

Contraditório, processo e democracia: pilares da justiça contemporânea

*Rafaela Schmitt Garcia**

Resumo

O presente trabalho tem por objeto o estudo do contraditório e o exercício democrático no âmbito processual. O objetivo é analisar esse princípio enquanto elemento essencial da concretização e efetivação da democracia e da justiça na esfera procedimental. Na primeira parte, cuida-se da caracterização e contextualização do princípio do contraditório. A segunda parte trata da relação entre processo e democracia, contemplando a reelaboração dos conceitos de processo e procedimento, chegando-se assim, à legitimação pela participação. Por fim, no terceiro momento, aborda-se a concretização da justiça por meio do exercício democrático no âmbito processual, concentrando-se no papel do magistrado perante o contraditório participativo, o processo cooperativo e o número crescente de demandas judiciais. A metodologia utilizada é a lógica-indutiva por meio de pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: Contraditório. Processo. Democracia. Justiça. Participação.

Introdução

O presente trabalho tem por objeto o estudo do contraditório e o exercício democrático no âmbito processual. O objetivo é analisar esse princípio, enquanto elemento essencial da concretização e efetivação da democracia e da justiça na esfera procedimental. Para tanto, na primeira parte, cuida-se da caracterização e contextualização do princípio do contraditório, tendo por base a relação entre o direito constitucional e o direito processual bem como os princípios aplicáveis ao processo, chegando-se, assim, ao devido processo legal e ao seu mais importante corolário, o contraditório.

Recebido em: 23/05/2016 | Aprovado em: 05/07/2016

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.6048>

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Mestranda em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí. Analista e assessora jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: rafaela.sg@terra.com.br

A segunda parte trata da relação entre processo e democracia, contemplando a reelaboração dos conceitos de processo e procedimento, tão bem expostos por Aroldo Plínio Gonçalves em sua obra, com base nos estudos de Élio Fazzalari. Fala-se, assim, em legitimação pela participação, que decorre da efetiva participação das partes na formação da decisão. Nesse sentido, o processo deixa de ser visualizado como simples relação jurídica e passa a ser visto como uma expressão relevante para a democracia – procedimento em contraditório – legitimando-se pela participação.

Por fim, no terceiro momento, aborda-se a concretização da justiça por meio do exercício democrático no âmbito processual, destacando-se que a legitimidade da jurisdição não depende apenas da legitimidade da participação dos seus destinatários e da legitimidade do procedimento por intermédio do qual atua, mas também da legitimidade da decisão que será proferida na demanda, ou seja, a decisão jurisdicional deve ser legítima. Concentra-se, assim, no papel do magistrado perante o contraditório participativo, o processo cooperativo e o número crescente de demandas judiciais, que avançam sobre setores da sociedade em que jamais houve interferência do Poder Judiciário, na busca por justiça.

Os resultados serão relatados de acordo com o método indutivo,¹ utilizando-se as técnicas do referente,² da categoria,³ do conceito operacional⁴ e da pesquisa bibliográfica⁵.

¹ “MÉTODO INDUTIVO: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011. p. 205.

² “REFERENTE: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. [...]” Conforme PASOLD, 2011, p. 209.

³ “CATEGORIA: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia (sic).” Conforme PASOLD, 2011, p. 197.

⁴ “CONCEITO OPERACIONAL [COP]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic) expostas.” Conforme PASOLD, 2011, p. 198.

⁵ “PESQUISA BIBLIOGRÁFICA: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” Conforme PASOLD, 2011, p. 207.

O princípio do contraditório⁶

Nos dias atuais, é recorrente a menção aos princípios processuais, reconhecendo-se a sua eficácia normativa direta. Segundo Abreu,⁷ um dos desafios atuais do direito processual civil e da teoria do processo é afeiçoar seus conceitos à realidade constitucional e, mais do que isso, visualizar a jurisdição sob o prisma político, incorporando no exercício jurisdicional os princípios e valores que qualificam o processo como instrumento da democracia no estado democrático de direito.

Dinamarco⁸ ressalta que a grande relevância do Direito Processual Constitucional consiste em revelar o significado dos princípios constitucionais que atuam sobre a ordem processual, tendo em vista que todo o conhecimento só é verdadeiramente científico quando tiver por apoio a consciência dos princípios que o regem.

