás no tocante à imposição ao poder público de efetivar matrículas de alunos nos CEMEIs – Centros Municipais de Educação Infantil.

Encerra-se esse grupo de trabalhos com “O Financiamento Público das Instituições Federais de Ensino Superior como garantia da democratização do ensino superior de qualidade”, de autoria de Pedro Henrique Moreira Cruvinel e José Querino Tavares Neto, os quais debatem sobre o financiamento público das Instituições Federais de Ensino Superior e a garantia do estabelecimento de políticas públicas inclusivas que possibilitam maior democratização para o seu acesso.

Tratam-se, portanto, de produções científico-jurídicas que adicionam à pesquisa no Brasil e se preocupam com o acesso à justiça em todas as suas ondas.

Gostaríamos que as leituras dos trabalhos pudessem reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento de compartilhamento de conhecimento e de aprendizado sobre o tema.

Ótima leitura a todos.

Coordenadores:

Adelvan Oliverio Silva - CESUPA

Charlise Paula Colet Gimenez – URI

Luiz Fernando Bellinetti - UEL

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ACESSO À JUSTIÇA, DEVIDO PROCESSO LEGAL E IMPARCIALIDADE: O
ALCANCE SUBJETIVO DO JUIZ NATURAL E A BOA-FÉ DO JULGADOR.**

**ACCESS TO JUSTICE, DUE TO LEGAL PROCEEDINGS AND IMPARTIALITY:
THE SUBJECTIVE REACH OF THE NATURAL JUDGE AND THE JUDGER'S
GOOD FAITH.**

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho

Resumo

O devido processo legal é um princípio-garantia constitucional que não se realiza sem o acesso à justiça. Desta complementariedade, são deduzidos outros princípios como a imparcialidade, o juiz natural e a boa-fé. As funções do processo para o direito e deste para a sociedade (instrumentos de fomento da cooperação e harmonia social), requerem um ambiente propício à instrumentalização do direito material, para o qual é essencial, além da imparcialidade, a boa-fé do julgador, cuja ausência, implica na violação dos fundamentos do direito processual, fontes de legitimação do Poder Judiciário: devido processo legal e acesso à justiça.

Palavras-chave: Devido processo legal, Acesso à justiça, Imparcialidade, Boa-fé

Abstract/Resumen/Résumé

Due process of law is a constitutional guarantee principle that cannot be realized without access to justice. From this complementarity, other principles such as impartiality, the natural judge, and good faith are deduced. The functions of the process for law and for society (instruments for fostering cooperation and social harmony), require an environment conducive to the instrumentalization of material law, for which is essential, in addition to impartiality, the good faith of the judge, whose absence implies violation of the foundations of procedural law, sources of legitimization of the judiciary: due process of law and access to justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Due processo of law, Access to justice, Impartiality, Good faith

1) INTRODUÇÃO

O devido processo legal é tratado como princípio geral, capaz de abarcar todos os demais princípios do direito processual. Se apresenta uma proposição na qual o acesso à Justiça, em toda a sua dimensão, assume a mesma importância do *due process of law* com base em uma visão de complementariedade destes fundamentos do direito processual.

A partir desta proposta passa a imparcialidade, a boa-fé e a cooperação passam a exigir uma leitura mais ampla e interconectada, em função da qual é possível deduzir que a garantia do cidadão de acesso à justiça para fruição de um processo devido inclui, necessariamente, o compromisso de boa-fé e cooperação de todos os envolvidos na relação jurídica processual, que, no caso do juiz, requer absoluta imparcialidade, incompatível com a adoção pelo magistrado de lado na demanda, ou de sua omissão com relação à principal missão do Poder Judiciário de garantir validade e eficácia ao direito.

A partir desta análise complementar do devido processo legal e do acesso à justiça se pretende abordar aspectos objetivos e subjetivos das normas fundamentais do processo para concluir pela necessidade de conscientização dos operadores do direito acerca da importância e alcance das obrigações de imparcialidade e boa-fé pelo magistrado.

2) O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Desde o surgimento formal do instituto na Carta Magna de 1215, na época ainda representado pela expressão latina *per legem terre* em sua Cláusula 39¹, registra-se na história do direito ocidental a preocupação com a segurança jurídica como atributo do direito.

A ideia incutida na expressão *law of the land*, na língua, inglesa, naquela quadra histórica era impor ao novo governante limitações ao seu poder, pontuando a necessidade de respeitar o direito posto, conhecido, identificado com o direito já existente (como concebe o *Common Law*: a tradição).

A Carta Magna buscava sacramentar uma concepção já enraizada na sociedade inglesa desde o século XI, quando o Conquistador Guilherme I, ao chegar em 1.066 ao poder pela força, após vencer Haroldo II na batalha de Hastings, comprometeu-se a manter vigentes da ilha as leis editadas pelo Rei Eduardo. Com efeito, por meio desta prática reiterada de respeitar as leis

¹ 39. Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.

dos monarcas anteriores, plantou-se uma semente de estabilidade nas relações sociais. Nesta nova forma, as leis editadas por um monarca valiam durante seu reinado e, com sua morte, passariam a ser nominadas como leis da terra (*legem terrae*) e deviam ser respeitadas por seus sucessores.

Para compreender a dimensão desta ideia naquela época, é importante colocar de lado o paradigma contemporâneo no qual o direito é entendido, seja um ordenamento escrito ou costumeiro, como uma estrutura social, política e histórica dotada de autonomia e continuidade.

A concepção da sustentação divina do poder real incute intuitivamente que a sucessão no trono, com a troca o detentor do mandato conferido por Deus, inaugura uma nova era, com sua estrutura própria e, por consequência, com enorme possibilidade de criação de suas próprias regras peculiares (direito).

