

DO CARÁTER DIALÉTICO DO PROCESSO: A NECESSIDADE E INEVITABILIDADE DE SE REPENSAR O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E O PAPEL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA CONSECUÇÃO DESTE OBJETIVO¹.

Vladimir Andrei Ferreira Lima²

Sumário: Introdução. 1. Estado e Democracia 1.1. Da autotutela ao Estado Democrático de Direito. 1.2. Da legitimidade no exercício da função jurisdicional; 2. Processo e Democracia; 2.1. Direito Processual Constitucional; 2.2 O princípio do contraditório; 2.2.1. Devido processo legal e contraditório; 2.2.2. Contraditório formal; 2.2.3. Contraditório Substancial; 2.2.3.1. O direito de ter seus argumentos considerados; 2.2.3.2. A cooperação; 2.2.4. Considerações finais acerca do contraditório substancial; 2.3. Princípio da motivação das decisões; 2.4. Princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito; 2.5. Princípio do acesso à justiça; 2.6. A duração razoável do processo; 3. Diálogo e Democracia; 3.1. O caráter argumentativo do direito; 3.2. O caráter dialético do processo; 3.2.1. Teorias do direito; 3.2.2. O art. 489 novo CPC; 4.2.3. O processo dialético; Conclusões; Referências Bibliográficas.

¹ Artigo desenvolvido a partir de monografia apresentada, pelo autor, à Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, como requisito parcial para a obtenção do título pós-graduação em Direito Processual Civil, desenvolvido sob a orientação do prof. Daniel de Paula Lamounier.

² Advogado. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo: Os órgãos jurisdicionais tem sido objeto de constante crítica no que se refere a condução do processo e a qualidade das decisões proferidas. Os operadores do direito e a doutrina clamam por mudanças no exercício da função jurisdicional, de maneira a se implementar um devido processo constitucional, em sintonia com o princípio democrático. Assim, este estudo se propõe a fazer uma releitura do processo e seus princípios, para adequá-los aos valores propagados pelo Estado Democrático de Direito, e assim tornar verdadeiramente legítimo o exercício da função judicial pelo Estado, bem como propiciar a produção de decisões de maior qualidade. Será analisada ainda, a contribuição que o novo Código de Processo Civil pode trazer para alcançar este objetivo. E, a metodologia utilizada para se chegar à finalidade proposta, envolve uma extensa pesquisa doutrinária, incluindo obras recentes destinadas ao estudo do novo Código de Processo Civil, bem como uma profunda análise de alguns institutos, acompanhada de seu resgate histórico. Ao final, demonstraremos que não há mais espaço para uma estrutura processual que não permita a ativa participação e diálogo entre as partes, incluindo, o magistrado, e ainda que o novo Código de Processo Civil vem ao encontro da consolidação de um processo edificado em torno de valores constitucionais, trazendo também grande avanço na constituição de um processo democrático.

Palavras-Chave: legitimidade da função jurisdicional. Devido processo constitucional. Estado Democrático de Direito. Participação e diálogo no processo. novo Código de Processo Civil.

Abstract: The judicial organs have been the subject of constant criticism in relation the conduct of proceedings and the quality of judgments. The operators of the right and the doctrine call for changes in the exercise of judicial functions, in order to implement a constitutional due processin harmony with the

democratic principle. Thus, this study aims to make a new reading of the process and its principles, to adapt them to the values propagated by the Democratic State of Law, and so become truly legitimate the exercise of the judicial function by the State, and to foster the production decisions better quality. Will be analyzed still the contribution that the new Code of Civil Procedure can bring to accomplish this. And the methodology used to reach the proposed purpose, involves an extensive doctrinal research, including recent works intended for the study of the new Civil Procedure Code, as well as a thorough analysis of some institutes, accompanied by her historical review. Finally, we demonstrate that there is no room for a processual structure that does not allow the active participation and dialogue between the parties, including the magistrate, and that the new Civil Procedure Code comes to meet the consolidation of a process built around constitutional values, and bringing breakthrough in the establishment of a democratic process.

Keywords: Legitimacy of the judicial function. Constitutional due process. Democratic State of Law. Participation and dialogue in the process. The new Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO



exercício da função jurisdicional tem sido alvo de intensa crítica doutrinária nos últimos anos. Questiona-se não só a capacidade do Estado de proferir uma decisão em duração razoável, mas a qualidade dos provimentos que são emanados pelos órgãos jurisdicionais. As reformas pontuais pelas quais o Código de Processo Civil tem passado, exceção da que culminou no novo Código, revelam com nitidez uma maior preocupação com a necessidade de se julgar mais processos, em de-

trimento da qualidade das decisões prolatadas.

Em que pese a imensa produção bibliográfica ressaltando a imprescindibilidade de se adequar o processo aos preceitos constitucionais e aos valores democráticos, os órgãos jurisdicionais têm demonstrando resistência de implementá-los, certamente, por entenderem que a consecução de um processo à luz dos princípios da Constituição Federal, atrasaria ainda mais a entrega da prestação judicial. Contudo, quando a atividade judicial se desenvolve à revelia dos valores e princípios constitucionais aplicados ao processo, uma eventual decisão que venha a ser proferida será carecedora de legitimidade tendo em vista que o Estado brasileiro se propõe a ser um Estado Democrático de Direito, de modo que não está autorizado a, no exercício da função jurisdicional, conduzir o processo e prolatar sentenças e acórdãos em dissonância dos princípios estruturantes deste Estado.

Assim, propomos nesse estudo uma releitura do processo e seus princípios no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, para que se possa falar em um exercício verdadeiramente legítimo da atividade jurisdicional. Será feita também, uma análise do impacto do novo Código de Processo Civil na consecução de um processo alinhado aos valores democráticos. E para consecução desse objetivo este estudo será estruturado nas seguintes etapas.

Inicialmente, será abordado no primeiro capítulo, ainda que de maneira sucinta, alguns aspectos da forma de evolução dos meios de solução do conflito, até se chegar à consolidação do Estado Democrático de Direito, no qual esta função de dirimir os antagonismos entre as partes é atribuída a um órgão específico, encarregado da atividade jurisdicional, enquanto outros órgãos se ocupam com as demais funções estatais. Será discutido ainda nesta primeira etapa, de onde os órgãos jurisdicionais retiram sua legitimidade para impor suas decisões aos particulares, afetando assim a sua esfera de direito, e, por fim, a

íntima relação que se estabelece entre a legitimidade das decisões judiciais e o princípio democrático, que emanada do art. 1º da Constituição Federal.

Subsequentemente, no capítulo seguinte, será feita uma detida abordagem do processo e seus princípios, uma vez que é através do processo que se desenvolve a atividade jurisdicional, e ele deve ser conduzindo com a observância dos princípios constitucionais. Assim, será feita uma breve análise das principais teorias processuais (processo enquanto relação jurídica, processo enquanto procedimento em contraditório e processo constitucional), demonstrando-se que a teoria que está em maior consonância com o ordenamento jurídico vigente é a teoria fazzalariana interpretada à luz da teoria do processo constitucional, pois na verdade o processo é um procedimento constitucionalizado que se desenvolve em contraditório.

A partir dessa teoria chegaremos ao primeiro princípio a ser estudado, o devido processo constitucional, que é decorrente da releitura do devido processo à luz dos valores constitucionais.

Por conseguinte, será analisado o segundo princípio, e mais relevante corolário do devido processo constitucional: o contraditório. Demonstrar-se-á que o contraditório em sua visão tradicional, denominada de contraditório formal, que se resume no binômio informação-reação e na garantia da simétrica paridade de armas, está superado. Tem se consolidado a noção substancial do contraditório, notadamente marcada pelo direito de ter seus argumentos considerados pela decisão judicial (também denominado de poder de influência), bem como pela cooperação entre as partes como forma de se garantir a observância do princípio democrático no processo, trazendo, assim, legitimidade ao provimento jurisdicional.

Logo em seguida será apresentado o princípio da fundamentação das decisões judiciais, que está intimamente ligado ao contraditório, e que também é importantíssimo na consoli-

dação de um processo pautado por valores democráticos, e para efetivação do diálogo entre as partes. E posteriormente far-se-á alguns breves apontamentos acerca do princípio da vinculação da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito.

Será abordado também o princípio do acesso a justiça que tem estreita correlação com o direito de ação, que é o modo como é provocada a atividade jurisdicional. Demonstrar-se-á que este princípio não se efetiva com o simples acesso da parte ao judiciário, uma vez o acesso deve ser a uma ordem jurídica justa, pautada no princípio democrático e nos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

E para encerrar esse capítulo, será trazido à tona o princípio da razoável duração do processo. Será mostrado que o caminho para se buscar a celeridade processual não é através da supressão das garantias constitucionais. Atualmente, há uma clara preocupação com a quantidade de processos a serem julgados do que com a qualidade do provimento jurisdicional, o que, naturalmente, não deve ocorrer em um Estado de Direito, de modo que deve ser buscada a razoável duração do processo sem que haja a supressão de etapas processuais ou de qualquer princípio decorrente do devido processo legal.

Por fim, no último capítulo, trataremos da estrutura dialógica que o processo deve assumir, como uma decorrência do Estado Democrático de Direito e suas implicações. E, para se iniciar a exploração desse tema, serão analisadas sucintamente as teorias jurídicas de Viehweg, Dworkin e Habermas.

Por conseguinte, analisaremos o artigo 489 do novo Código de Processo, que traz requisitos mais rígidos, que devem ser observados pela sentença, demonstrando, assim, a preocupação do legislador com o diálogo no processo e com a legitimidade e qualidade das decisões judiciais.

Visto todos esses aspectos, por derradeiro, tentaremos demonstrar que o novo Código de Processo Civil será uma marco na efetivação de valores constitucionais no processo,

especialmente no que se refere à implementação do princípio democrático em sua estrutura através do diálogo, destacando ainda, que mesmo que o novo Código não normatizasse esses avanços, é inevitável reconhecer sua existência, não havendo mais espaço para um processo que não siga uma estrutura dialógica no Estado Democrático de Direito brasileiro.

1. ESTADO E DEMOCRACIA

1.1. DA AUTOTUTELA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É cediço que nos primórdios da sociedade, antes mesmo do surgimento do Estado-juiz ou da função estatal legislativa e administrativa, os conflitos de interesses eram resolvidos por meio da autotutela. A parte mais forte e astuta sobrepunha sua vontade ao vencido através da força, satisfazendo, assim, sua pretensão.

Outra forma utilizada para dirimir as disputas surgidas era a autocomposição, que ocorria, basicamente, através de três formas: da renúncia à pretensão (desistência); da renúncia à resistência oferecida à pretensão (submissão); e da concessão recíproca entre as partes (transação).

Naturalmente, em virtude dos reflexos negativos desses sistemas, em que os interessados direta e pessoalmente atuavam na resolução de suas adversidades (de modo que a solução nem sempre era a mais justa), seja através da força ou do consenso, percebeu-se a necessidade de se adotar outros meios para dirimir os antagonismos surgidos entre os indivíduos.

Assim, com a evolução cultural das civilizações, a autotutela foi sendo abandonada gradualmente e a atribuição de por fim a um litígio começou a ser delegada a um terceiro, desinteressado e imparcial, de confiança recíproca das partes. Os árbitros eleitos para este papel geralmente eram os sacerdotes, que

decidiam de acordo com a vontade dos deuses, ou os anciões, profundos conhecedores dos costumes locais. Este modelo arbitral, inicialmente era facultativo. Nesse sentido:

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se (sic) apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução *parcial* dos seus conflitos (*parcial* = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de *árbitros*, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciões, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convivência coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois surge o juiz antes do legislador (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. 1997, p. 21/22, grifos do original).

Contudo, a ausência de uma sistematização de regras para solução das controvérsias, o que implicava decisões muitas vezes injustas e não uniformes, acompanhada do desenvolvimento do Estado, fez com que este tomasse para si a atribuição de solucionar os conflitos entre os indivíduos. Mas na fase inicial desse novo sistema em ascensão, o poder de decisão emanava diretamente do soberano e não de um poder judiciário autônomo e independente nos moldes do existente atualmente.

Nos primórdios do direito romano até alguns séculos antes de Cristo, com a organização da legislação através, por exemplo, da Lei das XII Tábuas, que estabelecia regras abstratas aplicadas objetivamente a todas as pessoas, o Estado continuou a desempenhar importante papel na solução de conflitos de interesses, que se dava através da figura dos pretores (magistrados) e árbitros. Sobre o assunto:

[...] à medida em que o Estado foi-se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de suas antes indiscriminadas esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. A história nos mostra que, no direito romano arcaico (das origens do direito romano até o século II

AC, sendo dessa época a Lei das XII Tábuas), já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflito compareciam perante o *pretor*, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; e esse compromisso, necessário porque a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou de quem quer que fosse) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome *litiscontestatio*. Em seguida, escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano desenvolvia-se, assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou pretor (*in jure*), e perante o árbitro, ou *judex (apud judicem)* (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997, p. 22, negritos e itálicos do original).