No que diz respeito às ciências jurídicas, o conhecimento dos princípios é responsável pela boa qualidade e coerência da legislação, e também pela correta interpretação dos textos legais e das concretas situações examinadas. O verdadeiro cientista do direito deve ter clara noção do modo como se interrelacionam e interagem os conceitos de sua ciência e precisa remontar sempre, no estudo dos diversos institutos, aos grandes princípios que a regem.⁹

Destaca o doutrinador que o valor dos princípios nas ciências jurídicas será maior na medida em que se fortalecer a tendência à globalização dos conceitos na realidade da crescente cooperação internacional. Tal tendência, explica, conduz à valorização dos estudos de direito comparado, que enriquecem o conhecimento do direito nacional com sugestões de trocas de experiências. Por fim, o autor expõe que a diferenciação de um modelo jurídico para outro, no tempo e no espaço, se dá por conta dos princípios adotados, com maior ou menor intensidade. “É fadada ao insucesso, pelo fenômeno da rejeição, qualquer tentativa

⁶ Neste item, foi utilizada, sem transcrição exata, a monografia *Princípios constitucionais processuais: o princípio do devido processo legal e seus desdobramentos no novo Código de Processo Civil brasileiro*, produzida pela autora e submetida à Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, como trabalho de conclusão de curso para a obtenção de certificado de pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional Aplicado, em junho de 2015. Não há publicação do referido trabalho.

⁷ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo judicial como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 409-410. v. 3.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed, São Paulo: Malheiros 2013. p. 196. v. 1.

⁹ DINAMARCO, 2013, p. 196.

de transplantar para um país institutos ou soluções vigentes em outro, se não forem coerentes com os princípios vigentes naquele”.¹⁰

O direito processual, por sua vez, como ramo do direito público, recebe desse os princípios a ele aplicáveis. Essa premissa metodológica, segundo Dinamarco,¹¹ traduz um sistema de promessas e limitações: promessas de dar solução aos conflitos e conduzir os sujeitos à ordem jurídica justa e limitações consistentes em uma série de condicionamentos e restrições a esse exercício. Fala-se, assim, em tutela constitucional do processo, que consiste nos princípios e garantias constitucionais, de índole política, que compõem o moderno estado de direito. Tem o direito processual sua base no direito constitucional, que lhe fixa os fundamentos, notadamente quanto ao direito de ação e de defesa e ao exercício da jurisdição, “função soberana e indelegável do Estado”.¹²

Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹³ chamam a atenção para o fato de que a compreensão do direito por meio de princípios implica em uma ruptura com o positivismo do Estado liberal, que se expressava em um direito constituído por regras. Todavia, sublinham:

O Estado contemporâneo, caracterizado pela força normativa da Constituição, obviamente não dispensa a conformação das regras aos princípios constitucionais e sabe que isso apenas pode ser feito com o auxílio da jurisdição. Não há qualquer dúvida, hoje, de que toda norma constitucional, independentemente do seu conteúdo ou da forma da sua vazão, produz efeitos jurídicos imediatos e condiciona o ‘modo de ser’ das regras.¹⁴

Alexy,¹⁵ a seu turno, ressalta que “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandamentos de otimização”.

Por fim, como principais princípios processuais, destacam-se: princípio do devido processo legal, da igualdade ou isonomia, da legalidade, da irretroatividade da norma, da segurança jurídica e de proteção ao direito adquirido, do ato jurídico perfeito e à coisa julgada, da inafastabilidade da jurisdição, do juiz na-

¹⁰ DINAMARCO, 2013, p. 197.

¹¹ DINAMARCO, 2013, p. 198.

¹² ABREU, 2011, p. 412.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.. p. 62. v. 1.

¹⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 63.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

tural, do contraditório e da ampla defesa, da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, da motivação das sentenças e demais decisões judiciais, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição, da celeridade na tramitação dos processos, além do princípio da cooperação, acrescentado pelo novo Código de Processo Civil.

Para que se possa falar em contraditório, objeto deste trabalho, é necessário, antes, em breves palavras, tratar da locução “devido processo legal”. Nas palavras de Didier Jr.,¹⁶ ela corresponde à tradução da expressão inglesa *due process of law*. *Law* significa direito e não lei, na hipótese em estudo. Assim, o processo há de estar em conformidade com o direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. De acordo com o autor, os portugueses optaram pela expressão processo equitativo, enquanto os italianos por *processo giusto*. “Desse enunciado normativo extrai-se o princípio do devido processo legal, que confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo, etc.)”.¹⁷

Ao dispor expressamente que ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal, a Constituição federal de 1988, em seu artigo 5º, LIV, pretendeu deixar claro que somente por meio da atividade jurisdicional, exercida com exclusividade pelo Estado, é que o indivíduo poderá perder sua liberdade e seus bens, sendo vedada a imposição de tais gravames por meio de atos praticados por outros, nesses incluída a própria administração, sem a intervenção do Poder Judiciário.¹⁸

O princípio em estudo quis também proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da república brasileira.¹⁹

O devido processo legal é considerado uma cláusula aberta do sistema processual civil brasileiro ou um sobreprincípio, sendo a ele associados os subprincípios ou princípios-guia. Essas concretizações do devido processo legal, verda-

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 45. v. 1.