Neste particular, por mais que fosse natural uma sequência histórica nos processos sociais, incluindo certa estabilidade nas relações, interessa destacar no ponto sob exame que, segundo o pensamento que dava organicidade e legitimidade ao exercício do poder de então, a morte ou queda de um Monarca implicava no perecimento das normas originadas de seu reinado, conferindo ao novo governante, por sucessão ou conquista, a prerrogativa de instituir um novo reinado com um conjunto estruturante de regras coercitivas original.

Antes de Montesquieu difundir a ideia de separação de poderes, havia mesmo era sua concentração, como expressão direta e consequente da detenção do poder. Legislar, no sentido de editar as normas impositivas à sociedade, era atribuição inerente ao reinado, notadamente antes de se instalar o governo das leis, ou seja, durante o governo dos homens (ainda que teoricamente legitimados por Deus).

Quem ascendia ao trono, pelo direito hereditário ou pela espada, segundo concepção de então, poderia e deveria exercer plenamente os poderes inerentes à sua condição, não sendo obrigado a manter, seguir ou respeitar qualquer determinação de seu antecessor, pagando-se o preço necessário da instabilidade no tempo das relações sociais, alteráveis a cada troca de governante. Daí verificar-se a relação direta entre a segurança jurídica e a garantia inserida no instituto do *law of the land*.

A expressão *due process of law* tem registro inicial em 1354, quando o Rei Eduardo III, repetindo a tradição de confirmar as leis da terra, ao ratificar a Carta Magna, no “*Statute of Westminster of the Liberties of London*”, cunha a expressão, depois repetida na Declaração dos

Direitos da Virgínia (16 de agosto de 1776), na Declaração de Delaware (02 de setembro de 1776), na Declaração dos Direitos de Maryland (03 de novembro de 1776), na Declaração dos Direitos da Carolina do Norte (14 de dezembro de 1776), na Constituição do Estado de Vermont, Massachusetts (25 de outubro de 1780), na Constituição do Estado New Hampshire (02 de junho de 1784) na Constituição Americana, com vigência a partir de 1791, junto com as demais emendas introduzidas por meio do *Bill of Rights* proposto por James Madison.

Interessante observar, mais uma vez, no processo histórico a importância do instituto na proteção da segurança jurídica quando as ex-colônias da América do Norte, recém libertas da matriz, buscaram assegurar aos seus cidadãos como garantias de vida, liberdade e propriedade, a continuidade e, portanto, estabilidade, das regras jurídicas inglesas por meio da cláusula do devido processo legal. Trata-se de um processo revolucionário de independência, inspirado por valores de autodeterminação, liberdade, autonomia e soberania, que rompe com a forma e o sistema de governo, substituindo a Monarquia pela República, o parlamentarismo pelo presidencialismo, mas mantém o compromisso de assegurar aos cidadãos (não mais súditos) a estabilidade de suas relações, o conforto seguro do direito costumeiro sob o império do qual viveram, vivem e, assim, viveriam, como prescreve o artigo VII do *Bill of Rights*².

Observe-se que entre os artigos trazidos pelo *Bill of Rights*, além do V, além da proteção da vida, liberdade e bens por intermédio do processo legal, o artigo VI assegura “*juízo rápido e público, por um júri imparcial...previamente estabelecido por lei*”, assim como do acusado “*ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado*” e o artigo VII garante a aplicação das “*regras do direito costumeiro*” nos “*processos de direito consuetudinário*”.

A proteção conferida pelo devido processo legal inseria-se, desde então, em um arcabouço de garantias, tutelas e salvaguardas reunidas pela mesma finalidade: tutelar o cidadão em face do abuso da autoridade, notadamente pelo Estado.

De outra forma, era preciso deixar claro que a legitimação democrática não era suficiente para legitimar o exercício do poder, pois o governo das leis haveria de ser aquele no qual o próprio poder à ela se subordina, notadamente quando desejar aplicar as forças do

² **Artigo VII.** Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro.

império contra o cidadão. O *Bill of Rights* propõe um seguro anti-Leviatã, ou até mais, um contrapeso, limites, freios, ao poder estatal, pois os revolucionários não haviam lutado para sair do jugo de um poder para cair nas mãos de outro.

Da análise do teor dos dispositivos, verifica-se ser o escopo primordial do arcabouço, a estabilidade das relações sociais pela segurança das relações jurídicas. Exemplos similares, e historicamente mais recentes, ocorreram nos EUA, ao anexar territórios mexicanos, quando asseguraram a validade dos negócios jurídicos celebrados sob a soberania do Estado anterior e no Brasil, no qual, mesmo após a independência e a república, ainda vigoraram ordenações de reis portugueses, mesmo fenômeno apreciável em outras ex-colônias portuguesas que continuam a adotar leis lusitanas, algumas mesmo após sua revogação em Portugal, como ocorre com o Código de Processo Civil Português de 1961, substituído desde 2013.

Assim, em sua origem, histórica, o *due process of law* (designação que adquire em 1354 no reinado de Eduardo III), tem relação com a segurança jurídica, finalidade primeira do ordenamento, que, no sistema do *Common Law*, considerando que seu direito costumeiro cristaliza-se, como sua evolução demonstrou, nas decisões dos tribunais que formam os precedentes para decisões futuras, possui direta correlação com o acesso à justiça.

A regressão histórica não objetiva traçar os contornos atuais do instituto, pois é evidente ter o conteúdo material e substantivo da cláusula do devido processo legal variado ao longo do tempo, como leciona Fredie Didier Jr. (2015).

Se, no início, visava prioritariamente proteger os súditos nobres do abuso de poder dos monarcas, na sociedade norte-americana surge como garantia contra o Estado politicamente estruturado em premissas democráticas, ainda que ajustada à estrutura social e política então existente³, e, ao longo dos séculos XIX e XX torna-se um instrumento de garantia integral do ordenamento, tutelando todos os sujeitos de direito (pessoas físicas ou jurídicas) em relação aos seus interesses juridicamente protegidos.