Porém, nesse primeiro período, os interessados facultativamente compareciam à frente dos pretores e árbitros se comprometendo a aceitar a decisão desses. Com um maior fortalecimento do Estado, esse assumiu para si a atividade jurisdicional que deixou de ser privada, assumindo assim contornos públicos no início do século III d.C. A decisão dos pretores passou a substituir a vontade das partes envolvidas que tinham que provocar o exercício desta função jurisdicional para resolverem suas demandas. Surge assim o Estado-juiz.

Com a consolidação dos Estados Nacionais e a formação de governos monárquicos, tiveram origem os Estados de Polícia (*Obrigkeitsstaat* ou *Polizeistaat*)³, onde predominava a idéia de soberania centrada no monarca - cujo poder se estendia ao âmbito religioso (assim exercendo a autoridade eclesiástica) -, e o Estados assumiam, ao menos no plano teórico, a promoção do bem estar e felicidade dos súditos (DIAS, 2012, p. 49).

Posteriormente, em contraposição a esse Estado, ergue-se no início do século XIX a “teoria do Estado de Direito”. Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a doutrina alemã,

³ Também chamados de “Estado Iluminista” ou de “Estado-providência”.

da qual teria surgido a expressão “Estado de Direito”⁴, não o idealizou como sendo uma forma especial de Estado ou de governo, mas sim como um modo de governar. Ou seja, o Estado de Direito seria o “Estado da razão” ou o “Estado do entendimento”, governado segundo a vontade racional geral, pretendendo assim, alcançar o bem comum (2012, p. 49/50).

Com a maior estruturação do Estado de Direito em meados do século XX, ele se assentou nas seguintes premissas: a) No império da lei, sendo esta expressão da vontade geral decorrente da atividade legislativa, executada invariavelmente pelos representantes do povo; b) divisão das funções do Estado⁵ (legislativa, administrativa e jurisdicional); c) legalidade da administração pública (atuação do Estado segundo a lei e sob suficiente controle jurisdicional); d) e, por fim, assegurando e garantindo, juridicamente e formalmente, direitos e liberdade fundamentais dos indivíduos e efetiva realização do direito material (DIAS, 2012, p. 50).

Assim, experimentou-se um crescente constitucionalismo após os processos constituintes americano e francês, nos quais se consagrou o princípio da constitucionalidade da ordem jurídica, erguendo-se assim Estados vinculados ao direito, estruturados em torno de uma constituição, de modo que suas atividades são regidas por lei votadas e aprovadas pelos representantes do povo. Pode-se afirmar assim que o Estado de Direito é também um Estado Constitucional, pois por meio dessa

⁴“A pesquisa doutrinária que fizemos sobre o assunto indica que a expressão Estado de Direito é genuína construção do idioma germânico (*Rechtsstaat*), resultante da justaposição das palavras *Recht* (Direito) e *Staat* (Estado), feita com o objetivo de revelar teoria criada e desenvolvida pelos juristas alemães sobre o Estado, na primeira metade do século XIX” (2012, p. 49)

⁵Diz-se “funções do Estado”, pois a doutrina já consolidou que o uso da expressão “separação de poderes do Estado” é uma atecnia, pois a única fonte de poder é o povo, sendo que o que existe é uma separação de funções. (BRETAS, 2012) (CANOTILHO, 2003). Neste norte: “se, contudo aceitarmos a tese de que o poder do Estado é uno, não podemos falar em separação de Poderes. Devemos aceitar o fenômeno, isto sim, da separação ou distribuição de funções deste poder uno” (CARVALHO, 2010, p. 182).

estruturação autorizou-se “o exercício do poder pelo Estado por meio de separadas funções fundamentais (...) dentro de um sistema político que permitiu o reconhecimento jurídico-formal e a garantia dos direitos fundamentais do povo” (DIAS, 2012, p. 54).

Salienta-se que essas fases não podem ser divididas nitidamente ao longo da história, tendo em vista, inclusive, o fato de que algumas dessas etapas coexistiram em um certo período.

O que é importante concluir do exposto nesse tópico é que se tornou incogitável, assim, um Estado sem as qualidades marcantes identificadas pelo fenômeno do constitucionalismo: o Estado de Direito e o Estado Democrático. Tem-se assim um Estado que se encontra submetido às normas do direito e estruturado em torno de leis elaboradas pelos legítimos representantes do povo, e “no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito” (DIAS, 2012, p. 54).

1.2. DA LEGITIMIDADE NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.

Feita essa breve introdução sobre o surgimento e consolidação do Estado de Direito, ou melhor, do Estado Democrático de Direito, surgem duas importantes questões a serem debatidas: onde estaria a legitimidade do Estado para tomar para si o poder de sobrepor a decisão dos seus órgãos jurisdicionais à vontade dos particulares? Haveria limites a este poder?

Primeiramente, é importante arrematar que, embora tenham a mesma origem etimológica, legitimidade não se confunde com legalidade. A legitimidade se relaciona com fato de uma manifestação corresponder à vontade inequívoca daqueles que deram origem a ela, enquanto legalidade deriva do dever de obediência à lei.

Em remissão a Luhmann, o magistrado Hernades Denz menciona que, modernamente, uma das bases da legitimidade é a possibilidade de supor-se a aceitação de determinada manifestação, acrescentando ainda que a legitimidade conta com dois importantíssimos elementos: a eficácia simbólica da força física e a possibilidade de participação no processo:

A força física, como fator de legitimação, é a suposição de todos de que os afetados por decisões se submetam a ela ou serão subjugados pela força física. A força física exclusiva, porém, levaria a um regime de terror. Nisso reside a função essencial dos processos juridicamente regulamentados, principalmente o da eleição política, o do processo legislativo e o do processo judiciário. Desta forma, se todos os agentes da sociedade são participantes ativos do processo de decisões, essas decisões devem ser vinculativas. Assim, o processo da eleição política gera a suposição do apoio político a decisões vinculativas; no processo judicial, o processo decisório é concretizado de caso a caso, e a absorção dos protestos é concluída. (2007, p.3)

Assim, para Hernades Denz, o conceito de legitimidade está em íntima conexão com a democracia, com a vontade popular e os anseios da sociedade.

Da antiguidade à Idade Média, a legitimidade dos atos praticados pelo Estado diretamente pelos governantes, dentre eles, os referentes à “atribuição jurisdicional”⁶, tinha origem no transcendental, no divino. Governantes, suserandos e monarcas justificavam seus poderes como sendo decorrentes de uma vontade superior.

Com o passar dos anos, a estrutura do Estado se consolidou cada vez mais, tornando-se ainda mais complexa. O exercício do poder foi diluído entre diferentes funções estatais, devendo ser exercido nos limites de sua Constituição e de acordo com os princípios que ela adota.

⁶Utiliza-se o termo entre aspas tendo em vista o fato de que nessa época não havia divisão dos poderes, pois todos estavam concentrados nas mãos dos reis ou governantes.

No Brasil, o poder do Estado, uno e indivisível, é exercido através das funções executiva, legislativa e judiciária. E no exercício dessas funções, o Estado deve observar algumas regras e princípios, dentre eles, o princípio democrático, estampado no *caput* do art. 1º da Constituição Federal de 1988. Hernandes Denz defende que o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, retira sua legitimidade de dois elementos, a democracia e o respeito à legislação constitucional:

Como se observa, a legitimidade, de acordo com a Constituição Federal de 1988, no Estado Democrático de Direito, funda-se na soberania popular, mas, também, é condicionada pela necessidade de que esse exercício respeite os direitos fundamentais impostos pelo Estado de Direito. A aliança entre os dois é fundamental, pois o Estado de Direito sem a democracia se limita à obediência do Estado à lei e o princípio democrático, sem o espírito legal-constitucional, pode se desvirtuar em um governo totalitário de uma maioria de caráter decisivista. (2007, p. 5)

A presença do princípio democrático decorrente da Constituição, no exercício das funções administrativas e legislativa, pode ser visualizada com maior facilidade do que na atividade jurisdicional, pois, nas duas primeiras, há ativa participação do povo na escolha de seus representantes, o que não ocorre com o judiciário.

Importante salientar que no Brasil, em regra, é vedada a autotutela, pois o Estado-juiz tomou para si a tarefa de dirimir conflitos de interesses, restabelecendo a paz social. Logo, como se manifestaria o princípio democrático no exercício da atividade jurisdicional? De onde esta função estatal retiraria sua legitimidade para impor suas decisões aos particulares, afetando a sua esfera de direitos?

Para responder a estes questionamentos, cumpre inicialmente esclarecer que é um grande equívoco relacionar a legitimidade democrática apenas ao voto popular, pois ela não se confunde com a democracia representativa, que é apenas uma das suas formas de expressão. A legitimidade do poder judiciário

rio decorre da observância à Constituição e do princípio democrático.

Logo, para que se possa se falar em legitimidade da função jurisdicional, ela deve ser exercida nos limites da Constituição e da lei, e de forma democrática, o que, conforme mencionado, não significa que os julgadores devam ser eleitos pelo povo, pois a democracia representativa é apenas uma das formas de manifestação do princípio democrático.

Importante ressaltar ainda que, naturalmente, esses dois elementos (obediência à legislação constitucional e ao princípio democrático) são indissociáveis, uma vez que o princípio democrático decorre da própria Constituição. A divisão que se faz aqui é meramente acadêmica, pois o viés democrático assume contornos diferenciados no exercício da função jurisdicional, se comparado às atividades legislativa e executiva. Desse modo, no desempenho da função jurisdicional, a obediência ao ordenamento constitucional implica necessariamente observância também do princípio democrático.

José Emílio Medauar Ommati deixa claro a presença desses dois eixos definidores da legitimidade do judiciário ao explicar que “se a legitimidade dos órgãos executivo e legislativo se dá pelo processo político-eleitoral, ou seja, através da regra da maioria, o caso do judiciário sua legitimidade advém de dois elementos complementares”, passando a descrever então o *elemento democrático* ao mencionar “a participação daqueles que serão afetados pela decisão a ser produzida com iguais liberdades, apresentando suas razões, argumentos e provas”, acrescentando que, assim, “o órgão que tomará a decisão deverá necessariamente responder com base nos fatos acertados e nos argumentos produzidos por esses cidadãos, qual decisão correta para a situação”, e informando em seguida o *elemento constitucional* ou *elemento legal*, que é a “fundamentação exaustiva do órgão jurisdicional” (2014, p. 115). Obviamente a fundamentação adequada é apenas um dos aspectos do

elemento constitucional, pois o Estado-juiz deve respeitar outras normas e princípios constitucionais, como o devido processo legal.

No que diz respeito ao elemento da legalidade para conferir legitimidade ao exercício da função jurisdicional, ou seja, a obediência à lei e à ordem constitucional, Aroldo Plínio Gonçalves preleciona que ele é natural o Estado de Direito, pois o poder legitimamente constituído deve ser exercido “nos limites da lei, e a função jurisdicional, que traz implícito o poder uno e indivisível do Estado, que fala pela nação, se exerce em conformidade com as normas que disciplinam a jurisdição” (1992, p. 50). Ou seja, uma vez que em um Estado de Direito o exercício do poder deve ser dar nos limites da lei, a função jurisdicional, enquanto forma de exercício deste poder, também deve observar as leis que disciplinam sua atividade, tornando-se, assim, legítima a atuação do Estado-juiz do ponto de vista da obediência à lei e à ordem constitucional.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias compartilha do mesmo entendimento ao destacar que todas as funções do Estado são regidas por normas jurídicas, principalmente as constitucionais, “porquanto não é possível se conceber o exercício de qualquer atividade do Estado à margem do direito”. (2012, p. 13).

Todavia, ao se tratar da legitimidade da atividade judiciária, em que pese o aspecto mais importante ser, por certo, o da legalidade, não é este o mais relevante neste estudo, uma vez que, conforme mencionado, esse elemento tem de estar impreterivelmente presente no exercício de todas as três funções estatais (legislativa, executiva e jurisdicional). Logo, o aspecto que merece destaque é o democrático, pois, embora decorrente do primeiro, ou seja, da lei (diretamente do art. 1º da Constituição Federal conforme já informado anteriormente), no exercício da atividade jurisdicional, a legitimidade democrática assume contornos diferenciados, pois o povo não elege os

representantes da função jurisdicional, ao contrário do que ocorre nas funções executiva e legislativa.

Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias a “única forma de afirmar a legitimidade democrática dos pronunciamentos jurisdicionais feitos nos processos” seria através de um processo voltado para a preservação dos direitos e garantias constitucionais outorgados às pessoas. Logo, o legítimo exercício da atividade jurisdicional se daria através de um processo que se desenrola em observância aos princípios e regras constitucionais, dentre as quais o autor lembra o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação das decisões baseada na reserva legal, “com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico”. (2012, p. 32/33).

Em estudo de voltado a análise da legitimidade das decisões judiciais Carlos Marden Cabral Coutinho e Rafaela Marjorie de Oliveira Caterine, em remissão aos ensinamentos de Jürgen Habermas, apontam que o caráter democrático e a legitimidade de uma norma devem ser analisados no contexto do procedimento adotado, de modo que se for possibilitada a participação dos destinatários da decisão, em sua formação, através do uso do discurso racional, ocasião na qual será privilegiado o melhor dos argumentos expostos, poder-se-á falar em uma função jurisdicional verdadeiramente legítima. Logo, “a decisão judicial só é democrática quando os destinatários da norma também forem tratados como seus autores” (2014, p. 273/274).