¹⁷ DIDIER JR., 2012, p. 45.

¹⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

¹⁹ DINAMARCO, 2013, p. 251.

deiros corolários de sua aplicação, estão previstas na Constituição brasileira e estabelecem o modelo constitucional do processo brasileiro.²⁰

O contraditório, e a ampla defesa, é considerado, assim, o principal corolário do devido processo legal. Nesse sentido, expõe Lima:

A importância do princípio do devido processo legal é tamanha e seu campo de incidência tão vasto, que é difícil estabelecer uma linha divisória que o distinga dos demais princípios atinentes ao processo, tal como constam da legislação ordinária e mesmo da Constituição. E a dificuldade aumenta se pensamos em classificar e sistematizar os diversos componentes que o integram. Pode-se afirmar, seguramente, que todos os outros princípios de natureza processual são densificações do princípio do devido processo legal. Significa dizer que tais princípios “estariam presentes no sistema positivo ainda que não tivessem sido incluídos expressamente no texto constitucional”. Dentre esses, destacam-se, enquanto seus principais corolários, os princípios do contraditório e da ampla defesa [...].²¹

Acerca do contraditório, ressalta-se que em todo processo contencioso há ao menos duas partes: autor e réu. O autor, também denominado demandante, instaura a relação processual, invocando a tutela jurisdicional. Porém, a relação processual somente se completa e é capaz de levar ao provimento judicial com o chamamento do réu a juízo. O juiz, a seu turno, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas, tendo em vista o seu dever de imparcialidade.²² Possibilita, assim, aos litigantes, a exposição de suas razões, a fim de que se alcance o justo desfecho do processo.

Sabe-se que foi a partir da Constituição de 1988, art. 5º, LIV, que o princípio do devido processo legal passou a figurar expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. No inciso seguinte do referido artigo, LV, o diploma constitucional faz referência expressa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que, a propósito, já eram considerados verdadeiros dogmas constitucionais.

O contraditório apareceu expressamente pela primeira vez na Constituição de 1937, que, todavia, por força da ditadura característica do período, não assegurou a observância dos direitos nela previstos. A Constituição de 1946 previu o contraditório, assim como a de 1967 e a de 1969, em dispositivos separados da ampla defesa.

²⁰ DIDIER JR., 2012, p. 47.

²¹ LIMA, Iara Menezes. O devido processo legal e seus corolários: contraditório e ampla defesa. *Revista brasileira de estudos políticos – RBEP*, n. 96, p. 161-189, Belo Horizonte, jul-dez 2009.

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 74.

Desde a sua primeira previsão, as garantias do contraditório e da ampla defesa tiveram seu campo de aplicação circunscrito ao âmbito do processo penal. Apesar disso, houve ao longo do tempo, por força da atuação da doutrina e da jurisprudência, uma ampliação desse âmbito de incidência, passando as mencionadas garantias a serem aplicadas ao processo cível (sentido lato), o que veio a ser ratificado expressamente pela Constituição de 1988.²³

A Constituição de 1988 é mais explícita ao abordar essas garantias, dispondo que “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”.²⁴

Para Dantas, o princípio do contraditório é também denominado audiência bilateral, facultando às partes e aos acusados em geral a chance de se manifestar sobre todas as alegações e documentos produzidos pela parte contrária. “Decorre desse princípio a necessidade de concessão de igualdade de tratamento a ambas as partes de uma relação processual”.²⁵

Greco Filho²⁶ define o contraditório como meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, eis que esta consiste na oportunidade de o réu contraditar a acusação. Para Câmara,²⁷ o contraditório é o mais relevante entre os corolários do devido processo legal, destacando que a mais moderna doutrina sobre o processo afirma que esse não existe sem contraditório. Por fim, no pensamento de Cintra, Grinover e Dinamarco,²⁸ o princípio do contraditório é tão intimamente ligado ao exercício de poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina o considera inerente mesmo à própria noção de processo, razão pela qual, atualmente, ele é entendido como procedimento em contraditório, como se verá a seguir.

A relação entre processo e democracia

O processo jurisdicional pode atualmente ser compreendido como instrumento da jurisdição e como instrumento de garantia de direitos. Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, “o processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vista ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a

²³ LIMA, 2007, p. 176.