Retomando, porém, o papel das decisões judiciais no *Common Law*, não apenas na solução de conflitos intersubjetivos, mas na criação, consolidação e transformação do direito,

³ Os negros passam a votar a partir de 1870, com a 15ª Emenda, a eleição direta para o Senado é introduzida pela 17ª Emenda em 1913, as mulheres adquiriram o direito ao voto com a 20ª Emenda, em 1920 e o direito ao voto do pobres (desvinculado do pagamento de impostos) com a 24ª Emenda, em 1964. Ainda foi necessária a edição do *Voting Rights Act* em 1965 para dar efetividade às Emendas 15ª e 24ª. O direito de votar aos 18 anos somente foi assegurado em 1971, com a 26ª Emenda. A eleição para Presidente continua indireta, pelo peculiar sistema de delegados estaduais.

não é difícil concluir ser o acesso ao poder judiciário um elemento estruturante do próprio sistema, sem o qual não este é capaz de alcançar as finalidades sociais de sua existência.

É importante, todavia, registrar a inserção do devido processo legal nos direitos e garantias fundamentais de primeira geração, aqueles voltados à defesa do cidadão contra o abuso de poder do Estado, ou seja, uma das cláusulas de legitimidade do Estado Democrático de Direito, uma vez que o povo não confere poderes aos seus representantes para ser oprimido, muito menos injustiçado, até porque fez a revolução para dirigir a própria vida, como esclarece Norberto Bobbio, a partir do pensamento de Kant “*Definindo o direito natural como o direito que todo homem tem de obedecer apenas à lei de que ele mesmo é legislador, Kant dava uma definição da liberdade como autonomia, como poder de legislar para si mesmo.*” (BOBBIO, 1992, p. 52) como cogitado por Montesquieu “*Como, em um Estado livre, todo homem que supostamente tem uma alma livre deve ser governado por si mesmo.*”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 170)

Se é mais evidente tal conexão no *Common Law*, outra não é a situação no *Civil Law*, não apenas pela relevância da atuação do Poder Judiciário na aplicação do direito nos casos de conflito, mas porque a criação judicial do direito também é realidade no sistema de inspiração continental europeia.

No Brasil, o direito dos tribunais não advém apenas das decisões no controle concentrado e das Súmulas Vinculantes do STF (CF, art. 103-A, ou dos acórdãos que formam precedentes de observância obrigatória (CPC, art. 926 e 927, demandas repetitivas, assunção de competência, REExt e REsp, etc.), mas também de várias circunstâncias que tornam inevitável que o direito também surja das normas individuais (decisões judiciais), entre outras de menor reflexo prático: a necessidade de dar concretude a princípios ou normas de conceito aberto; a importância do papel do intérprete na construção de significados; a existência de lacunas, involuntárias ou voluntárias, no ordenamento escrito; a defasagem entre a produção legislativa e a dinâmica das transformações tecnológicas e sociais; a conscientização do juiz da relevância do papel social e econômico do direito e a assunção pela magistratura de certo protagonismo político.

Conforme é compreendida a relevância da atuação do Poder Judiciário para a busca da efetivação dos direitos própria da contemporaneidade transparece a dimensão material do devido processo legal e do acesso à justiça, com todas as garantias inerentes, igualmente materiais, especialmente do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação e do juiz natural.

O devido processo legal é muitas vezes compreendido como o princípio dos princípios, a garantia das garantias, capaz, em si, de abarcar os demais princípios, garantias e normas fundamentais do processo.

Aqui, todavia, se apresenta uma perspectiva diferente, segunda a qual, sem reduzir o protagonismo e a abrangência do devido processo legal, este complementa-se com o acesso à justiça que, em sua dimensão material, representa o outro lado de uma mesma moeda.

A partir desta proposta de bipolaridade simbiótica entre o devido processo legal e o acesso à justiça, ambos em sua acepção plena, busca-se materializar os demais princípios, garantias e direitos dos cidadãos no processo, visando máxima efetivação dos valores que tutelam.

Dentre esses destaca-se o princípio do juiz natural e seu valor essencial tutelado: a imparcialidade do julgador.

Com efeito, não é possível pensar em acesso à justiça e devido processo legal sem construir a possibilidade de um juízo capaz de representar na prática a efetividade assegurada por aqueles princípios basilares, o que significa, como reconhece a Constituição Federal, tanto evitar-se o juízo de exceção (CF, art. 5º, inciso XXXVII), como assegurar-se acesso ao juiz adequado de acordo com a lei, o juiz natural (CF, 5º, inciso LIII).

O direito a ser julgado pelo juiz adequado, tem direta relação com o acesso à justiça, pois esta garantia somente se faz atendida caso

3) O ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça pode ser visto como uma consequência do devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LIV), mas a proposta aqui desenvolvida, como antecipado, é a de ser um princípio complementar ao devido processo legal a ser posto no mesmo patamar exatamente com o objetivo de reforçar a ideia da interdependência e nivelamento de relevância entre tais institutos fundantes do direito processual.

O acesso à justiça é muitas vezes apresentado como um princípio de importância secundária, desenvolvido prioritariamente nas duas vertentes trazidas pelos direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição Federal, o do juiz natural (CF, art. 5º, inc. LIII) e o da vedação ao juízo de exceção (CF, art. 5º, inc. XXXVII), mas sua dimensão é muito maior, assim

como sua função estruturante no direito processual e no próprio papel do direito na sociedade, pois, como visto no item anterior, a atividade jurisdicional implica também em criação do direito, por necessidade, complementariedade ou dedução e, assim, ao se negar acesso ao judiciário, se nega acesso ao direito.