Carlos Marden Cabral Coutinho e Rafaela Marjorie de Oliveira Caterine recorrem ainda à doutrina de Robert Alexy para apurar a legitimidade das decisões judiciais. Alexy aponta que para conciliar jurisdição com democracia é necessário compreendê-la também como representação do povo. Acrescenta o doutrinador que existem dois tipos de *representação*, a *decisionista* (ou *volitiva*) e a *argumentativa* (ou *discursiva*),

sendo que a primeira caracteriza-se pela eleição por parte do povo de seus representantes, enquanto a segunda pela institucionalização do discurso como forma de tomar decisões. Logo, quando se tem por foco à atividade jurisdicional, a representatividade é puramente argumentativa, pois, uma vez que os magistrados não são eleitos pelo povo, a legitimidade das decisões judiciais decorre da capacidade de se escolher o melhor argumento válido e racional dentre aqueles discutidos no processo (2012, p. 274/275).

Destarte, o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, deve observar a Constituição, e, em especial, o princípio democrático nela inserto para que o exercício do poder se dê de forma legítima, sendo que, no contexto da atividade jurisdicional o viés democrático assume solar relevância, pois, em razão desse princípio o magistrado deve garantir a participação dos destinatários na prolação da decisão, assegurando a representação argumentativa, o que só se torna possível em um modelo constitucional de processo. Neste sentido, em remissão a Alexy, Carlos Marden Cabral Coutinho e Rafaela Marjorie de Oliveira Caterine salientam que:

Uma vez que não têm representatividade decorrente da eleição popular, o magistrado deve dar legitimidade à sua decisão através da escolha do melhor argumento racional disponível. Tal entendimento nos leva aos princípios integrantes do modelo constitucional de processo, quais sejam o contraditório, ampla defesa (argumentação), imparcialidade e fundamentação das decisões. De fato, para que se possa falar em melhor argumento, indispensável que o procedimento seja formado de maneira a permitir que os interessados tenham ampla argumentação e contraditório, diante de um magistrado imparcial, comprometido com a fundamentação das decisões (2014, p. 275).

Desta maneira, respondendo às indagações feitas no início deste tópico, verificamos que o princípio democrático se manifesta no exercício da atividade jurisdicional através da representação argumentativa, e que, assim, o judiciário retira

sua legitimidade, além do respeito à Constituição, ao assegurar às partes uma ampla participação no processo, de modo que os destinatários ajudem na construção da decisão judicial através da atividade argumentativa.

Visto, assim, o fundamento legitimador do Estado Democrático de Direito, em especial no exercício da atividade jurisdicional, cumpre darmos um passo adiante e passarmos a análise do denominado modelo constitucional de processo e seus princípios, pois é através deles que a atividade jurisdicional se desenvolve.

2. PROCESSO E DEMOCRACIA

2.1. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL.

Conforme destacado, o Estado, no exercício da função judiciária, retira sua legitimidade da própria Constituição. Isso implica dizer que, para consecução de sua finalidade, o judiciário acima de tudo, deve observar a Magna Carta, em especial o princípio democrático que possui importância ímpar.

A Constituição Federal de 1988 garante em seu art. 5º, XXXV, o acesso à justiça. E o processo, enquanto instrumento pelo qual se materializa o direito de ação (art. 2º, CPC), deve observar uma série de regras e procedimentos, que estão estabelecidos no Código de Processo Civil e em outras legislações.

Em referência à pesquisa de Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias enumera a existência de ao menos oito teorias que tentam explicar o processo, se destacando a *teoria do processo como relação jurídica* (criada por Bulow, em 1868, na Alemanha, e serviu de norte para a elaboração do atual Código de Processo Civil de 1973), a *teoria do procedimento em contraditório* (concebida por Fazzalari e disseminada no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves) e, por fim, a *teoria constitucionalista do processo* (sistematizada por Bara-

cho no Brasil) (2012, p. 85)

Dias sintetiza a teoria do processo como relação jurídica dizendo que:

Essa teoria enxerga no processo uma relação jurídica autônoma, singular unitária, embora complexa, que vincula juiz e partes os sujeitos do processo, definindo-lhes sujeição, poderes, direitos e obrigações. As idéias do vínculo pessoal coercitivo e da sujeição ou subordinação derivam dos traços marcantes de qualquer relação jurídica segundo tradicional doutrina civilista, desde o Direito Romano. Com efeito, assinala Buzaid que a concepção da teoria do processo como relação jurídica “*traduzia ainda a influência civilística, que concebia o processo como organismo geral da atuação das obrigações*”. Dita teoria considera o processo uma relação dinâmica em movimento, “*cinemática*” (Tornaghi). Segundo sua formulação, o processo é encarado sob duas óticas, como procedimento, quanto ao aspecto exterior, e como relação jurídica, quanto a essência. É a soma resultante de todas as relações existentes no processo, entre cada uma das partes (autor, réu, terceiro interveniente) e entre estas e o juiz e vice-versa. Sem dúvidas, a teoria teve gigantesca receptividade na doutrina brasileira, levando Cintra, Grinover e Dinamarco a afirmarem que, no Brasil, “*acatam-na todos os processualistas de renome*”. (2012, p. 86/87, *itálicos do original*).

Dias afirma que essa teoria estaria superada, pois, contemporaneamente, esta idéia de relação jurídica como vínculo de exigibilidade de conduta entre sujeitos, acarretando a sujeição de um deles ao outro, mostra-se inadequada para explicar satisfatoriamente as posições que assumem as partes envolvidas no processo (2012, p. 88). Pontua ainda que essa teoria ignora a irreversível tendência de constitucionalização do processo, “a partir do momento histórico em que o moderno Estado Democrático de Direito estabeleceu, expressamente, no texto da sua Constituição, múltiplas garantias”, citando em destaque o contraditório enquanto viga mestra do devido processo legal, ou modelo constitucional de processo (2012, p. 90).

Desse modo, acertada então seria a teoria de Fazzalari, que se afastou da idéia de processo como relação jurídica, qua-

lificando-o como procedimento que se desenvolve dentro da estrutura dialética do contraditório, no qual os destinatários dos efeitos do provimento jurisdicional participam em simétrica paridade de posições. (DIAS, 2012, p. 91/91).

Também alinhados a doutrina *fazzalariana*, Bernardo Gonçalves Fernandes e Renam Sales de Meira arrematam que “a noção de contraditório como condição para a prolação de uma decisão judicial contribui para a noção de direito como empreendimento coletivo, principalmente sob uma perspectiva intraprocessual”. Consequentemente, quando se fala em processo como procedimento realizado em contraditório, a tônica da atividade jurisdicional está nas partes e não no magistrado. Ademais, em sendo o procedimento uma coordenação de atos seqüenciais objetivando a emanção de um provimento estatal de caráter imperativo ao final do processo, pode-se inferir que, então, a participação das partes é o elemento central do provimento jurisdicional. (2014, p. 201)

José Emílio Medauar Ommati compartilha deste entendimento ao afirmar que:

[...] a Constituição de 1988 estabeleceu uma perspectiva teórica no sentido de que o processo não é mais uma relação jurídica entre autor, réu e juiz, como defendia Oskar Von Bulow, de modo que o juiz seria um ser supremo a realizar escopos metajurídicos por meio do processo, tais como a busca por paz social, educação, cidadania, etc., mas sim um *procedimento constitucionalizado* que se realiza em contraditório com vistas à produção de um ato final, denominado de provimento (2014, p. 116, destaque nosso).

Aufere-se do excerto acima que Ommati não se limitou a definir o processo como procedimento em contraditório, como o fez Fazzalari, mas utilizou-se da expressão “procedimento *constitucionalizado* que se realiza em contraditório”.

Naturalmente não foi ocasional a adição do termo “constitucionalizado”, pois, conforme expõe Dias, amparado em Rosemiro Pereira Leal e em Dierle José Coelho Nunes, pelo fato da teoria *fazzalariana* trabalhar exclusivamente no

campo da técnica processual, sem uma reflexão maior da garantia constitucional das partes, ela necessitaria de elementos que compõem a *teoria constitucionalista* para se tornar mais adequada aos valores defendidos pela doutrina moderna. A teoria constitucionalista toma por base, primordialmente, a noção de supremacia da Constituição, sendo a viga-mestra do processo constitucional o devido processo legal (2012, p. 93/94).

Assim, a teoria de Fazzalari deve ser lida à luz dos princípios e normas constitucionais, especialmente do princípio democrático - indissociável da noção de processo no Brasil, uma vez que o país se propõe a ser um Estado Democrático de Direito - e do devido processo legal, que ligado a outros princípios constitucionais estruturantes do mesmo, como o contraditório, forma o devido processo constitucional⁷.

Está parece ser a conclusão alcançada por Flaviane de Magalhães Barros e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira que defendem que para a consolidação da noção de processo como garantia, devem ser adotados os conceitos de processo e procedimento de Fazzalari, acrescida de uma releitura da teoria geral do processo a partir da apropriação do modelo constitucional de processo, pois a noção de processo como garantia encontra seu substrato na Constituição, sendo codependente dos direitos fundamentais, de modo que são os princípios constitucionais do processo trazidos pela Carta Constitucional que oferecem sustentação à noção de processo como garantia. (2014, p. 570)

O devido processo constitucional é assim um tema que assume solar relevância, pois a própria exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil deixa claro que o objetivo do processo não é meramente a resolução de conflitos de interesses, sendo ele um meio para a efetivação de

⁷ Ronaldo Brêtas aponta como precursor do estudo da concepção atual e preponderantemente constitucionalizada de processo José Alfredo de Oliveira Baracho.

valores constitucionais⁸.

Esse processo de constitucionalização do direito processual não é recente, mais certamente ganhou fôlego maior nos últimos anos, principalmente após as duas grandes guerras mundiais, nas quais, diante das atrocidades perpetradas, experimentou-se uma crescente preocupação com a proteção e materialização dos direitos e garantias fundamentais, com repercussão, assim, no âmbito processual, para que o processo não se institucionaliza como instrumento meramente retórico⁹.

Deste modo o processo deve ser lido, interpretado e aplicado à luz das regras e princípios constitucionais, não havendo mais espaço para construção de um processo apartado dos valores trazidos na Constituição Federal, tendo se consolidado o denominado processo constitucional:

Certo é que o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso de poder ou de arbítrio

⁸“Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo o país. (...) Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de *método* de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam *valores constitucionais*”. (SENADO FEDERAL, p. 13, destaques do original)

⁹Importante anotar que esse movimento de constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais, apesar de acarretar em importantes reflexos no âmbito do processo, não se restringiu a este ramo jurídico, que apenas sofreu influência de um movimento muito mais amplo de proteção e efetivação de direitos humanos, especialmente através de tratados e acordos internacionais, que aos poucos foram sendo incorporados às constituições após a segunda grande guerra mundial. “Diante das atrocidades assistidas por todos durante o conflito armado (2ª Grande Guerra Mundial), o grande número de mortos, os verdadeiros extermínios que aconteciam e a ineficiência dos tratados pós 1ª Guerra, o mundo repensou a necessidade de mudanças da convivência humana.(...) Houve, portanto, a necessidade de se internacionalizar a proteção aos Direitos Humanos, de forma que certos direitos se tornaram um mínimo a ser garantido e promovido pelos Estados. (...) os Direitos Humanos passaram por um processo de constitucionalização, logo, as constituições dos estados passaram a adotar os direitos prescritos nas declarações de direitos” (LIMA, 2013, p. 15.091/15.094)

provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito, sobretudo o ato jurisdicional, que somente pode ser praticado em processo devidamente constitucionalizado (DIAS, 2012, p. 70).

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Constituição traz um imenso bloco de garantias que conformam a sistemática processual que passa a ter como centro não mais o devido processo legal, mas o *devido processo constitucional*.

Deste modo, o processo enquanto instrumento de acesso à justiça, apesar de sujeito às regras e procedimentos trazidos pelo Código de Processo Civil, deve estar em estreita consonância com os preceitos constitucionais, pois só assim será garantidor dos direitos e garantias fundamentais por ela protegidos.

Logo, enquanto fundamento de validade de todo direito processual, a Constituição Federal deve servir de norte para sua aplicação.

2.2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

2.2.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL E CONTRADITÓRIO

Inicialmente é importante distinguir os princípios gerais do direito dos princípios constitucionais. Na lição de Alexandre Freitas Câmara, os primeiros são fontes de integração do direito, ou seja, diante de uma norma lacunosa, deve o juiz se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, nesta ordem, recorrendo ao subsequente na ausência do anterior. Os princípios constitucionais, por sua vez, não têm aplicação subsidiária, mas principal, em virtude da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas (2010, p. 35).

E o mais importante princípio constitucional do Direito Processual é o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV,

CF/88), sendo esta causa de todos os demais, pois, se todos os outros princípios constitucionais do Processo Civil não estivessem explicitamente incluídos no texto constitucional, seriam corolários do devido processo legal. (CAMARA, 2010, p. 35)

E, o devido processo legal pode ser descrito como:

Conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997, p. 82)

Contudo, conforme mencionado no capítulo anterior, em razão da constitucionalização do processo, e da noção de processo como instrumento apto a implementar o imenso bloco de garantias constitucionais, vem se denominando este princípio de devido processo constitucional.