²⁴ Art. 5º, LV, Constituição Federal de 1988. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 fev. 2016.

²⁵ DANTAS, 2015, p. 34.

²⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 129.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 49. v. I.

²⁸ CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2014, p. 74.

atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera”.²⁹

E prosseguem, afirmando que processo e procedimento não se confundem, eis que este é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo.

A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.³⁰

De acordo com a doutrina tradicional, quanto à natureza jurídica, o processo é uma relação angular ou triangular, da qual fazem parte autor, Estado-juiz e réu. Além disso, são visualizadas, separadamente, a relação jurídico-material e a relação jurídico-processual, tendo em vista pressupostos e condições específicas para a caracterização de uma e outra.

Todavia, como destaca Abreu, essa acepção de processo e procedimento, sustentada no critério teleológico e de relação jurídica, tem sofrido críticas da doutrina mais consistente e atualizada:

O procedimento, bem de ver, não é só mera exterioridade, já que tem a mesma finalidade do processo a que se vincula. Ademais, o conceito de procedimento é restritivo e pouco elaborado. Ao se conceber o processo como relação jurídica, ele é exposto às críticas aduzidas no plano da teoria geral do Direito, de Kelsen à teoria das situações jurídicas.^{31, 30}

Segundo o mencionado autor, não há como entender que, no processo, uma das partes possa exigir da outra o adimplemento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e sujeito passivo. Ademais, não se pode esquecer que o processo não se confunde com a situação de direito material, ou de direito substancial.

Nesse pensar, a pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual escamoteou a realidade concreta, possibilitando a construção de uma ciência processual ensimesmada, imersa em si própria, que não se atenta à realidade de direito material e à vida dos homens.³²

Significa dizer que, ao ignorar a realidade concreta dos sujeitos, o sistema centrado na jurisdição é capaz de acolher qualquer forma de exercício de poder.

²⁹ CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2014, p. 301.

³⁰ CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2014, p. 301.

³¹ ABREU, 2011, p. 442-443.

³² ABREU, 2011, p. 451.

A abstração e a neutralidade do conceito de relação jurídica processual são bastante para ocultar qualquer vontade estatal. Todavia, o Estado não é neutro, porquanto tem fins e projetos a serem concretizados em razão de seus valores, desconsiderados pelo conceito pandectístico.³³

Fala-se, assim, em legitimação pela participação, que decorre da efetiva participação das partes na formação da decisão, ou seja, o processo requer a legitimidade do exercício da jurisdição e a efetividade da participação das partes, necessária para legitimar a tarefa jurisdicional.³⁴

Nesse sentido, o processo deixa de ser visualizado como simples relação jurídica, mas passa a ser visto como uma expressão relevante para a democracia, legitimando-se pela participação. Dessa forma, é identificado como procedimento em contraditório, eis que este pode ser definido como a oportunidade de participação paritária.

Segundo Gonçalves,³⁵ a caracterização do processo como uma espécie de procedimento exigiu a reelaboração de seu conceito. O autor expõe que o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. Assim, a atividade preparatória do provimento é o procedimento que, normalmente, chega a seu termo final com a edição do ato por ele preparado.

Destaca que a contribuição efetiva para a renovação do conceito de procedimento no direito processual vem de Élio Fazzalari,³⁶ que caracterizou os provimentos como atos imperativos do Estado, emanados dos órgãos que exercem o poder, nas funções legislativa, administrativa ou jurisdicional, considerando, assim, o procedimento uma atividade preparatória do provimento. “O provimento implica na conclusão de um procedimento, pois a lei não reconhece sua validade, se não é precedido das atividades preparatórias que ela estabelece”.³⁷

Neste pensar, o processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. E conclui Gonçalves:

³³ ABREU, 2011, p. 442-443.

³⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015p. 434.

³⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 102-103.

³⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. Quinta Edizione: Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1989 apud Gonçalves, 1992, p. 112.

³⁷ GONÇALVES, 1992, p. 112.

Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles. [...] Chega-se, assim, ao processo como “espécie” de procedimento realizado através de contraditório entre os interessados, que, no processo jurisdicional, são as partes.³⁸

Desse modo, o processo existirá sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, sendo que a sua essência está, na nomenclatura utilizada por Élio Fazzalari, na simétrica paridade da participação dos interessados nos atos que preparam o provimento, como seus destinatários.

O contraditório passa a ser entendido então como uma garantia de participação das partes, verificada a paridade de armas, ou seja, a justiça interna no processo, que se caracteriza pela distribuição de maneira igualitária das mesmas oportunidades de atuação.