A vedação à instituição de juízo de exceção, cuja natureza predominante é de garantia, é uma norma nitidamente de restrição ao Poder, dentro do âmbito dos direitos fundamentais de primeira geração, destinados à estabelecer limites ao Estado, tutelando a proteção do cidadão contra abusos. Ao proibir a criação de órgãos de julgamento *a posteriori*, notadamente aqueles instituídos para julgar uma ação, caso ou situação ou específica, evidentemente se intenciona alcançar a imparcialidade, dado o evidente risco de comprometimento deste princípio jurisdicional caso o julgador seja escolhido para apreciar um conflito já estabelecido e, portanto, individualizado.

A natureza de garantia decorre desta circunstância, sua funcionalidade é assegurar ao cidadão uma área expressamente excluída da competência ou poder de atuação do Estado, daí sua classificação entre os direitos fundamentais de primeira geração.

Isto fica evidente quando se observa que tal restrição não se aplica à jurisdição privada, pois na arbitragem tanto é permitido, quanto comum, para não dizer desejável, a escolha dos árbitros pelas partes. Com efeito, em muitos compromissos arbitrais e mesmo em cláusulas compromissórias, fica estabelecida ou a escolha direta, desde já, do árbitro ou a obrigação de serem indicados, se necessário, conjuntamente os árbitros, muitas vezes dentro de um rol pré-estabelecido.

A garantia, desta maneira, como é própria das normas de proteção, funciona como uma barreira cuja finalidade é impedir que, no exercício do poder, o Estado use um dos poderes inerentes à sua soberania, uma das três funções divididas por Montesquieu – o de solucionar os conflitos e dizer o direito no caso concreto de forma impositiva –, para oprimir os cidadãos ou lhes retirar direitos.

Observe-se que, desta forma, enxerga-se uma correlação direta do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal com o cerne do *due process of law* em sua origem, pois, ao fim e ao cabo, o que se pretende é evitar submeter a vida⁴, a liberdade e os bens dos cidadãos ao

⁴ Nas ordenações que submetem à vida à jurisdição, tendo a previsão de condenação à pena de morte.

arbítrio do poder, ou seja, à sua atuação fora dos limites do arranjo político-social que legitima o exercício do poder, contemporaneamente representado pela lei.

Já o princípio do juiz natural tem um alcance maior buscando também fomentar a imparcialidade por outros métodos, pois busca apresentar a estrutura para construir a edificação necessária para o eficaz funcionamento de um órgão capaz de distribuir justiça nos parâmetros traçados pela Carta Magna, assim como construir uma realidade jurídica com ela compatível.

Se, de um lado, é possível concluir que o juiz *pos factum* vedado pela proibição da instituição do juízo de exceção, reduz diretamente a chance de julgamentos parciais, por outro lado, por si só, não garante o processamento e a decisão imparcial, muito menos assegura ao cidadão o cumprimento das promessas de uma Constituição comprometida com o Estado Democrático de Direito e, portanto, com as premissas necessárias.

Em outras palavras, as condições indispensáveis para entregar à sociedade uma vida sobre o império do direito incluem elementos dos mais diversos matizes, de um espectro que vai da legitimação formal, material e democrática das normas, até às medidas de garantir constitucionalidade, validade e eficácia das mesmas. O Poder Judiciário, instância da jurisdição pública, tem papel determinante no último (assegurar a validade do ordenamento), pois a estrutura concebida pela Constituição Federal foi especialmente configurada para esta finalidade.

Em relação à constitucionalidade, o ordenamento brasileiro optou pela conjugação do controle concentrado com o controle difuso, possibilitando ampla discussão acerca da compatibilidade das normas e atos, notadamente administrativos, com a Carta Magna. Para tanto, apresentou o Supremo Tribunal Federal, que, embora não tenha sido criado como uma corte constitucional, desempenha o papel de guardião da constituição, notadamente no processamento e julgamento das ações pelas quais realiza o controle concentrado, mas sem prejuízo da importância dos pronunciamentos sobre matéria constitucional em sede de recursos capazes de alcançar o Supremo nas ações nas quais ocorre o controle difuso.

A atuação do Supremo Tribunal Federal na fixação de entendimento jurisprudencial, seja pelo estabelecimento de limites à admissibilidade recursal, como já estabelecera a Súmula 286 já em 1963, e hoje o próprio CPC prescreve (p. ex.: 1.030, I, “b” e 1.040, I), seja na edição de Súmulas Vinculantes, como permitido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (que introduziu o art. 103-A na Constituição Federal), e, principalmente, agora que o próprio CPC/15 estruturou um sistema de precedentes mais abrangente (arts. 926 e 927)

complementado por instrumentos de uniformização da jurisprudência como o microsistema de solução de demandas repetitivas, incluindo os recursos extraordinários repetitivos (arts. 1.036 a 1.041), é determinante para dar consistência estrutural ao Poder Judiciário, buscando capacitá-lo para responder aos anseios da sociedade de segurança quanto à validade e eficácia do texto constitucional.

Além do Supremo Tribunal Federal, o Judiciário brasileiro conta com o Superior Tribunal de Justiça que funciona não apenas como órgão de terceira instância recursal das Justiças Comum e Federal, mas como guardião da legislação federal e delineador das competências jurisdicionais internas (CF, 105, I, “d”), exceto dos conflitos envolvendo tribunais superiores, de atribuição do STF (CF, 102, I, “o”).

As justiças especializadas Eleitoral, Militar e do Trabalho atuam nas respectivas competências materiais e funcionais, restando tutela da vigência e da eficácia do ordenamento, nos demais âmbitos, à abrangente justiça comum como toda a competência remanescente, excetuando os casos de interesse jurídico da União, de responsabilidade da Justiça Federal.