Dentre os corolários do princípio do devido processo legal – ou devido processo constitucional -, sem sombra de dúvidas, o princípio do contraditório é o mais relevante (CÂMARA, 2010, p. 52). A importância do contraditório é tão grande que Aroldo Plínio Gonçalves no século passado, trazendo a teoria de Fazzalari para o Brasil, já vinculava o princípio ao conceito de processo, ao afirmar que “há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados” (1992, p. 115).

Percebe-se assim no modelo constitucional de processo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o contraditório se erige como princípio preponderante na consecução do devido processo constitucional e dos valores democráticos presentes na Constituição Federal.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, enaltecendo a importância do princípio, aduz que ele “viabiliza a participação simetricamente igualitária das partes destinatárias do pronuncia-

mento jurisdicional decisório final (...) na fase procedimental da sua preparação, influenciando as mesmas partes na sua construção” (2012, p. 36).

Diante dessas considerações iniciais, mister se faz apontar de forma um pouco mais pormenorizadas as características do princípio do contraditório, bem como analisar a evolução do seu conceito.

2.2.2. CONTRADITÓRIO FORMAL.

O contraditório, em sua visão clássica ou tradicional, é o direito de ser comunicado de todos os atos processuais e o direito de ser ouvido. Deste modo, a decisão só faria coisa julgada entre as partes se efetivamente foram cientificadas de todos os atos processuais (direito a informação - ciência), bem como se tiveram a oportunidade de se manifestar nos autos (direito de ser ouvido ou direito de se manifestar - resistência), pois não haveria efetiva participação da parte no processo se esta não fosse informada dos atos processuais praticados em seu bojo ou não pudesse se manifestar quanto a eles¹⁰.

A doutrina tem denominado essa visão tradicional do princípio, de *contraditório* formal, que pode ser sintetizada no binômio *ciência-resistência*, o qual, conforme destacado, se resume na possibilidade de cada parte ter conhecimento dos atos praticados pela parte adversa e de a eles se opor. (COLA, ESTEVES, 2008, p. 160) (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 52).

Em 1992, Aroldo Plínio Gonçalves (p. 120) já defendia que, contudo, o contraditório já não se limitava à simples participação das partes no processo, devendo esta se dar em igual-

¹⁰É importante observar que o judiciário tem o dever de cientificar as partes dos atos praticados no processo, contudo, o direito de manifestação, constitui uma faculdade dos litigantes, ou seja, se a parte foi revel porque não praticou um determinado ato no prazo, ou não quis se manifestar, não há violação do princípio do contraditório, pois, conforme mencionado, a parte tem a possibilidade de se manifestar, mas não há obrigatoriedade de fazê-lo, podendo assim, não exercer sua garantia.

dade de condições, ou seja, as partes devem ter igualmente as mesmas oportunidades de se manifestar, o que Von Jhering denomina de *simétrica paridade de armas*. Leciona o Aroldo Plínio Gonçalves que:

essa era a idéia originária do contraditório, quando a participação era concebida como o auge das garantias processuais. Participação no processo tem todos os sujeitos do processo, caso contrário não seriam ‘sujeitos dos atos processuais’. Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve ‘entre as partes’, porque a disputa se passa entre elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento. (1992, p.121)

Acrescenta ainda que:

(...) E essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma e desfavorável a outra, que marca a presença das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo. O contraditório, não e, por isso, a "mera participação no processo. (1992, p.121)

Em estudo dedicado à análise do contraditório no novo Código de Processo Civil, Silva e Roberto, lembrando os elementos da noção clássica de contraditório, destacam que “para a consecução do princípio, necessário, primordialmente que se esteja diante de partes contrapostas, havendo a ciência e a oportunidade de contrapor não só argumentos (...) mas fatos devidamente reconstruídos (...), em igualdade de condições”. E, acrescentam ainda que, assim, “se destaca ser a cognição – ciência -, a participação – oportunidade - e a isonomia – paridade – seus elementos essenciais” (2014, 183).

Contudo, a concepção tradicional de contraditório encontra-se superada, pois não se encontra alinhada ao princípio constitucional democrático, pois, só com a efetiva possibilidade de participação das partes na construção do provimento jurisdicional é que se pode falar em respeito a um devido processo constitucional, do qual o contraditório constitui-se a manifestação máxima do princípio democrático, fazendo com que a decisão emanada do Estado-juiz seja legítima.

Fredie Didier Júnior afirma que a “democracia é a par-

ticipação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder”. (2010, p. 52)

Faz-se importante ainda transcrever relevante posicionamento de Blecaute Oliveira Santos e Welton Roberto sobre a necessidade de se fazer uma leitura do princípio do contraditório, à luz dos valores constitucionais:

Ao realizar uma interpretação conforme os valores constitucionais modernos, imperioso será alargar a extensão do contraditório para uma realidade do justo processo. Se este decorre do devido processo legal, como seu primeiro ascendente, se ele conforma a idéia de processo e se o sistema constitucional erige os direitos fundamentais como condição para todo o restante de a realização político-democrática, não se pode mais aceitar que o contraditório, plasmado no ordenamento, seja ainda o do século passado (2014, p. 180).

Verifica-se no pequeno excerto transcrito que Santos e Roberto apontam a necessidade de fazer uma interpretação ampliativa do princípio contraditório, em conformidade com os valores trazidos pela Constituição Federal, sendo inaceitável o contraditório em sua concepção tradicional, pois se encontra superada pelo denominado contraditório substancial.

O art. 7º do novo Código de Processo Civil deixa subentendido a inserção do contraditório substancial na sistemática processual, ao dizer que fica assegurado as partes o “*efetivo*” contraditório: “É assegurada às partes 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, competindo ao juiz zelar pelo *efetivo contraditório*”¹¹.

¹¹“O projeto do novo CPC traz a lume em seu artigo 7º dois institutos que ora se imbricam para uma nova concepção jurídica e cultural do posicionamento das partes e da atuação do juiz. Trata-se do contraditório substancial e do tratamento paritário que deverá ser dado a autor e réu, pelo magistrado na discussão das lides cíveis” (SILVA, ROBERTO, 2014, p. 177)

2.2.3. CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

2.2.3.1. O DIREITO DE TER SEUS ARGUMENTOS CONSIDERADOS

É notório que, majoritariamente, a jurisprudência até hoje se inclina sobre a tese de que o juiz não está obrigado a enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes no interior do processo, em razão do chamado “livre convencimento motivado”, expressão recorrente que judiciário utiliza para se abster de apreciar todas as teses trazidas pelos litigantes, tendo o magistrado, assim, livre arbítrio para definir qual(is) seria(m) a(s) mais relevante(s).

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti chegam a afirmar que essa não obrigatoriedade de analisar todos os argumentos levantados pelas partes “passam a clara impressão de que não sabem (os magistrados) refutar o argumento, mas ainda assim decidem contrariamente à pretensão da parte por um mero ato de vontade sua” (2014, p. 40).

Certamente, sabendo ou não refutar todos os argumentos deduzidos pela parte, a abstenção do Estado-juiz de fazê-lo, trouxe um forte posicionamento contrário a esta conduta por parte de muitos operadores do direito e da doutrina, pois essa omissão traz inúmeras implicações de ordem prática, a exemplo da criação de dificuldades para se prequestionar a matéria discutida no bojo do processo¹². A doutrina também começou a

¹²“Considerando que a jurisprudência (defensiva) o Superior Tribunal de Justiça diz eu só estaria prequestionada a matéria se expressamente enfrentada pelo acórdão recorrido (por uma interpretação meramente literal do dispositivo constitucional respectivo), a parte tem o direito subjetivo de ter seus argumentos jurídicos enfrentados pela decisão a si contrária, pois o contrário lhe fechará a via recursal especial (STJ) – o STF tem entendimento diverso, no sentido de que basta a oposição de Embargos Declaratórios para o tema ter-se prequestionado (...)” (BAHIA, VECCHIATTI, 2014, p. 40). Discorrendo também a importância de ter seus argumentos

se inclinar sobre a tese de que esse posicionamento jurisprudencial violaria o contraditório visto sob uma concepção mais ampla, à luz dos valores constitucionais, o que denominam de *contraditório substancial*¹³⁻¹⁴.

A doutrina tem apontado que o elemento preponderante para caracterizar o contraditório substancial, é a possibilidade de ver seus argumentos considerados – também chamado de *poder de influência*¹⁵ – pois, de nada adiantaria o direito de ser informado de todos os atos processuais e manifestar quanto a eles – contraditório formal -, se o julgador não estivesse obrigado a levar em consideração os argumentos apresentados.

Candido Rangel Dinamarco, em congruência com a noção de que as partes têm o direito de ver considerados seus argumentos, sustenta que “a garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade”, salientando ainda

considerados para a formação de precedentes no novo Código de Processo Civil, Dierle Nunes e Rafaela Lacerda defendem que “o contraditório (...) impõe em cada decisão a necessidade do julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios); inclusive com evidente prejuízo para a aplicação futura em potenciais casos idênticos” (NUNES, LACERDA, 2014, p. 365)

¹³Ou contraditório substantivo (BAHIA, VECCHIATTI, 2014, p. 40)

¹⁴Flaviane de Magalhães Barros e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira entendem que o contraditório substancial seria decorrente da própria noção de contraditório proposta por Fazzalari (e divulgada no Brasil por Aroldo Plínio) no que diz respeito à participação dos afetados pelo provimento jurisdicional em simétrica paridade de armas, que, para ambos seria o mesmo que construção participada da decisão (2014, p. 572). Contudo, apesar de concordarmos que a noção moderna de contraditório envolve necessariamente a construção participada da decisão, salientamos que nos parece equivocado em confundir-la como decorrente da simétrica paridade de armas, pois segundo Aroldo Plínio Gonçalves, esta ocorre quando “as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdade às partes” (1992, p. 120).

¹⁵A terminologia “poder de influência” é utilizada por Fredie Didier Junior, que destaca que “é necessário que se permita que ela (a parte) seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado” (2010, p. 52). Também é empregada por outros doutrinadores (SILVA. ROBERTO, 2014, p. 183).

que “a lei impõe ao juiz entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente” (2004, p.221).

Conforme já destacado em momento anterior, a legitimidade do Estado-juiz ocorre com a representatividade-argumentativa (ou discursiva), ou seja, para que a decisão judicial proferida esteja alinhada ao princípio democrático é necessário que seus destinatários sejam também seus autores, através da institucionalização do discurso. E como é através do contraditório que ocorre a institucionalização do discurso, trazendo assim o caráter democrático ao processo, surge então o dever do magistrado de ser parte deste discurso, considerando todos os argumentos levantados pelas partes, escolhendo o melhor deles dentre os discutidos no bojo do processo, e fundamentando o por quê de não terem sido acolhidos os demais.

Verifica-se assim que o contraditório, enquanto poder de influir na decisão, se relaciona diretamente com o direito de ver seus argumentos apreciados, pois aquele é consequência deste, pois somente se a decisão ponderar os argumentos levantados pela parte é que haverá um poder de influência no provimento jurisdicional. André Cordeiro Leal aduz que “se o contraditório significa o direito daquele que será atingido pela decisão de participar da construção da mesma, logo, o órgão responsável por tomar a decisão deve fundamentá-la, justamente para explicitar os acertos e equívocos dos interessados” (*apud* OMMATI, 2014, p. 116).

Sobre o contraditório substancial, José Carlos Barbosa Moreira explica que o mesmo pode ser visto sob dois prismas. No que diz respeito às partes, leciona o autor que ele, considerando em sua substância, é o direito de manifestação, expondo suas pretensões e razões, contrapor-se às do adversário, bem como manifestar-se quanto a todas as provas produzidas, mesmo as de ofício pelo magistrado. E, do ponto de vista do julgador, deve o mesmo possibilitar aos litigantes a oportunidade de se pronunciarem a respeito da condução do processo, não

podendo o órgão judicial permanecer inerte às críticas feitas pelas partes (*apud* DIAS, 2012, p. 103).

E, ao que tudo indica, ainda que em julgados pontuais, o Supremo Tribunal Federal parece estar consolidando este entendimento, como no histórico e paradigmático julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança de nº 24.536-4 (2003), conforme excerto que se transcreve abaixo¹⁶:

“Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) direito de informação ('Rechtaufinformation'), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos deles constantes;

2) direito de manifestação ('RechtaufÄusserung'), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) direito de ver seus argumentos considerados ('RechtaufBerücksichtigung'), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo ('Aufnahmefähigkeit und Aufnahmerebereitschaft') para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, n. 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador ('RechtaufBerücksichtigung') que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção ('Beachtungspflicht') pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento ('Kennitnisnahmepflicht'), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, n. 97).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte

¹⁶ Este mesmo entendimento foi reproduzido no ano seguinte (2004) no julgamento do Mandato de Segurança 24.268-0 em 05/02/2004.

Constitucional -- BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, n. 97).