Destaca-se que a ideia de participação, como um fator integrante do contraditório, já estava incorporada à sua compreensão. Porém, ele deixa de ser simplesmente o ‘dizer’ e o ‘contradizer’. Nas palavras de Gonçalves:

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.³⁹

Conclui o autor que a caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível com o conceito de processo como relação jurídica, que recai sobre um vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infraordenação, de sujeição. Define garantia como liberdade assegurada. Assim sendo, os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos, sendo que o processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro, não havendo ponto de identificação entre eles.⁴⁰

Marinoni, Arenhart e Mitidiero destacam que é possível dizer que o processo é legitimado pela participação, desde que elimine a coincidência da participação no processo com o contraditório:

³⁸ GONÇALVES, 1992, p. 113-114.

³⁹ GONÇALVES, 1992, p. 115.

⁴⁰ GONÇALVES, 1992, p. 132.

Em tal perspectiva é preciso atribuir à participação um raio mais amplo, que englobe a publicidade dos atos jurisdicionais e sua devida fundamentação. Se o direito de participar é não só o direito de influir sobre o convencimento do juiz, mas também o direito de estar junto a ele ou de estar cuidando para que a atividade jurisdicional não seja arbitrária, é evidente que a participação requer a publicidade e a fundamentação, especialmente a fundamentação das decisões que consideram a lei diante dos direitos fundamentais.⁴¹

Tal compreensão fundamenta-se no princípio democrático, eis que a democracia tem como sua essência a participação, que torna o exercício do poder legítimo. Assim, no processo jurisdicional exerce-se o poder do Estado, que é legitimado por meio da participação, tendo em vista que o processo deve refletir o estado democrático de direito.

Abreu⁴² destaca que a participação efetiva dos interessados no provimento deve ser garantida, pressupondo informação, já que ela constitui um requisito indispensável para a efetivação do próprio direito de liberdade de expressão. Daí por que a participação no processo jurisdicional está atrelada diretamente à ideia de efetividade do princípio do contraditório. “O exercício do poder, no processo, é legitimado pela possibilidade de participação, de modo a ser-lhe conferida, na dicção de Dinamarco, a dimensão de microcosmo do Estado Democrático de Direito”.⁴³

Atualmente, de maneira objetiva, o princípio do contraditório é decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão.

A garantia de participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.⁴⁴

Cita-se, ainda, a dimensão substancial do contraditório, qual seja, o poder de influência. Significa que não é suficiente permitir a participação da parte no processo, mas também lhe dar o poder de influenciar a decisão do magistrado, através da mencionada participação.

⁴¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 444.

⁴² ABREU, 2011, p. 457.

⁴³ ABREU, 2011, p. 442-443.

⁴⁴ DIDIER JR., 2012, p. 57.

Nas palavras de Didier,⁴⁵ se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. Repisa-se, assim, que o contraditório não se efetiva apenas com a oitiva dos interessados, exigindo-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Nesse sentido, um processo efetivamente democrático exige do magistrado uma postura ativa, uma atuação intensa, a fim de que a paridade de armas e a participação dos interessados sejam resguardadas. Diante disso, o processo requer, atualmente, uma relação dialógica e humana entre o juiz e os demais sujeitos do processo, a fim de que seja alcançada a verdadeira justiça.

A concretização da Justiça por meio do exercício democrático no âmbito processual

É evidente que o processo, nos dias de hoje, não pode ser visto somente como relação jurídica, mas, sim, como um relevante elemento para a democracia. Em razão disso, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação; deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais; e ainda, produzir uma decisão legítima.⁴⁶

Significa dizer que a legitimidade da jurisdição não depende apenas da legitimidade da participação dos seus destinatários e da legitimidade do procedimento por meio do qual atua, mas também da legitimidade da decisão que será proferida na demanda, ou seja, a decisão jurisdicional deve ser legítima, principalmente quando o juiz confronta a lei infraconstitucional diante dos direitos fundamentais, previstos constitucionalmente.

Portanto, o processo deixou de ser um instrumento voltado à simples atuação da lei para ser um instrumento preocupado com a tutela dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado Constitucional, além de atribuir significado aos dispositivos constitucionais, legais e ao caso concreto, tem o dever de compreender a legislação na dimensão dos direitos fundamentais.⁴⁷

Desse modo, a fim de que seja legitimado democraticamente, é imprescindível que o processo se estruture para que os direitos sejam efetivamente tute-

⁴⁵ DIDIER JR., 2012, p. 57.