A sucinta descrição do organograma do Poder Judiciário no Brasil visa revelar a resposta concreta do texto constitucional ao desafio de atender ao princípio do juiz natural em um país de estrutura jurídica e política peculiar.

De fato, o singular federalismo brasileiro, com ascendência de três esferas de poder político sobre todo o território (União, Estado e Município regem, como poderes políticos, democraticamente eleitos, cada metro quadrado de chão nacional) amplia o desafio de assegurar validade e eficácia a um ordenamento composto da sobreposição de leis em sentido estrito, oriundas da produção legislativa de três distintas esferas, isso sem mencionar todo o rol de decretos, instruções e portarias, para ficar apenas nas fontes estatais de normas gerais.

Esta realidade impõe ao cidadão a necessidade de conhecer um extenso e intrincado arcabouço normativo, assim como, ao Poder Judiciário, o desafio de ser capaz de, mantendo incólumes todos os fundamentos constitucionais, manter válido e eficaz este conjunto de normas gerais, assim como compatível com o sistema as normas individuais oriundas da ação governamental (atos administrativos) e da autonomia privada (ato e contratos) e ainda assegurar que, diante da ocorrência dos fatos jurídicos, ocorram suas consequências no plano do direito.

O Estado, para incluir mais um fator de complexidade, também cede protagonismo no cenário da edição de normas jurídicas, como adverte Jacques Chevallier, pois “*não aparece*

mais como a única fonte de direito, a única instância da regulação jurídica” (CHEVALLIER, 2009, p. 144), uma vez que essa “concepção monista está ultrapassada, a regulação jurídica passa, nas sociedades contemporâneas, pela intervenção de múltiplos atores, situados em espaços jurídicos diversos” (CHEVALLIER, 2009, p. 144) e, para completar, “a relação entre esses espaços não é mais comandada pelo princípio da hierarquia” (CHEVALLIER, 2009, p. 144), com influência direta sobre o processo, como assinala Rosemiro Pereira Leal ao concluir que a “visão pós-moderna, não hegeliana do estado é que tem que nortear o estudo atual do PROCESSO e sua autonomia jurídica na constitucionalização estrutural das Sociedades Políticas.” (2000, p. 46) em função que “as constituições não mais podem ser um estatuto totalizante e exclusivo da atividade estatal, mas um texto articulador e legitimante de instituições jurídicas, em que o Estado comparece como uma delas” (2000, p. 46) na qual o Estado teria “funções específicas, sem a conotação hegeliana de expressão entitativa superior, criador de direitos, condutor único e controlador normativo, soberano e absoluto da sociedade política” (2000, p. 47)

É uma missão hercúlea por sua dimensão, não sendo necessário, embora existam – e muito – casos desta ordem, que o juiz se depare com um *hard case* para se concluir sobre as imensas dificuldades de se obter êxito na garantia da segurança jurídica.

Assim, se o devido processo legal é, ao final, um compromisso com a segurança jurídica, nos países adeptos do *Civil Law*, como o Brasil, esta depende da capacidade do Poder Judiciário de fazer valer um numeroso conjunto de normas princípios e normas regra que compõem um intrincado ordenamento, circunstância diretamente dependente do acesso à justiça, sem o qual não é possível cogitar-se de qualquer efetividade ao direito, seja quando objeto de conflito, seja quando objeto de indeterminação.

Acesso à justiça não pode ser apenas formal, mero modelo ampliado do direito de petição, mas exige um Judiciário capacitado para recepcionar, decidir e impor sua solução, assim como de desempenhar o papel atribuído pela Carta Magna, atendendo, portanto, aos requisitos de imparcialidade, boa-fé e cooperação.

Acrescente-se, como nota de destaque, a inclusão da imparcialidade no conceito de acesso à justiça, como se infere do art. VI do Bill of Rights⁵, em conjunto com o direito de

⁵ **Artigo VI.** Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.

informação sobre a acusação, acareação com as testemunhas de acusação, às testemunhas de defesa e à defesa técnica por advogado.

Imparcialidade do Juízo, desta maneira, é corolário do acesso à justiça, na medida em que não é satisfatório apenas ter o direito de provocar a jurisdição por petição, mas com isso obter acesso à juízes independentes e imparciais, como daqueles que, no relato de François Andriex, teriam obstaculizado a pretensão do Kaiser Frederico II de construir seu palácio de verão em Postdam sobre o terreno do Moinho de Sans-Souci. Acesso à justiça há de significar acesso a julgamentos justos, com base nas regras do direito, sendo o básico existencial para qualquer sociedade que se pretenda democrática e submetida ao império da lei.

4) PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS DERIVADOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA DE PROCEDIMENTO E JULGAMENTO (ASPECTOS OBJETIVOS)

O processo, judicial ou administrativo, passou a ser a forma de atuação e formação da vontade do Estado, notadamente quando da prática de atos mais complexos, importantes ou de maior repercussão para a sociedade. A correção da ação do Estado no processo é, portanto, condição para a vigência do Estado Democrático de Direito e requer a observância de direitos e garantias dos cidadãos.

O contraditório e a ampla defesa, muitas vezes apresentados como similares, inclusive por residirem no mesmo dispositivo constitucional, são princípios também complementares, pois, de conteúdos distintos, possuem interdependência em função da qual dificilmente um se realiza sem o outro, ainda que possam operar separadamente.

A intervenção de terceiros no processo, como o *amicus curiae* (CPC, art. 138), atende à ampla defesa sem resultar do contraditório, este mais vinculado à possibilidade das partes atuarem e influírem no processo, enquanto a ampla defesa se vincula mais à abertura da relação processual à todas as possibilidades objetivas e subjetivas de encontrar a melhor solução para a construção judicial do direito.

Quando o Supremo Tribunal Federal delibera por realizar audiências públicas para colher da sociedade civil elementos para apreciação de *hard cases*, está atuando além do contraditório, mas dentro da ampla defesa.