Conforme se pode auferir desse pequeno fragmento do julgado, o Supremo Tribunal Federal deu um grande passo ao reconhecer no contraditório a necessidade de que o Estado-juiz enfrente as teses levantadas pelas partes, em decorrência do direito das partes de ver seus argumentos considerados.

Contudo, tendo em vista os objetivos desta pesquisa, impõe-se fazer um estudo um pouco mais aprofundado do contraditório, pois, o direito de ter seus argumentos considerados não é o único elemento constitutivo do contraditório substancial.

2.2.3.2. A COOPERAÇÃO

Em que pese o dever dos órgãos jurisdicionais estatais de fundamentar suas decisões - poder de influência como preferem alguns doutrinadores - como importantíssimo elemento do contraditório substancial, é indispensável anotar outra importante característica deste princípio constitucional, denominada de *dever de cooperação*.

Conforme já mencionado, os órgão jurisdicionais devem estar abertos à participação das partes, em razão da manifestação do princípio democrático no exercício dessa função estatal, através da representatividade argumentativa. Recordamos ainda que esta participação não alcança somente os pólos passivo e ativo da do processo, estendendo-se ao magistrado. Significa dizer que o juiz também deve participar do processo cooperando assim para a construção de um provimento legítimo, democrático, através do diálogo com as partes.

Em decorrência desse caráter participativo que o princípio democrático impõe ao processo através do contraditório, o que resulta na necessidade de diálogo e cooperação entre as partes e o juiz, alguns doutrinadores apontam que emana assim

do contraditório, um outro princípio, o da cooperação.

Preferimos aqui apenas tratar o dever de cooperação como um elemento indissociável do contraditório substancial exercido em um Estado Democrático, e não como um outro princípio corolário do contraditório, pois, os efeitos práticos de se extrair um outro princípio decorrente do contraditório, ou de considerá-lo uma elemento indispensável do contraditório substancial, são os mesmos. Mas, ressalvamos aqui, que, majoritariamente, a doutrina parece ser inclinar no sentido de que a cooperação é um princípio autônomo, variando os posicionamentos quanto a sua origem: se derivado do princípio do contraditório, ou do princípio da lealdade (boa-fé) ou mesmo do devido processo legal¹⁷.

Em um modelo cooperativo de processo o magistrado deve abandonar a concepção de que a aplicação do princípio do contraditório consiste em mera formalidade a ser cumprida antes da prolação das decisões, pois a efetiva participação das partes é imprescindível para a construção das decisões judiciais (VIANA, 2014. p. 657/658).

Didier leciona que o processo cooperativo “caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”. (*apud* VIANA, 2014, p. 657). Cola e Esteves afirmam que “à luz do contraditório substancial e do princípio da cooperação (...), a atividade do julgador não se resume a um solilóquio, correspondendo, ao revés, a um *diálogo argumentativo*”

¹⁷Fredie Didier Júnior trata a cooperação como princípio derivado do devido processo legal, do contraditório e da boa-fé. (2010, p. 29). Elpídio Donizetti Nunes não coloca o princípio da cooperação como corolário de nenhum outro, mas em certo momento informa que o princípio da lealdade também poderia ser chamado de princípio da cooperação (2010, p. 88). Para Felipe de Souza Cola e Carolina Bonadimam Esteves, o princípio da cooperação é decorrente do contraditório substancial (2008, p. 163). Arlete Inês Aurelli também entende que o a cooperação é um princípio, e que também pode receber a nomeclatura de princípio da colaboração (2014, p. 123).

(2008, p. 163, *itálico do original*).

E as implicações do dever de cooperação decorrente do contraditório substancial são três, que podem ser atribuídas tanto às partes quanto ao órgão jurisdicional¹⁸: dever de esclarecimento, lealdade e proteção (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 79). Quanto à manifestação desses deveres *em relação às partes*, Fredie Didier ensina que:

- a) Dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 195, I, par. ún., CPC);
- b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC);
- c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC); há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta (art. 475-O, I, e 574, CPC) (2010, p. 79)

Já *em relação ao Estado-juiz* a cooperação se aplica através dos deveres de esclarecimento, consulta e prevenção (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 80) (NEVES, 2011, p. 80) (DONIZZETI, 2010, p. 87)

O *dever de esclarecimento* consiste na obrigação do julgador de sanar suas dúvidas quanto às alegações, pedidos ou posições das partes. Saliente-se que este dever torna-se ainda mais importante quando a parte puder formular pedidos sem assistência de um advogado, como é o caso da Justiça do Trabalho. Outra faceta do dever de prestar esclarecimentos se dá quando o órgão jurisdicional elucida seus próprios pronunciamentos para as partes, o que, naturalmente, se dá através da motivação da decisão. (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 80).

Andou bem o novo Código de Processo Civil ao dispor no art. 357, §1º, que “realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo

¹⁸ Importante salientar que há autores que entendem que o “princípio” da cooperação é dirigido especificamente ao juiz (DONIZZETI, 2010, p. 87). Outros mencionando que o princípio seria destinado especialmente ao magistrado, deixando assim subentendido que pode ser aplicado às partes (NEVES, 2011, p. 80).

comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável”. O dispositivo citado está diretamente relacionado o dever do juiz de prestar esclarecimentos, aqui, no caso, na fase de saneamento.

O *dever de consulta* seria uma variante do dever de informação, pois não pode o órgão jurisdicional decidir sobre determinada matéria, ainda que possa ser conhecida de ofício, sem antes instar as partes a se manifestarem (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 80/81). O dever de consulta se torna especialmente importante quando o juiz pretende conhecer *ex officio*, de questão de fato ou de direito sobre as quais os jurisdicionados não se manifestaram, pois essa matéria não foi submetida ao contraditório. Deste modo, se o magistrado está decidindo com base em um elemento a respeito do qual os litigantes nunca se pronunciaram, estes não estão tendo poder de influência, ou seja, não estão participando da construção da decisão como deveria ocorrer em razão do contraditório substancial. Por isso a importância do dever de consulta.

Em remissão a uma de suas obras, Dierle Nunes, em estudo realizado com Rafaela Lacerda, ressalta que qualquer entendimento jurídico trazido pelo juiz como fundamentação de sentença, mesmo que autorizado a fazê-lo de ofício, sem ter sido colocado ao prévio debate das partes, gera o fenômeno da surpresa, o que inegavelmente viola o contraditório, que é uma *garantia de não surpresa*¹⁹. Destarte, o contraditório enquanto garantia da não surpresa, impõe ao magistrado o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as que possam ser conhecidas *ex officio*, impedindo assim que o Estado-juiz, em “solitária onipotência”, aplique normas ou embase sua decisão com base em questões de fato e de direitos completamente estranhas ao discurso dialético que deve imperar no curso do processo. Logo, a decisão que surpreende as partes

¹⁹A doutrina costuma empregar também a expressão “vedação a emissão de juízo de terceira via”.

deve ser declarada nula por violação ao princípio do contraditório, pois “toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado” (*apud* NUNES, 2014, p. 344).

O novo Código de Processo Civil atento a todo debate doutrinário acerca do contraditório substancial, e do dever de consulta como decorrente da necessidade de participação e cooperação entre as partes, institui a garantia da não surpresa em seu art. 10º que preceitua que “em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”²⁰.

O *dever de prevenção* ocorre quando o magistrado verifica a ocorrência de uma deficiência nas postulações e intima as partes para que ela possa ser suprida. O dever de prevenção “vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. Deste modo seriam quatro as áreas de incidência do dever de prevenção: “explicitação de pedidos poucos claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte” (DI-DIER JUNIOR, 2010, p. 82).

Arlete Inês Aurelli bem sintetiza a importância da cooperação no processo e sua relação ao princípio do contraditório ao afirmar que, em última análise, o “princípio” da cooperação “deve ser entendido como uma efetiva participação das partes,

²⁰ Guilherme Jales Sokal denomina este dever de dever de advertência: “A concepção participativa do contraditório exige, portanto, a prévia intimação das partes para que se manifestem acerca de fundamento que o julgador considere, de ofício, como pertinente à causa, através do chamado *dever de advertência*, permitindo que elas exerçam o direito de influência sobre todos os pontos relevantes para a decisão judicial.” (2014, p. 655/656)

no sentido de influenciar na formação da convicção das decisões do magistrado. É essa colaboração que deverão empreender durante todo o processo. Trata-se de um contraditório participativo”. (2014, p. 124).

Assim, conforme arremata Leonardo Carneiro da Cunha, o contraditório não se resume mais à sua concepção clássica de direito a informação e reação, e tão pouco ao direito de influência na decisão. A participação propiciada pelo contraditório serve também para viabilizar a colaboração das partes com o exercício da atividade jurisdicional, o que significa dizer que, em razão do contraditório, a atividade jurisdicional deve pautar-se em um esquema dialógico, exercendo assim o juiz a atividade jurisdicional com o auxílio das partes, proferindo decisão legítima, aprimorada e justa. (*apud* AURELLI, 2014, p.123/124).

2.2.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS ACERCA DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL.

Pelo exposto sobre o tema, verifica-se que não há mais espaço para se cogitar a aplicação do contraditório em sua versão clássica no ordenamento jurídico. O denominado contraditório substancial é a concepção mais adequada aos valores democráticos inscritos na Constituição Federal sendo indispensável para a existência de um devido processo constitucional e para que as decisões proferidas no exercício da atividade jurisdicional possam ser consideradas legítimas.

E conforme anotado, a doutrina tem demonstrado uma grande atenção ao efetivo exercício do contraditório, princípio nuclear do processo, que, na lição de Fazzalari interpretada à luz dos valores constitucionais brasileiros, é um procedimento constitucional realizado em contraditório. O próprio novo Código de Processo Civil tem revelado uma sensível preocupação com o princípio do contraditório na sua concepção substancial,

inserindo vários dispositivos legais que tratam do tema (alguns deles, já apontados nesse estudo).

Sendo assim, antes de se prosseguir, impõe enumerar os elementos constitutivos do contraditório substancial:

- a) Direito de ser comunicado de todos os atos processuais (direito de informação – ciência);
- b) Direito de ser ouvido (direito de manifestação – resistência);
- c) Simétrica paridade de armas²¹;
- d) Direito de ter seus argumentos considerados (poder de influência);
- e) Dever de cooperação (em relação às partes e ao juiz);
 - e.1) dever de esclarecimento;
 - e.2) dever de consulta (ou dever de advertência) – vedação à decisão surpresa ou juízo de terceira via;
 - e.3) dever de prevenção.

Por fim, insta trazer à baila outro importante princípio que está intimamente relacionado ao contraditório para a consecução de um provimento jurisdicional legítimo, no atual contexto democrático do Estado de Direito: o princípio da motivação das decisões.

2.3. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES.

O princípio da motivação das decisões, ou fundamentação das decisões judiciais, impõe ao magistrado o dever de motivação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

Sendo o processo um procedimento constitucionalizado que se realiza em contraditório com a finalidade de se alcançar

²¹A partir do momento em que as partes têm um papel decisivo no processo, através da possibilidade de influir na decisão do magistrado, torna-se importantíssima a paridade de armas ou de tratamento, pois assim as partes passam a ter as mesmas oportunidades de influir decisivamente no provimento jurisdicional.

o provimento jurisdicional ao final, ato máximo do poder estatal no exercício da atividade judiciária, verifica-se assim a existência de uma íntima relação entre o princípio do contraditório e o da motivação das decisões.

Essa ligação decorre do fato do contraditório permitir que a parte se manifeste de modo a influir decisivamente nas decisões, devendo assim o magistrado de forma clara e precisa apontar porque esta acolhendo um determinado argumento e não outro, enquanto decorrência do dever de motivação das decisões:

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

A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretenso direito lhes é negado. (GONÇALVES, 1992, p. 171).

Visto que o dever de fundamentação das decisões judiciais é decorrência lógica do contraditório, verifica-se assim que esse princípio assume uma função preponderante na construção do diálogo entre as partes. O direito de ter seus argumentos apreciados aliados ao dever de motivar as decisões, efetiva a possibilidade de influência do jurisdicionado na formação da decisão a ser prolatada. (COLA, ESTEVES, 2008, p. 161).

Logo, o Estado-juiz, tem o dever de, no exercício da função jurisdicional, assegurar a construção da decisão judicial à luz dos princípios constitucionais, dispensando a atenção que

cada caso concreto merece²², e de escolher o melhor argumento dentre os trazidos pelas partes, explicitando as razões para não ter acolhido os demais. Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes e Renan Sales de Meira, a decisão judicial deve ser “uma construção conjunta das partes” e “adequada a um Estado Democrático de Direito (2014, p. 208).

E a decisão só pode ser considerada democrática se o juiz demonstrar com clareza em quais critérios se baseou para chegar a ela, em que medida cada critério influenciou na sua decisão, devendo o magistrado também acolher um ou alguns dos argumentos levantados pelos litigantes (na medida em que lhe é vedado o juízo de terceira via), explicitando as razões pelas quais refutou todos os demais. Além de violar o princípio da fundamentação das decisões judiciais, não pode ser considerada legítima em um Estado democrático de direito, a sentença ou acórdão que não contenha ao menos essas premissas, pois são estes elementos que permitem o controle da atividade jurisdicional do Estado (ou seja, se a mesma está sendo exercida nos limites legais)²³, da representatividade argumentativa²⁴, além de possibilitar a parte vencida a estruturação melhor de seu recurso²⁵.