⁴⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 435-436.

⁴⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 440.

lados. Isso ocorre por meio da tríade contraditório-fundamentação-publicidade. Nesse sentido, é possível dizer que o processo requer um procedimento aberto à participação, ou seja, ele é o procedimento em contraditório que não dispensa a publicidade e a argumentação explicitada por meio da fundamentação. Apenas essa forma de participação é capaz de legitimar o processo.⁴⁸

Chama-se a atenção, assim, para a postura do magistrado diante do modo como o processo se estrutura a partir de então. Isso porque um processo democrático, fundado na isonomia, exige do juiz uma postura mais ativa do que aquela observada no passado, estendendo a ele, também, o dever de participação. A propósito, Gonçalves destaca:

O juiz é sujeito do processo, é o sujeito que tem a titularidade não apenas do ato do provimento final, mas de provimentos emitidos no curso do procedimento, sempre que decisões são proferidas, e de outros tantos atos processuais que a lei lhe reserva, na preparação do ato final, enquanto investido na função jurisdicional, enquanto órgão pelo qual o Estado fala. Sendo sujeito de atos processuais, é claro que ele participa do processo.⁴⁹

O autor destaca, ademais, que a participação do juiz não o transforma em contraditor. Ele não participa em contraditório com as partes, pois não há interesse em disputa. Perante os interesses em jogo, o juiz é terceiro, e deve ter essa posição para poder comparecer como sujeito de atos de um determinado processo e como autor do provimento. Por conta disso, as partes possuem controle sobre os atos do juiz, podendo se valer do duplo grau de jurisdição como garantia de direitos processuais, sempre que eles não forem observados.

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.⁵⁰

Dinamarco, a seu turno, assevera que a garantia do contraditório significa que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. Desse modo, a garantia resolve-se em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. “É do passado a afirmação do

⁴⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 444.

⁴⁹ GONÇALVES, 1992, p. 120.

⁵⁰ GONÇALVES, 1992, p. 132.

contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”.⁵¹

É certo que a atuação do juiz pode ser vista como uma forma de participação, sem, contudo, ser confundida com a qualidade que se atribui à participação das partes. “O juiz deve participar para garantir que a participação seja igualitária e, assim, para que eventual falha na participação de uma delas possa ser suprida”.⁵²

Nesse sentido, Dinamarco⁵³ expõe que instaurado o processo, cresce, hoje, a tendência a reforçar os poderes do juiz e seus deveres de participação. Ao mesmo tempo, o sistema processual é construído de modo a oferecer a cada uma das partes, ao longo de todo o procedimento, oportunidades para participar pedindo, alegando e provando.

Essa é a dinâmica do pedir-alegar-provar, em que se resolve o contraditório posto à disposição das partes. Essa participação torna-se criticamente necessária para a defesa dos direitos em juízo quando surge algum ato contrário ao interesse do sujeito. Diz-se então que o contraditório se exerce mediante reação aos atos desfavoráveis, quer eles venham da parte contrária ou do juiz – reage-se à demanda inicial contestando e à sentença adversa, recorrendo.⁵⁴

Exemplo disso é que, ao contemplar uma questão jurídica não colocada pelas partes no processo, o órgão jurisdicional, antes de decidir, deve submeter a nova abordagem à discussão, intimando-as para se manifestar a respeito. Tal ato nada mais é do que o exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional, evitando-se uma decisão-surpresa.

Ademais, a produção da prova não é mais monopólio das partes. O magistrado deve, quando necessário, lembrá-las sobre o ônus da prova, sobre a importância de manifestar-se acerca de determinado fato e, ainda, determinar provas *ex officio* com o objetivo de elucidar os fatos.⁵⁵

Cintra, Grinover e Dinamarco, em obra conjunta, esclarecem o caráter dialético do processo, que é conduzido através de contradições a serem superadas pela atividade sintetizadora do juiz:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra, somen-

⁵¹ DINAMARCO, 2013, p. 220.

⁵² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 450.

⁵³ DINAMARCO, 2013, p. 221.

⁵⁴ DINAMARCO, 2013, p. 222.

⁵⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 450.

te assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético.⁵⁶

Por essa razão, defendem que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de colaboradores necessários – isto é – cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.⁵⁷

Noutro prisma, Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁵⁸ destacam que não há como supor que o contraditório possa ser violado em razão da participação do juiz. Na verdade, ele é fortalecido pela sua postura ativa, na medida em que também participa do processo. Igualmente, o princípio da imparcialidade do juiz não é obstáculo para a participação ativa do julgador na instrução. Cabe, ainda, ao juiz participante, reprimir a litigância de má-fé, pois, prevalecendo no processo o interesse público na realização da justiça, é dever do juiz evitar que procedimentos escusos alterem o seu destino ou protelem o seu fim.