O contraditório e a ampla defesa efetivos (CPC, art. 7º e 10) são requisitos objetivos do devido processo legal e do acesso à justiça que também possuem características substantivas,

pois não são atendidos apenas em aspectos formais. A materialidade do contraditório e da ampla defesa concretiza-se com a plena capacidade de influir no processamento e no julgamento da lide, contribuir na formação do convencimento do juízo sobre os fatos e sobre o direito, em todos os graus de jurisdição. Para tanto, é requisitado um juiz aberto à contribuição das partes no processo, assim como interessado em obtê-la até mesmo quando as partes negligenciarem seus deveres e ônus.

A justiça pública não se submete à vontade das partes, pois, ainda mais com a formação dos precedentes, dirige-se à toda a sociedade, interessada na manutenção do império do direito, sendo esta a razão de normas processuais (CPC, art. 373) como a que permite ao juiz distribuir o ônus da prova diversamente à regra geral do ônus (fundada no interesse individual das partes).

A fundamentação é, de início, garantia da racionalidade da decisão, mas também de sua rastreabilidade, pois o exercício do imenso poder de dizer o direito não pode se submeter apenas ao juízo de valor e consciência do magistrado, a lei não lhe confere um cheque em branco, nem apenas uma moldura como figurara Kelsen em sua consagrada analogia, mas um poder, traduzido sempre como dever no Estado Democrático de Direito, de fazer valer o direito segundo os termos do pacto social democrático, não de acordo com sua particular visão de justiça ou direito, muito menos segundo qualquer posição ou entendimento individual.

Para alcançar o significado de juiz natural, assim, não é suficiente encontrar aquele cuja competência é determinada pelas regras procedimentais, mas também, pois esta é a finalidade da existência da própria garantia, chegar ao imparcial, capaz de, atendendo efetivamente ao contraditório e à ampla defesa, proferir decisão fundamentada no direito, restaurativa de seu império, jamais sua visão pessoal do direito ou da justiça.

5) PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS DERIVADOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA DE PROCEDIMENTO E JULGAMENTO (ASPECTOS SUBJETIVOS)

O devido processo legal precisa concretizar, a um só tempo, diversas promessas do Estado Democrático de Direito. Para o Poder Judiciário, funciona como um critério de legitimação do exercício do poder jurisdicional, significando, simultaneamente, tanto um procedimento (roteiro) ao qual se submete o Estado Juiz para dispor da força coercitiva das soluções aos conflitos jurídicos que entrega à sociedade, quanto um filtro (baseado na lealdade da conduta e na consistência da fundamentação) sobre o qual deve ser a decisão passar para obter a validade e eficácia necessárias. Para o cidadão, por sua vez, também se apresenta com

caráter dúplice, por significar direito e dever, garantia e obrigação, pois o mesmo devido processo legal, freio ao arbítrio da jurisdição, proteção da vida, da liberdade e da propriedade em face do Estado, realiza-se, em relação aos demais integrantes da relação jurídica processual, inclusive o magistrado, por meio de um plexo de deveres, obrigações e ônus.

O atendimento ao devido processo legal, para todos os envolvidos na relação jurídica processual, não pode ser mais alcançado apenas com o cumprimento de requisitos formais, pois devem agir em consonância com os princípios da boa-fé objetiva e da cooperação.

Como visto, o processo vem se tornando a forma natural do Estado formar sua vontade na prática dos mais importantes atos que pratica, inclusive nos âmbitos do Legislativo e do Executivo, sendo a lei editada a culminação de um processo legislativo e os atos dos gestores nas questões mais importantes, via de regra, a conclusão de um processo administrativo. É natural, pela aplicação prática dos princípios da publicidade e da transparência, considerando também a complexidade da gestão dos interesses públicos, que o Estado estruture seu funcionamento e atuação em torno da tramitação de procedimentos e processos.

Estas mesmas razões e estes mesmos princípios, acrescidos da tradição do Poder Judiciário de cuidar, como terceiro desinteressado, de conflitos entre jurisdicionados, implica em ser o processo (relação jurídica processual neste âmbito) a predominante forma de atuar do Poder Judiciário.

O processo judicial, porém, suplantou os limites de um mero procedimento para, na dimensão de relação jurídica processual, incutir direitos e deveres entre todos que dele participam. Ao assumir um patamar substantivo, consolidada a ideia da existência dos direitos subjetivos processuais, não apenas foi reforçada a compreensão da correspondência entre direitos processuais de uns e deveres processuais de outros, como, com a evolução da praxis processual, da consciência da necessidade de superar o modelo de regulação do conflito pelo de construção da norma individual concretizadora do direito material.

O crescimento e desenvolvimento do ramo do direito processual, não obstante tenha sustentado sua autonomia na ciência jurídica, consolidou o entendimento do caráter instrumental do processo que, não sendo um fim em si mesmo, é totalmente comprometido com sua finalidade de tornar válido e eficaz o direito material. Isso não é novidade, mas os artigos 1º, 4º e 8º do CPC de 2015 colocam em outro patamar a questão.

O art. 1º, ao vincular, além da ordenação e da disciplina, a interpretação do processo civil aos valores e às normas fundamentais da Carta Magna pôs um ingrediente axiológico profundo no ramo, superando o paradigma positivista do código de ritos de 1973, no qual os princípios (ainda assim, os gerais de direito) serviam apenas como último recurso para integração de lacunas, como se extrai do texto do antigo artigo 126⁶ do referido diploma. O art. 4º do CPC garante as partes o direito de obter, em prazo razoável, a solução do mérito da demanda, incluindo sua satisfação (entrega da tutela e do bem da vida). O art. 8º determina como o juiz deve aplicar o ordenamento nos casos concretos, explicitando as finalidades da jurisdição (atender aos fins sociais e às exigências do bem comum) e os mecanismos para atingi-las (resguardar e promover a dignidade da pessoa humana e observar a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência). A impessoalidade e a moralidade, ausentes do art. 8º, mas presentes no art. 37 da Carta Magna, também se aplicam.