²² Para Menelick Carvalho Neto “no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizado, que deflui da adequabilidade de decisão às particularidades do caso concreto” (*apud* DURO, 2014, p. 29).

²³ “Do ponto de vista político, através da motivação permite-se analisar o grau de imparcialidade, de discricionariedade, a coerência lógica, a proporcionalidade, a razoabilidade e, acima de tudo, a justiça do julgamento” (LOBO, NETO, 2014, p. 170)

²⁴ Coutinho e Caterina lembram que é através da decisão fundamentada que se pode vislumbrar os motivos pelos quais um determinado argumento prevaleceu sobre outro (2014, p. 276).

²⁵ Darlan Barroso lembra que o dever de motivar as decisões assegura o contraditório recursal, pois seria praticamente impossível á parte prejudicada interpor recurso sem saber quais os motivos que levaram o magistrado a adotar aquela solução (2007,

José Emílio Medauar Ommati, à luz do princípio democrático, diferencia motivação e fundamentação, colocando que o primeiro consistiria em dizer o que determinado julgador acha sobre o direito, o que é irrelevante para o direito democrático. Lado outro, fundamentar seria fixar a decisão juridicamente correta, prescindindo assim das posições pessoais do juiz. Deste modo, o julgador tem a obrigação de responder a todos os argumentos desenvolvidos e debatidos pelas partes no curso do processo, mesmo que já tenha se convencido por apenas alguns deles. Assim, a fundamentação deve ser plena e completa, para que os jurisdicionados possam controlar a interpretação, compreensão e a aplicação do direito realizada pelo julgador (2014, p. 117).

Sobre o tema, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias expõe que:

Na concretização da função jurisdicional pelo Estado, os pronunciamentos decisórios (...) são atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado, exercido em nome do povo. Daí por que este poder jamais poderá ser arbitrário ou exercido sob a referência hermenêutica inconstitucional do prudente critério ou do prudente arbítrio o órgão estatal julgador, ou fundado em considerações subjetivas dos agentes públicos decisores, mas poder constitucionalmente organizado, delimitado e controlado conforme as diretrizes preponderantes do Estado Democrático de Direito, que visualizamos como princípio constitucional (Constituição federal, Preâmbulo, e art. 1º), ao qual a jurisdição sempre estará vinculada (2012, p. 74)

Logo, tendo em vista as considerações feitas neste capítulo, bem como as trazidas nos capítulos anteriores, pode-se concluir que o provimento jurisdicional deve ser erigido em inafastável observância dos princípios do devido processo

p. 37). E José Miguel Garcia Medina mostra que a recusa dos órgãos jurisdicionais em responder a todos os argumentos fáticos e jurídicos, leva a que as partes sejam penalizadas no momento de manejarem os recursos de natureza extraordinária para o STJ e STF, uma vez que nesse grau de jurisdição a matéria fática não pode ser revolvada (*apud* OMMATI, 2014, p. 119).

constitucional e democrático, através de um contraditório substancial que possibilite às partes serem coautores da decisão final, devendo ela apreciar toda a matéria argumentativa deduzida nos autos, expondo de modo claro o por quê de acolher determinado argumento e não outro.

O novo Código de Processo Civil demonstrou uma grande preocupação com necessidade de motivação das decisões no seu art. 489, modificação esta central para o tema aqui desenvolvido e que será mencionada posteriormente.

2.4. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DA JURISDIÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Aparentemente, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias parece ser o precursor desse princípio, extraído com brilhantismo do próprio sistema constitucional enquanto imperativo lógico dele.

Segundo o autor, o princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito está presente na Constituição Federal, e é dirigido aos órgãos legislativos, que não podem emendar a Constituição no intuito de abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de funções do Estado e os direitos e garantias fundamentais (art. 60, §4º). Deste modo, se não podem os órgãos legislativos suprimir cláusulas pétreas garantidoras de direitos fundamentais e valores democráticos, normas essas estruturantes do Estado Democrático de Direito, naturalmente, o judiciário também não poderá fazê-lo (2012, p. 118). Logo, o princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito também se estende à função jurisdicional:

Partindo-se dessas premissas, o princípio da vinculação das atividades dos órgãos estatais ao Estado Democrático de Direito encontra implícita recepção no texto constitucional, também se dirigindo aos órgãos jurisdicionais, atualizando na função monopolizada por eles exercida, a jurisdição. Sua ob-

servância se faz necessária na prestação da atividade-dever jurisdicional, viabilizada por meio do devido processo constitucional (DIAS, 2012, p. 118).

Deste modo, os órgãos jurisdicionais, quando profereirem decisões, cumprindo e finalizando sua função judicial, deverão se orientar pelo princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito. Este princípio se otimizará pela influência articulada de dois outros princípios: o da supremacia da Constituição e o da reserva legal (DIAS, 2012, p. 119).

Visto então o princípio em epígrafe, passemos a análise do seguinte.

2.5. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.

É importantíssimo abrir um pequeno tópico para mencionar o princípio do acesso à justiça, pois este preceito constitucional foi inclusive reforçado no art. 3º do novo Código de Processo Civil, ao prever que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.”

Esse princípio encontra-se intimamente ligado ao direito de ação, modo pelo qual se provoca o Estado-juiz a dirimir determinado conflito de interesses. Contudo, o acesso à justiça também é o maneira pela qual se efetiva valores democráticos, vez que, conforme mencionado anteriormente, a legitimidade da função jurisdicional não se dá através da eleição de seus membros, mas sim da representatividade argumentativa. Logo, o acesso à justiça deve ser não somente o mais amplo e desburocratizado possível, como também deve preservar outros valores constitucionais, como o devido processo constitucional.

Assim, não se pode qualificar como pleno, um acesso à justiça em que não estejam resguardados alguns direitos e deveres, como a obrigatoriedade do juiz de fundamentar todos os

argumentos trazidos pelas partes, bem como a vedação ao juízo de terceira via, pois esse princípio não é um fim em si mesmo, mas um meio de alcançar a proteção dos direitos fundamentais através da tutela estatal.

Deste modo não se pode falar em acesso à justiça, senão através da efetivação de valores constitucionais, pois esse princípio deve garantir o acesso a uma ordem jurídica justa.

A doutrina tem criticado com veemência a preocupação do judiciário com a quantidade de processos, e o modo de diminuir seu volume, sendo tímidas as iniciativas para melhorar a qualidade dos provimentos. A nova sistemática de utilização de precedentes, presente no novo Código de Processo Civil é um claro indício da preocupação do legislador em diminuir os processos quantitativamente ao invés de melhorar a qualidade dos provimentos judiciais²⁶.

Assim, torna-se apropriado discorrer-se um pouco acerca da celeridade, à luz dos princípios já mencionados, pois, o direito que os jurisdicionados possuem, não é de acesso à qualquer a ordem jurídica, mas uma ordem jurídica justa, que respeite e implemente os princípios e garantias constitucionais.

2.6. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

Aroldo Plínio Gonçalves (1992), ao trazer para o Brasil a teoria de Fazzalari, ensina que o processo é um conjunto ordenado de atos que se realiza em contraditório. Aufere-se dessa lição que o processo é como uma escada, em que as partes vão galgando seus degraus aos poucos, até chegar ao topo, culminando assim no provimento jurisdicional. E estes degraus de-

²⁶Importante observar que citamos aqui a título meramente exemplificativo os precedentes, pois não iremos debruçar sobre este tema, que vem sendo alvo de intenso debate doutrinário e de inúmeras controvérsias em estudos dedicados a analisar as modificações que serão introduzidas pelo novo Código de Processo Civil (BAHIA, VECCHIATTI, 2014) (MAGALHÃES, SILVA, 2014) (COUTINHO, CATERINA, 2014) (NUNES, LACERDA, 2014).

vem ser vencidos por partes, devendo se enfrentar o anterior antes de passar para o subsequente, pois o processo segue uma ordem lógica, o que nos permite afirmar que cada uma dessas etapas tem seu tempo, dentre eles, o tempo do contraditório para que a decisão proferida ao fim seja legítima.

Contudo, tarefa difícil, senão impossível, é definir qual é o tempo necessário para se vencer cada uma dessas etapas. A Constituição Federal de 1988 foi emendada em 2004 para que fosse prevista a garantia da razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Contudo, a Carta Magna não define o que seria a razoável duração do processo e tão pouco aponta quais seriam os meios que possam garantir a celeridade de sua tramitação.

Pelo que já foi exposto até o momento, nos parece inarredável a conclusão de que, o processo, enquanto instrumento de acesso à justiça e efetivação de direitos fundamentais e do princípio democrático, deve se desenvolver em estreita consonância com o princípio do devido processo constitucional, de maneira que não se pode falar de celeridade, divorciada de todos os valores constitucionais.

Em estudo dedicado ao “tempo devido no processo”, Flaviane de Magalhães Barros e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira afirmam que o processo, além de possuir, naturalmente, um caráter cronológico, segue um *tempo kairológico*, o qual deve ser entendido como o *tempo devido* (2014, p. 573). Isto implica dizer que, até se chegar ao provimento final, o processo tem de ser construído com a efetiva participação das partes dentro de uma estrutura dialógica que se desenvolve através do contraditório, em que fiquem resguardados os direitos fundamentais das partes (2014, p. 574).

Restringir a participação dos cidadãos, suprimir etapas, ou impossibilitar a garantia do duplo grau de jurisdição, através, por exemplo, de uma rígida jurisprudência defensiva, em busca de celeridade processual, é atentar contra o princípio

democrático e contra a própria Constituição Federal, cuja preocupação maior é em efetivar direitos e garantias fundamentais e possibilitar que o processo seja instrumento de construção de uma decisão participada, pois só assim poderá se falar em legitimidade no exercício da função jurisdicional²⁷.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias aponta como uma das causas da morosidade, a formação e a mentalidade dos operadores do direito, que ainda vêm o processo de forma apenas instrumental, apartada dos valores constitucionais:

[...] na atualidade, o praxismo forense, de caráter infeccioso, golpeando de morte a técnica e a ciência do direito processual, em parte, é o responsável pela morosidade da atividade jurisdicional do Estado, retardando sobremaneira as soluções decisórias postuladas nos processos. Há um hiato, um colossal abismo, um enorme fosso, entre os conteúdos científicos, técnicos e metodológicos do direito processual, expostos em milhares e notáveis livros de doutrina, há um século e meio, e o que se passa na conturbada prática do foro, a gerar tumulto, balbúrdia, atecnias e deturpações nos processos, em nível cada vez mais preocupante, o que vai desaguar na interposição de recursos, de modo a se restabelecer a ordem procedimental, visando à realização do direito material ou direito substancial postulado pelas partes. Exame desse quadro sombrio, nada risonho para a ciência processual e para a construção do Estado Democrático de Direito, leva à conclusão de que urge mudança radical de formação e de mentalidade dos operadores, técnicos ou práticos do direito – juízes, advogados públicos e privados, defensores públicos, membros do Ministério Público – que precisam enxergar o processo de forma constitucionalizada, ou seja, metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais. Infelizmente, na conturbada e infecciosa prática do foro, o processo é encarado sob a ótica ultrapassada de simples instrumento (2012, p. 75/76).

O que sugere Dias no excerto acima transcrito é que o

²⁷Antonio do Passo Cabral afirma que “o processo é feito para demorar! Isso porque, para julgar adequadamente, o julgador seja ele juiz ou autoridade administrativa deve-se debruçar com cuidado sobre as questões postas para sua cognição (...), para somente então, com sobriedade e reflexão detida, prolatar sua decisão (2014, p. 106).

processo, quando tomado em uma visão instrumental, e não como um conjunto ordenado de atos de forma a garantir os direitos fundamentais em consonância com os valores do Estado Democrático de Direito, é um grande empecilho para a busca da celeridade, e, conseqüentemente, à razoável duração do processo.

É importante asseverar que não se está a criticar aqui o esforço para a obtenção da celeridade e da razoável duração do processo, pois esses são elementos importantíssimos que compõem o devido processo constitucional, pois um procedimento que se alongue *ad infinitum* é imprestável para se chegar a uma decisão justa e capaz de assegurar os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Mas um processo que não respeite esses mesmos direitos fundamentais, também é inservível para um Estado Democrático de Direito.

Em remissão às lições de Humberto Theodoro Júnior, Fernando Horta Tavares e Flávia de Almeida Montigelli Zaferdini, Dias afirma que a razoável duração do processo pode ser perseguida pela observância dos prazos fixados pelo próprio Estado para a prática de determinado ato, e pela eliminação de etapas mortas do processo, que são extensos lapsos temporais em que nenhum ato processual é praticado (2012, p. 162/164). Fernando Horta Tavares preleciona que “a celeridade se liga ao cumprimento do princípio da legalidade e do respeito aos princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório sem quaisquer compressões ou supressões do exercício destes direitos pelos sujeitos do processo” e, ainda “com observância necessária pelo próprio Estado-juiz e pelos auxiliares do juízo” (*apud* DIAS, 2012, p. 162)²⁸.