Além disso, o contraditório deixa de ser uma mera garantia de conteúdo formal e passa a representar uma possibilidade real de participação, tendo em vista que não há como conceber um processo legítimo e democrático que permita a exclusão de alguém do direito de participar por razões de ordem econômico-social. Nesse âmbito, destaca-se a garantia da assistência judiciária gratuita e a participação igualitária das partes, considerando-se suas dificuldades econômicas e as particularidades do caso concreto.⁵⁹

Em suma, o que o contraditório significa, atualmente, é não apenas o direito conferido às partes de serem informadas sobre os acontecimentos processuais, mas, também, os direitos de participação e de reação no processo e, ainda, de influência no resultado da atividade jurisdicional. E mais: o contraditório é norma que se volta não apenas às partes, mas, também, ao juiz, que passa a ser visto como sujeito do contraditório.⁶⁰

⁵⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 55-56.

⁵⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 56.

⁵⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 450-451.

⁵⁹ ABREU, 2011, p. 460.

⁶⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 273.

Abreu⁶¹ destaca, ainda, a imensa responsabilidade social e política do juiz, eis que esse, no cumprimento da atividade jurisdicional, assim como o Judiciário, passa a ser o ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Nesse prisma, ao contrário do que ocorria no passado, não é mais dependente da política, tendo em vista que o constitucionalismo democrático reflete a crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário na vida coletiva, justificando o manejo de expressões como democracia jurisdicional ou democracia deliberativa.

É importante ressaltar que, atualmente, o que se observa é a crescente judicialização da política e das relações sociais, que impulsiona a atuação do Poder Judiciário a todos os setores da vida social: moral, bioética, relações familiares, mercado de consumo e políticas públicas.

Esta procura por Justiça é universal, aplicável não somente a qualquer relação (homens/mulheres, patrão/empregado, governantes/governados, pais/filhos etc.), mas também a todos os homens, qualquer que seja a sua cultura e o Estado que os criou. Em contrapartida, se tudo e todos são justificáveis, espera-se também tudo da Justiça – não apenas uma justiciabilidade ilimitada, mas também uma “justiça total”. Agora, a Justiça não se limita apenas a dizer o justo, deve simultaneamente instruir e decidir, aproximar-se e manter as suas distâncias, conciliar e optar, julgar e comunicar.⁶²

Segundo o autor, as sociedades não se tornaram mais processuais porque as barreiras dos sistemas se abriram, porquanto a explosão de processos não é um fenômeno jurídico, mas social.

O contraditório, nesse contexto, desdobra-se em diversos aspectos. O primeiro deles é o da tradicional audiência bilateral; o segundo é o conjunto de prerrogativas que compõem a ampla defesa; o terceiro é a flexibilidade dos prazos, de acordo com as necessidades defensivas da parte; o quarto é a igualdade concreta, onde se destaca a intervenção equalizadora do juiz. O contraditório atual, participativo, é entendido, portanto, como a projeção no processo do primado da dignidade humana, baseado na relação dialógica entre o juiz e os demais sujeitos processuais.⁶³

Nada mais harmônico ao ideal e à compreensão de justiça do que a concretização da dignidade humana. A respeito, destaca Mitidiero:

⁶¹ ABREU, Pedro Manoel. Reflexão sobre o judiciário e o poder dos juízes em tempos de constitucionalismo contemporâneo. In: _____. *Jurisdição e processo: desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea*. Florianópolis: Conceito, 2016. p. 98-99.

⁶² ABREU, Pedro Manoel. Magistratura como justiça cidadã – juiz cidadão como paradigma de uma justiça humanizada. In: _____. *Jurisdição e processo: desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea*. Florianópolis: Conceito, 2016. p. 107.

⁶³ ABREU, 2011, p. 464.

O processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. [...] Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local 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.⁶⁴

Ademais, um procedimento justo envolve também a participação, principalmente por meio de demandas coletivas, onde se defendem direitos econômicos, sociais, ambientais e culturais de suma importância para a população. O processo se torna, assim, um instrumento de participação no poder.⁶⁵

Por fim, destaca-se que o estudo do direito processual sempre tem como finalidade o processo que se desenvolve de acordo com os valores constitucionais, a fim de que seja alcançada a verdadeira justiça.