A instrumentalidade do processo inspirou estes dispositivos das normas fundamentais do processo e os parâmetros traçados deixam patente o que se espera da jurisdição e de seu protagonista, o Judiciário. Tais diretrizes não estão sozinhas na estruturação da prestação jurisdicional, pois são complementadas pelas demais normas fundamentais, notadamente aquelas inscritas nos artigos 5º, 6º e 7º do CPC. O artigo 5º estabelece o dever de comportarem-se de acordo com a boa-fé para todos que, de qualquer forma, participarem do processo. O artigo 6º repete o compromisso com a duração razoável do processo e com sua solução de mérito que especifica: justa e efetiva. O artigo 7º, a seu turno, trata não apenas do efetivo contraditório, mas da igualdade material das partes em juízo, assegurando-lhes a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais.

A necessidade de cooperação transforma a maneira tradicional de imaginar o processo como uma contenda, um conflito submetido a regras de civilidade, para comprometer todos os partícipes com uma solução concretizadora do direito material. No conceito de cooperação para o resultado útil e efetivo do processo está incutida a ideia de que a decisão judicial superar em importância os interesses individuais das partes, algo natural quando se confere efeitos jurídicos sobre o direito de terceiros aos precedentes. A cooperação submete a vontade e o interesse

⁶ **CPC-1973**. Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

particular dos envolvidos na relação processual ao interesse coletivo maior de se fazer justiça. É uma ideia poderosa.

A boa-fé caminha no mesmo sentido pelas mesmas razões, partindo do reconhecimento que a relação jurídica processual não é adequada à estratégias e subterfúgios destinados à obtenção de resultados diferentes daqueles almejados pelo direito. O litigante de boa-fé está obrigado, como enuncia o art. 77 do CPC, desde a expor os fatos conforme a verdade à contribuir para solução de mérito justa e efetiva, como impõe o art. 6º do Código de Ritos.

A igualdade processual desdobra-se em um aspecto formal de paridade de armas e mecanismos de defesa, catalizador de um efetivo contraditório, e também em um aspecto material, segundo o qual as partes, apesar dos interesses divergentes, devem se entender e tratar-se como iguais, integrantes de um mesmo corpo social, jamais como inimigos. Não se trata de uma sutileza ou de uma simpática proposição, mas de uma exigência do ambiente social e democrático. O processo não comporta sua instrumentalização para vinditas pessoais, fraude, coação, simulação ou qualquer tipo de burla ao sistema jurídico material, muito menos para violar os valores tutelados pelo ordenamento.

Esta conclusão é óbvia, oriunda da natureza do processo e da leitura dos artigos relativos as normas fundamentais do direito processual, assim como confirmada pelo teor dos dispositivos do CPC atual, notadamente os artigos 77 (deveres das partes), 79 (responsabilidade processual), 80 (má-fé processual), 139, incisos I, II e III (deveres do magistrado) e, em especial, o 142 do CPC⁷, segundo o qual compete ao juiz impedir a utilização do processo para fins ilícitos.

Todavia, a realidade está bem distante destas prescrições. Ainda impera um ambiente litigioso nos tribunais, nos quais é habitual encontrar partes valendo-se do processo não apenas para obter direitos materiais aos quais não faz jus, mas até violando os valores mais caros à sociedade ou os níveis de lealdade e mesmo cordialidade entre as partes.

Na área de família é comum assistir uma disputa pela guarda na qual os filhos menores, que deveriam ter seus direitos e interesses protegidos em primeiro lugar, serem as maiores vítimas de estratégia de litígio cruéis até para inimigos, isto diante da vista dos juízes. No contencioso societário é frequente que a sanha dos contendores, ex-sócios, leve a sociedade à

⁷ Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

ruína, conjuntamente com os empregos e sua função social, diante de um judiciário impassível e incapaz de tutelar o bem social representado pela existência da empresa. Nas recuperações judiciais e falências a situação não é diferente. Nas ações calcadas em relações de consumo também se tem verificado a utilização do processo para obtenções de vantagens indevidas ou negação de direitos elementares, assim como a manutenção de condutas danosas aos direitos difusos aplicável às relações de consumo sustentadas por estratégias processuais de redução de danos. A empresa pratica reiteradamente a lesão à sociedade calculando ter despesas menores com defesas inconsistentes, remunerando escritórios a valores irrisórios, inferiores aos gastos ou perdas para se adequar às suas obrigações. Advogados praticando preços vis (em uma concorrência predatória) e magistrados condenando em valores insignificantes (pelo receio de enriquecer individualmente alguns consumidores) corroboram a conduta de empresas que fazem do descumprimento de suas obrigações fonte de lucro. São inúmeros os exemplos e em todas as áreas do direito e do processo civil.

Mesmo fora do direito civil, nas reclamações trabalhistas por exemplo, passou a ser natural que as partes lancem mão de estratégias diversionistas voltadas a obter ou negar direitos materiais do adversário. No direito penal cunhou-se a expressão “direito penal do inimigo” para representar uma litigância, notadamente do Ministério Público, não pró-sociedade, mas contra o acusado na qual também se observa esta tendência de se utilizar de ações estratégicas ao invés de ações comunicativas, como as definiu Habermas, ou seja, voltadas para conseguir a vitória a qualquer preço, não um diálogo construtivo e responsável para obtenção do consenso possível. Tudo isso permitido também por negligência da magistratura de sua principal função e objetivo maior: ser instrumento da justiça, quando, para piorar, como se tem tornado absurdamente comum, não auxilia uma das partes, renunciando à sua imparcialidade.