²⁸“Os parâmetros cronológicos que possuem métricas estáticas para definição do tempo cronológico que definem um número de dias para a conclusão o processo não deveria ser o critério único para definição da duração razoável do processo. A ‘teoria do não prazo’, endossada pela Corte Européia de Direitos Humanos e pela Corte Americana de Direitos Humanos a respeito do direito ao processo no prazo razoável não labora no critério cronológico. Pela ‘teoria do não prazo’ perquire-se o tempo

Assim, para se falar em razoável duração do processo ou processo sem dilações indevidas, deve-se atentar para três critérios: a complexidade das questões discutidas no processo; o comportamento das partes e seus advogados; e a atuação do órgão jurisdicional (DIAS, 2012, p; 169). Pode-se acrescentar a esses três critérios um outro aspecto reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que são as consequências geradas pela situação jurídica frente à pessoa afetada. Desse modo, pode-se dizer que é impossível fixar um critério meramente cronológico para se definir a razoável duração do processo, ou adotar a teoria do “não prazo” (BARROS, OLIVEIRA, 2014, p. 575). Destarte, a razoável duração do processo deverá ser definida caso a caso, levando-se em conta os quatro critérios mencionados e os direitos fundamentais discutidos em seu bojo, preservando todas as garantias processuais decorrentes do devido processo constitucional e do princípio democrático.

O novo Código de Processo Civil, demonstrando a grande preocupação do legislador com o tema, inseriu no art. 4º o seguinte preceito: “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

E o art. 6º traz que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”.

É clara a preocupação do legislador na formulação do novo Código de Processo Civil com um processo célere, e que corra em prazo razoável, o que não significa que se tenha de deixar de lado os demais preceitos constitucionais que se aplicam ao mesmo. Antônio do Passo Cabral recorda que o procedimento, deve não só permitir a participação e informar a to-

kairológico no processo (tempo devido), a partir da definição de critérios abertos para aferir da duração do processo, tenta-se de alguma forma reconhecer as especificidades do caso e tempo devido ao referido processo” (BARROS, OLIVEIRA, 2014, p. 575).

mada de decisão, algo fundamental no Estado de Direito contemporâneo, como deve também efetivar e proteger princípios constitucionais vitais, dentre eles, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (2014, p. 106). Logo, é importante não se abrir mão da qualidade do provimento jurisdicional em prol da celeridade a qualquer custo:

O valor da celeridade em si próprio, negligenciando a qualidade da prestação jurisdicional, o produto final do trabalho de julgamento, significa uma visão distorcida da efetividade com a qual o direito processual contemporâneo, preocupado com resultados, não pode compactuar. (...) E a rapidez exarcebada em terminar os processos de qualquer maneira pode gerar um déficit não apenas de garantias, mas também a qualidade da prestação jurisdicional (CABRAL, 2014, p. 107).

Neste contexto, torna-se oportuno fazer novamente um apontamento crítico à possibilidade de utilização de precedentes no novo Código de Processo Civil, técnica esta que visa a utilização de decisões padrões no julgamento de casos semelhante que venham surgir. Apesar de inegavelmente trazer uma maior celeridade ao processo, o uso de precedentes pode representar um verdadeiro perigo, pois pode ser que o magistrado aplique um precedente a uma situação aparentemente semelhante, proferindo, assim, uma decisão inadequada para aquele caso. É cediço que o devido processo constitucional, nos moldes como explicitado aqui, no qual as partes têm ampla oportunidade de manifestação nos autos, com intenso diálogo entre juiz e jurisdicionados, cooperação entre estes e no qual todos argumentos são apreciados, está longe de existir na prática do foro, o que cria a possibilidade de utilização indevida da decisão com base nos precedentes para os casos meramente semelhantes em busca de “celeridade”.

Como a utilização de precedentes não é o foco desse nosso estudo, não nos delongaremos mais sobre o tema que foi aqui levantado apenas para lembrar que, embora o novo Código de Processo Civil represente um grande avanço, se o mesmo não for interpretado à luz do devido processo constitucional e

não se realizar através de um procedimento em que o contraditório seja substancial, ele estará deixando de lado a eficiência qualitativa em prol da quantitativa.

Deste modo, pode-se afirmar assim que a duração razoável do processo é considerada aquela em que, atendido os direitos fundamentais, se permite a tratativa da pretensão e da defesa em tempo adequado, sem descuidar da qualidade e sem que o procedimento constitucionalizado desenvolvido em contraditório represente um fator de prolongamento imotivado do estado de incerteza que a demanda impõe as partes. “A procura por esse equilíbrio deve ser fruto de trabalho colaborativo, no contexto do ambiente de cooperação que deve ser o processo” (CABRAL, 2014, p. 108), nos termos do que dispõe assim, o art. 6º do novo Código de Processo Civil.

3. DIÁLOGO E DEMOCRACIA

3.1. O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO.

Conforme mencionado, a duração razoável do processo não pode se dar em prejuízo da qualidade do provimento jurisdicional. Nesse norte, pode-se afirmar que um princípio assumirá grande relevância enquanto balizador da celeridade processual, pois a celeridade não pode ser conquistada com supressão de qualquer um dos elementos que compõem o processo. Trata-se do contraditório substancial.

Torna-se a falar em contraditório, pois conforme destacado anteriormente, é ele o grande responsável pela participação das partes no processo, ou seja, pela construção de um provimento jurisdicional legítimo, no contexto democrático, pois, é o contraditório que possibilita uma efetiva participação das partes no processo. Alexandre Ávalo Santana inclusive denomina os sujeitos do processo de “*sujeitos de transformação*” (2014, p. 19), terminologia adequada para qualificar as partes,

pois conforme já arrematamos, elas já não são mais meras destinatárias da decisão judicial, mas co-autoras dela.

É sabido que o direito é uma prática ou ciência de caráter argumentativo, erigida de forma coletiva entre os sujeitos do processo, o que lhe confere a já mencionada representatividade argumentativa, que faz com que a legitimidade das decisões judiciais seja decorrente da capacidade de se escolher o melhor argumento válido e racional dentre aqueles discutidos ativamente pelas partes no processo.

Todavia é importante lembrar a lição de Michele Taruffo, de que este caráter argumentativo e coletivo de construção do direito, não deve ser entendido como um dever de dizer a verdade, pois a verdade para o processo é irrelevante, uma vez que a atividade que nele se desenvolve é essencialmente retórica, voltada para o convencimento do magistrado acerca da existência de um direito (*apud* AURELLI, 2014, p. 124). Tampouco deve ser confundido com a obrigação de dizer a verdade o dever de colaboração dos sujeitos do processo, pois, conforme expõe Marcelo Bonício, as partes estão em juízo defendendo seus próprios interesses, de modo que seja razoável supor que elas devam colaborar com o juiz na elucidação dos fatos que elas próprias alegaram. Assim, para Bonício, o dever de colaboração não deve ser interpretado como um dever jurídico de dizer a verdade no processo, pois o juiz é quem deve fixar os pontos controvertidos, e, a partir disso, possibilitar que as partes colaborem para a “elucidação” de seus argumentos de fato e de direito (*apud* AURELLI, 2014, p. 124).

Nesse norte a atuação do profissional do direito assume extrema relevância, porque, enquanto sujeito de transformação que atua no processo, exerce função jurídica e política já que, ao propor a melhor solução ao caso concreto, procura influenciar na produção judicial do direito (SILVA, ROBERTO, 2014, p. 178). Neste mesmo sentido, Carlos Henrique Soares já mencionou que o advogado é garantidor da legitimidade da decisão

judicial, pois é ele quem estabelece um diálogo técnico-jurídico que permite a construção do provimento judicial em simétrica paridade, garantindo assim o contraditório e a ampla defesa, bem como um controle da atividade jurisdicional. Assim é o advogado agente garantidor da democracia, cidadania, da soberania e dos direitos fundamentais (*apud*. DIAS, 2012, p.40/41).

Percebe-se assim a importância do advogado e demais sujeitos processuais na construção coletiva da decisão judicial, em consonância assim com os valores e princípios constitucionais, principalmente, o democrático. E como esta atividade se dá, essencialmente, através da participação da partes através da prática argumentativa, impede fazer algumas considerações. A primeira é a de que a linguagem não deve ser vista como mero instrumento, ou seja, um meio de se referir às coisas do mundo real. A linguagem tem o papel de reconstruir a realidade social, de modo que, em uma perspectiva pragmática, as palavras (signos) não possuem significado metafísico, que paira em um mundo ideal, pelo contrário, só adquirem sentido de acordo com as dinâmicas de práticas sociais, com o contexto em que são realizadas (FERNANDES, MEIRA, 2014. P. 197).

Isso implica dizer, nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes e Renam Sales de Meira, que é vantajosa a concepção de direito enquanto empreendimento coletivo, pois se toda compreensão dos signos só pode se dar a partir das dinâmicas sociais, é mais atraente uma noção de direito que oferece a seus atores um convite para sua conjunta interpretação. E ainda, tendo em vista o fato de que as normas jurídicas mudam com o tempo, é necessária uma concepção de direito que permite aos sujeitos de transformação do processo reconstruir o direito (2014, p. 198).

Neste contexto, Barros e Oliveira propõem a ampla argumentação com uma garantia das partes, e não como o direito subjetivo de uma parte, o autor, pois a ação não é mero direito de formular demanda, garantindo-se assim o tempo do proces-

so para que o esforço reconstrutivo do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que, assim, todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas (2014, p. 572). Repise-se assim, que a prática argumentativa e o caráter dialético em que sujeitos de transformação participam ampla e ativamente da construção do provimento jurisdicional, são elementos inerentes à própria dinâmica processual, que não podem ser subtraídos do processo em troca de uma pretensa celeridade. O direito enquanto ciência argumentativa não pode estar divorciado desses elementos sob pena de ser proferida uma decisão não legítima no exercício da atividade jurisdicional.

Dessa maneira, é imperativo fazer uma abordagem do elemento mais importante do processo, que possui íntima relação com os princípios constitucionais mais relevantes, como o democrático o contraditório, a ampla defesa e o dever de fundamentação das decisões, e que, certamente, ganhará mais vigor no novo Código de Processo Civil: *o caráter dialético do processo*.

3.2. O CARÁTER DIALÉTICO DO PROCESSO.

3.2.1. TEORIAS DO DIREITO.

O termo “dialética” remonta origens gregas (*dialectike*) e pode ser traduzido como diálogo, a arte de debater ou a arte de persuadir.

Contudo, aqui não nos interessa seu resgate histórico, que conta com mais de dois mil anos, mas como essa técnica foi recebida e interpretada pela doutrina “contemporânea”, à luz da ciência jurídica.

Em 1953, Theodor Viehweg apresenta um novo modelo de racionalidade jurídica, na qual é proposta a *aplicação da tópica ao direito*²⁹. Viehweg desenvolve uma técnica denomi-

²⁹“As origens da tópica remontam aos *Tópicos*, o tratado dedicado por Aristóteles ao

nada de estagirita, voltada ao enfrentamento de todos os problemas possíveis através da *argumentação dialética*. Na tópica, a argumentação se dá no âmbito do opinável e de maneira dialética, sendo ela levada adiante a partir tópicos (*topoi* ou *lugares-comuns* de argumentação), que são pontos-de-vista geralmente aceitos, mas que não precisam ser necessariamente verdadeiros do ponto de vista da lógica formal, invocados para dar embasamento a uma tese que subseqüentemente será exposta à refutação. Assim os tópicos podem ser considerados pontos de partida para uma argumentação capaz de levar a conclusões razoáveis e capazes de solucionar satisfatoriamente o tema proposto (COLA, ESTEVES, 2008, p. 153/154):

Os pontos de vista referidos, chamados *loci*, *topoi*, lugares comuns, constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida. Como se trata de *séries* argumentativas, o pensamento tópico não pressupõe nem objetiva uma totalidade sistematizada. Parte de conhecimentos fragmentários ou de problemas, entendidos como alternativas para as quais se buscam soluções. O problema é assumido como um *dado*, como algo que dirige e orienta argumentação, a qual culmina numa solução *possível entre outras* [FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 328, grifo do autor] (ESTEVES, COLA, 2008, p. 154).

Infere-se assim, que o pensamento de Viehweg privilegia a razoabilidade de determinada solução para o caso concreto, estando o foco na discussão e não na organicidade do sistema do ponto de vista lógico-formal. “Trata-se, por certo, de uma forma de raciocínio muito mais afeita ao trabalho do jurista do que o dedutivismo estéril” (COLA, ESTEVES, 2008. P. 154). É natural que o operador do direito se defronte no exercício de sua atividade com várias situações que exijam a aplicação de soluções razoáveis, de modo que a utilização da técnica da tópica pode ser útil na problematização dessas situações concretas na busca da melhor decisão que possa ser considerada a mais razoável. Percebe-se assim, que a técnica da “tópica,

focada no problema, abre espaço para o desenvolvimento de argumentações arrojadas que tornam possível a persecução da decisão mais justa e adequada a ser proferida no caso concreto, obtível no contexto de argumentação dialógica” (COLA, ESTEVES, 2008, p. 154/155) o que permite um incremento qualitativo das decisões judiciais, em razão da abertura do sistema, o que permite a ampliação das possibilidades argumentativas.