Dessa forma, a aspiração por um processo que possa ser efetivamente chamado de justo, razoável e cooperativo deve partir do estudo do contraditório e de seu redimensionamento, eis que ele se mostra, efetivamente, um dos mais importantes corolários do devido processo legal.

Considerações finais

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que o estudo dos conceitos e princípios que regem a ciência do Direito merecem sempre ser revistos, a fim de que possam ser aplicados de acordo com o momento histórico, político e social vigente, e principalmente para que permaneçam atendendo à função de elementos necessários à concretização da justiça.

Nesse sentido, o estudo do contraditório deve partir da compreensão de devido processo legal, tendo em vista que, junto à ampla defesa, é considerado seu principal corolário.

Destaca-se que o princípio do contraditório está intimamente ligado ao exercício de poder, sendo considerado pela doutrina como inerente à própria noção de processo, razão pela qual, atualmente, é entendido como procedimento em contraditório.

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

⁶⁵ ABREU, 2011, p. 467.

Supera-se, assim, a concepção tradicional de contraditório como relação jurídica, falando-se em legitimação pela participação, que decorre da efetiva participação das partes na formação da decisão, isto é, o processo requer a legitimidade do exercício da jurisdição e a efetividade da participação das partes, necessária para legitimar a tarefa jurisdicional. Assim, o processo passa a ser visto como uma expressão relevante para a democracia, legitimando-se pela participação.

Destaca-se que a caracterização do processo como uma espécie de procedimento exigiu a reelaboração do conceito deste, o que pode ser observado nos estudos de Élio Fazzalari, relatados na obra de Aroldo Plínio Gonçalves. Nessa concepção, o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.

O contraditório passa a ser entendido, desse modo, como uma garantia de participação das partes, verificada a justiça interna no processo, que se caracteriza pela distribuição de maneira igualitária das mesmas oportunidades de atuação. Essa compreensão fundamenta-se no princípio democrático, eis que a democracia tem como sua essência a participação, que torna o exercício do poder legítimo.

Ademais, o contraditório não se efetiva apenas com a oitiva dos interessados, exigindo-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Por conseguinte, um processo efetivamente democrático exige do magistrado uma postura ativa, uma atuação intensa, a fim de que a paridade de armas e a participação dos interessados sejam resguardadas.

Diante disso, o processo requer, hoje, uma relação dialógica e humana entre o juiz e os demais sujeitos, a fim de que seja alcançada a verdadeira justiça. Significa dizer que um processo democrático estende ao juiz o dever de participação, ressaltando-se que as partes, em relação a ele, não têm papel de antagonistas, mas sim de colaboradores necessários.

O contraditório deixa, portanto, de ser uma mera garantia de conteúdo formal e passa a representar uma possibilidade real de participação, tendo em vista que não há como conceber um processo legítimo e democrático que permita a exclusão de alguém do direito de participar por razões de ordem econômico-social.

O contraditório atual é entendido, assim, como a projeção no processo do primado da dignidade humana, cuja observância se mostra fundamental para que alcance a justiça através da participação, da cooperação e do exercício democrático no âmbito jurisdicional.

Contradictory, process and democracy: pillars of contemporary justice

Abstract

This study's purpose is the study of the contradictory and democratic exercise in the procedural framework. The objective is to analyze the principle mentioned, as an essential element of the implementation and realization of democracy and justice in the procedural sphere. The first part takes care of the characterization and contextualization of the adversarial principle. The second part deals with the relationship between process and democracy, considering the redesigning of process concepts and procedures, reaching thus the legitimation by participation. Finally, the third point deals with the achievement of justice through democratic exercise in the procedural framework, focusing on the magistrate's role towards the participatory contradictory, cooperative process and the growing number of lawsuits. The methodology used is the logical-inductive through literature searches.

Keywords: Adversarial principle. Contradictory. Process. Democracy. Justice. Participation.

Referências

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

_____. Reflexão sobre o judiciário e o poder dos juízes em tempos de constitucionalismo contemporâneo. In: *Jurisdição e processo: desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea*. Florianópolis: Conceito, 2016.

_____. Magistratura como justiça cidadã – juiz cidadão como paradigma de uma justiça humanizada. In: *Jurisdição e processo: desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea*. Florianópolis: Conceito, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 fev. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. I.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. Quinta Edizione: Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1989 apud Gonçalves, 1992, p. 112.

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

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

LIMA, Iara Menezes. O devido processo legal e seus corolários: contraditório e ampla defesa. *Revista brasileira de estudos políticos – RBEP*, n. 96, p. 161-189, Belo Horizonte, jul-dez 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.