Esta realidade desafia as prescrições das normas fundamentais do processo, assim como sua própria natureza instrumental, desrespeitada toda vez que o processo se transforma em veículo da injustiça ou da negação do direito.

Daí não se poder falar em devido processo legal sem efetivo acesso à justiça com a garantia de contraditório, ampla defesa e igualdade.

6) A AUSÊNCIA DE IMPARCIALIDADE, O COMPROMETIMENTO DA COOPERAÇÃO E DA BOA-FÉ

Na área criminal, no direito penal e no direito processual penal, surgiu a expressão “direito penal do inimigo” para sintetizar a ideia de uma ruptura com o paradigma dos objetivos

essenciais contemporâneos da tutela jurídica dos bens fundamentais à convivência social harmônica, que seriam proteger preventivamente os bens da vida e reintegrar à sociedade os indivíduos que se desviassem do caminho.

Em conjunto com a evolução das estruturas políticas da sociedade, o direito penal deixou gradativamente de ser essencialmente punitivo (a pena como vingança pela desobediência das ordens do monarca), passando por uma concepção compensatória (pena como retribuição ao apenado pelo mau causado) e alcançando a pretensão de ser restaurativa (pena como investimento no resgate do cidadão). Porém, por diversos fatores entre os quais se destaca a disseminação de uma cultura de violência e medo, por meio da qual aqueles que vivem à margem da sociedade, simultaneamente, foram desumanizados e desumanizaram-se, construíram-se as bases para um retrocesso no direito penal, em função do qual recrudescer a proposta de retomar-se o direito penal sancionador, aquele que concebe a pena como expiação, na esteira do qual surge um Ministério Público justiceiro ou vingador e um Juiz carrasco.

A degradação do cenário social na esfera criminal é também sentida nos demais ramos do direito, nos quais a substituição da lógica dos adversários, iguais como interesses em conflito, pela lógica dos inimigos, interessados prioritariamente na derrota, destruição, do opositor. Como visto nos exemplos acima, o bem-estar dos filhos tem cedido à sede de vingança de cônjuges magoados, o desejo de empreender, transformar e desenvolver a sociedade, perdido para a cizânia entre sócios inconciliáveis, a disputa saudável e franca por mercado, substituída pela busca de resultados fruto de condutas prejudiciais aos próprios consumidores, tudo isso viabilizado por estratégias concretizadas no processo.

Este retrocesso, que destrói o tecido social, porém, não poderia receber guarida no Poder Judiciário, comprometido em sua essência com a justiça, os direitos e garantias fundamentais e, acima de tudo, com a preservação do pacto social em virtude do qual a comunidade humana alcança níveis complexos de cooperação desconhecidos das outras espécies.

De fato, o direito como fomentador da paz social e criador das condições de cooperação social é posto em teste quando é utilizado exatamente para serem atingidos objetivos que visa obstar, requisitando reação à altura dos operadores de direito, notadamente dos magistrados, incumbidos constitucionalmente, em *ultima ratio*, de dar efetividade ao ordenamento.

Tudo isso é incompatível com o julgamento do processo por um juiz com concepções preconceituosas ou preconcebidas sobre os fatos ou o direito. Não existirá juiz sem história de vida nem conhecimentos jurídicos precedentes, seria impossível supor em contrário, mas é

preciso que sua experiência e seus saberes anteriores não o conduzam a um julgamento homologatório das próprias razões.

A abertura do magistrado para a contribuição cooperativa e de boa-fé dos partícipes da relação jurídica processual deve ser complementada pela ação proativa do mesmo visando propiciar no processo o ambiente para que ela ocorra. O Juiz não deve, nem pode, agir como árbitro desinteressado no resultado jurídico da ação, que, inclusive, pode se transformar em um precedente para toda a sociedade, o que não se confunde com ter interesse na vitória de um dos lados. A jurisdição é atividade estatal subordinada aos princípios inscritos no art. 37 da Carta Magna, há de ser prestada em conformidade com sua finalidade: assegurar o império do direito.

7) CONCLUSÃO

O devido processo legal e o acesso à justiça são princípios complementares e simbióticos, de forma que um não se realiza sem o outro, uma vez que não se obterá acesso efetivo à justiça se esta não processar e julgar segundo o devido processo legal, nem se atingirá este sem que o as partes litiguem perante um Judiciário imparcial, capaz de atuar com boa-fé, cooperar com os demais agentes do processo para uma solução de mérito efetiva e justa e capaz de tratar com isonomia material os litigantes.

Sem o atendimento pleno deste conjunto de condicionantes, o processo não cumpre sua função social com o direito, assim como este não realiza a sua com a sociedade. Sem direito não há justiça, sem justiça não há paz, sem paz não há garantia de vida, liberdade ou propriedade, como o direito ocidental reconhece desde a Magna Cartha. Esta concatenação, por sua vez, exige um Judiciário independente e imparcial, capaz de agir e promover no processo a boa-fé, a cooperação e a igualdade.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2010
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito processual civil**. 12^a ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição dos conflitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol.1
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Tradução de: L'età dei Diritti. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier [et. al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Trad. de L'État post-moderne. Trad. por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v.1
- FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro e a experiência portuguesa. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 230, abril/2014, pp. 369/396. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. São Paulo: Forense, 2015.
- GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vols. I e II.
- JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Trad. de: Zivilprozessrecht: ein Studienbuch.. Trad. por: F. Silveira Ramos. 25ªed. Coimbra: Almedina, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teria Geral do Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 229, março/2014, pp. 51/74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RIBEIRO, Antonio de Pádua. **O judiciário como poder político no século XIX**. In: *Revista Síntese de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out., 1999.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SPENGLER, Fabiana Marion, SPENGLER NETTO, Theobaldo. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 230, abril/2014, pp. 13/32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57ª ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.