Ronald Dworkin, em sua *teoria da integridade*, trata o direito como *empreendimento coletivo*, sendo que sua interpretação (sempre construtiva) deve se dar através do diálogo com a comunidade na qual o magistrado se insere, tendo sempre como base a *história institucional dessa mesma comunidade*. E dado o caráter construtivo da interpretação no âmbito do direito, não há um conjunto fixo e imutável de critérios para se dizer qual o direito em determinado caso concreto ou se determinada proposição jurídica é verdadeira ou falsa, de modo que se pode afirmar que a prática jurídica, enquanto prática social, necessita de constante interpretação. E, na teoria de Dworkin, quando há divergência entre juristas sobre a correta interpretação do texto legal, ela se resolverá levando-se em consideração a história institucional da comunidade³⁰. Ademais, o caráter de empreendimento coletivo decorrente desta teoria não se esgota tão somente no fato do julgador ter de recorrer à história insti-

³⁰Dworkin se vale da metáfora do romance em cadeia para explicar como deve ser a atuação do magistrado segundo sua teoria: “o magistrado deve se considerar tal qual um escritor de um romance escrito, em cadeia, por vários autores, ao qual é incumbida a redação de um capítulo. E, no exercício dessa tarefa, há a exigência de que a obra final seja vista como produto de um só escritor. Assim, cada autor dessa cadeia (a exceção do primeiro) não começaria um romance do início, mas deveria dar continuidade ao já escrito, tendo sempre que se atentar para o fato de que o capítulo de sua autoria tem que ser compatível – se adequar – com o estilo do texto já expresso pelos outros autores anteriores nessa cadeia. Ora, tal não significa uma restrição, em sentido forte, à liberdade criativa do autor, mas estabelece um ponto de partida para o desenvolvimento de seu trabalho e uma responsabilidade para com o resultado final” (FERNANDES, MERIA. 2014. p. 199)

tucional da comunidade³¹ (ou seja, que o magistrado é participe de uma história maior), mas também tendo-se em vista que o provimento jurisdicional será construído com o auxílio das partes (FERNANDES, MEIRA. 2014 p. 198/200).

Verifica-se assim, que o elemento “diálogo” está presente na teoria de Dworkin, tanto na concepção de empreendimento coletivo do direito, no qual deve dialogar com a história institucional da comunidade para poder se dizer qual o direito num determinado concreto (pois o direito é estruturado através de um conjunto coerente de princípios desta comunidade), como no fato da noção sempre construtiva da interpretação jurídica, meio pela qual as partes auxiliam o magistrado na construção do provimento jurisdicional.

Destas duas primeiras teorias apresentadas, já se podem extrair alguns elementos importantes da ciência jurídica que confirmam que ela é uma ciência argumentativa. Da teoria de Dworkin depreende-se que o direito é um empreendimento coletivo, sendo que a interpretação de suas normas é construída através do diálogo com a comunidade (e sua história institucional), bem como entre os atores do processo (sujeitos de transformação) para a obtenção de um provimento judicial adequado ao caso concreto. Já a tópica de Viehweg, trata da busca de uma decisão razoável através da ampla possibilidade argumentativa a partir de pontos de vistas já sedimentados (lugares-comum).

Ambas teorias demonstram nitidamente a importância do diálogo e da prática argumentativa na construção da decisão mais justa e adequada.

É importante salientar ainda por derradeiro, a *teoria discursiva do direito* de Jürgen Habermas. Esta teoria está em consonância com a noção de direito enquanto empreendido coletivo, pois, para Habermas o conhecimento é sempre alcançado em meio a um compartilhamento lingüístico entre diver-

³¹Principalmente quando se tem em vista a metáfora do romance em cadeia.

so sujeitos (racionalidade comunicativa). Assim a fundamentação racional é decorrente de um procedimento discursivo que envolve diversos sujeitos em um *processo argumentativo*, de modo que o agir, orientado pelo entendimento, pressupõe um *comum acordo racionalmente motivado* pelos participantes do discurso, o que demonstra o papel preponderante que a comunicação assume na racionalidade. E, o local “onde os indivíduos buscam pautar suas ações por meio do acordo a pretensões de validade que subsistiram ante um procedimento argumentativo a que foram expostas à crítica de outros sujeitos”, é chamado por Habermas de “agir comunicativo” (FERNANDES, MEIRA, 2014, p. 204).

Deste modo é através do procedimento argumentativo que as pretensões de validades expressas pela argumentação são colocadas à crítica dos demais participantes, no âmbito do agir comunicativo, de maneira que, para Habermas, a argumentação “se volta a produzir argumentos procedentes e convincentes, em razão de propriedades intrínsecas, com que é possível resolver ou refutar pretensões de validade” (*apud* FERNANDES, MEIRA, 2014, p. 205).

Sobre o tema Reginaldo da Costa, em referência aos ensinamentos de Habermas, destaca que:

A liberdade comunicativa depende, pois, sempre, de uma relação intersubjetiva, logo, de um critério de validação intersubjetivo, o que significa que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a aceitar de modo válido somente o que foi legítima pelo critério da argumentação, de modo que é válido e orienta normativamente a ação ou regra que foram estabelecidos como válidos e normativos na roda do discurso argumentativo, na qual se procura acatar o que é legitimado pelo melhor argumento (2003, p. 47).

Logo, uma vez que a fundamentação racional é derivada do procedimento discursivo proposto por Habermas, e tendo em vista que a decisão judicial pretende assumir a forma de um ato racional, forçosa é a conclusão de que o provimento jurisdicional para ser considerado racional não pode ser construído

apartado do agir comunicativo.

Bernardo Gonçalves Fernandes e Renan Sales de Meira afirmam que, assim, a “decisão do magistrado só pode ser reputada racional, no paradigma em questão, quando esse atua diante de um procedimento argumentativo estabelecido entre as partes, em que essas podem expor o seu entendimento sobre o que o direito exige no caso concreto”. E completam: “e, diante desse procedimento, deve o juiz acatar aqueles argumentos que prevaleçam, quando contrapostos aos da parte contrária. Ocorre que tal só pode satisfatoriamente ocorrer quando o processo é entendido como um procedimento em contraditório”, de modo que o fundamento da decisão é construído, assim, em conjunto com o magistrado, aspirando a aceitação social. (2014, p. 205).

Naturalmente as teorias mencionadas são muito mais profundas do que foi expostos nos parágrafos anteriores. O que se pretendeu aqui foi lembrar sua existência e de modo sucinto, com auxílio de grandes expoentes doutrinários, expor alguns de seus mais relevantes fundamentos e elementos, uma vez que o objetivo desse estudo não é esgotar o tema e tampouco seria adequado tendo em vista as conclusões que se buscam atingir aqui. Sendo assim, mister se faz passarmos as duas últimas etapas: a análise do art. 489 do novo Código de Processo Civil, e dos elementos das três teorias supramencionadas, bem como os princípios anteriormente expostos, sob a concepção dialética de processo.

3.2.2. O ART. 489 DO NOVO CPC

As teorias de Dworkin, Viehweg e Habermas, em que pese as particularidades de cada uma delas, não deixam dúvidas de que o direito é um empreendimento coletivo que se desenvolve essencialmente através da argumentação e do diálogo na sua interpretação e na construção conjunta da decisão mais razoável.

Já destacamos também que os julgadores, no exercício da função jurisdicional que lhes foi incumbida, teimam em negar esses fatos, sob o fundamento de que o juiz está sujeito ao livre convencimento motivado, ou seja, não tem o dever de dialogar e cooperar com as partes e tampouco estariam obrigados a refutar todas as teses levantadas, se bastou uma delas, ou alguma delas, para lhes convencerem, e se responderam ao principal (ou principais) argumentos da parte derrotada.

Por mais óbvio que seja o fato de que essa idéia não pode – nem deve – subsistir num Estado que se propõe a ser democrático, este entendimento ainda hoje é predominante na jurisprudência. A justificativa dos julgadores é de que em decorrência do número de processos - e da necessidade de atender as metas do CNJ -, tornar-se impossível para eles implementar o contraditório substancial, analisar o caso detidamente e informar o por quê de não está acatando os argumentos que não acolheu na formação de seu convencimento.

É nítida a preocupação com a quantidade de processos a serem julgados em detrimento da qualidade da decisão judicial.

Contudo, o legislador atento aos valores democráticos e constitucionais, bem como às reivindicações da doutrina, de que a noção de contraditório tradicional encontra-se superada e que as partes têm o direito de influir na decisão do magistrado, assim como este tem o dever de apreciar todos os argumentos levantados pelos atores processuais, foi inserido no novo Código o art. 489, que torna mais rígido os requisitos que a sentença deve ter para não ser considerada nula. Destarte, torna-se importante transcrever o conteúdo do dispositivo:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões princi-

país que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Nos incisos I, II, III, do art. 489, não há praticamente nenhuma novidade em relação ao art. 458 do atual Código de Processo Civil, exceto o fato de que relatório deverá conter também a “identificação do caso”, preceito esse que está claro, e dispensa maiores digressões.

A inovação encontra-se no §1º do art. 489, que traz hipóteses na qual a sentença não é considerada fundamentada. Percebe-se nos seis incisos trazidos pelo §1º uma nítida preocupação do legislador com a qualidade da decisão prolatada pelo judiciário no exercício de seu mister, trazendo uma série de casos em que a fundamentação da decisão não está adequada ao princípio constitucional da motivação da decisão judicial.

O inciso I do §1º do art. 489 informa que é nula a decisão que se limita a reproduzir ato normativo ou apenas o paráfraseia, sem explicitar sua correlação com o caso *sub judice*. Note-se primeiramente, que o dispositivo preferiu a utilização da expressão “ato normativo” ao invés de “dispositivo de lei”, o que deixa claro a intenção de que o mesmo deve ser interpretado extensivamente. Logo, sempre que o julgador utilizar um ato normativo para o deslinde do feito, ele terá de explicar a correlação daquele com o caso concreto, ou seja, o por quê daquele norma ser aplicável ou não a um determinado caso. A simples menção ao ato normativo sem fundamentação gera a nulidade da decisão.

O inciso II do §1º do art. 489 trata da utilização do conceito jurídico indeterminado, divorciado da explicação da razão para aplicá-lo a determinado caso concreto. É cediço que o legislador – ou outra função estatal no exercício atípico de atividades que tem por característica a normatização - não consegue prever todas as situações que podem ocorrer no mundo fático, criando normas com um conteúdo mais amplo para que os administradores, intérpretes e operadores do direito possam amoldá-la a determinado caso concreto. E como o conceito jurídico indeterminado, no exercício da função jurisdicional, permite uma variedade de interpretações e aplicações, podendo muitas vezes, o mesmo conceito justificar tanto a procedência, quanto a improcedência de um determinado pedido na demanda, é natural que o julgador tenha de explicar a razão pela qual está aplicando aquele determinado conceito jurídico a um determinado caso concreto, e em que sentido ele se amolda à situação *sub judice*.

O inciso III do § 1º do art. 489, invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, em alguns casos pode-se confundir com as hipóteses dos demais incisos, a exemplo do II, pois o uso de conceitos jurídicos indeterminados muitas vezes poderia justificar uma grande gama de deci-

sões. Possivelmente esse dispositivo foi inserido para, dentre outras finalidades, inibir prática bem comum dos magistrados a alguns anos atrás de, quando na prolação de uma decisão interlocutória decorrente de um pedido de antecipação de tutela ou medida liminar, justificar o (in)deferimento com os seguintes dizeres: “(in)deferido o pedido de antecipação de tutela pois (ausentes)presentes os requisitos legais”. Apesar de absurda, esta fundamentação, durante muitos anos, subsistiu na prática forense, gerando inúmeros recursos aos tribunais superiores, visando anular a decisão não fundamentada.

O inciso IV do §1º do art. 489, trata do dever do magistrado de enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes que seriam capazes de fazer com que o juiz julgasse a demanda a seu favor. Trata-se, conforme já mencionado no início desse estudo, do poder de influência (direito de ter seus argumentos considerados) decorrente do contraditório substancial, agora, consolidado no texto legal. Certamente esse dispositivo desagradará uma grande gama de magistrados, que mencionam que os advogados muitas vezes levantam teses evidentemente insubsistentes ou se utilizam de “petições-modelos” de outro caso semelhante, sem sequer adequar a fundamentação da mesma ao caso concreto. Todavia, tais argumentos não merecem prosperar, pois, naturalmente, a qualidade das petições iniciais, defesas, recursos, etc, influenciará na qualidade da decisão judicial. Ou seja, se o advogado utilizar teses “fracas”, inevitavelmente os julgadores não terão dificuldades para afastá-las, sendo que o mesmo ocorrerá com o advogado que utiliza os mesmos argumentos para casos semelhantes sem sequer demonstrar a correlação com o caso concreto. O que não pode é o Estado-juiz deixar de apreciar argumentos, que, em tese, poderia fazer com que a decisão fosse favorável à parte que a aduz. Uma decisão que ignore a argumentação do advogado é, evidentemente, nula.

O inciso V do §1º do art. 489, trata da citação de prece-

dentes e enunciado de súmula sem indicação de seus fundamentos determinantes e sem apontar como o precedente ou a súmula se amolda ao caso concreto *sub examine* nos autos. A indicação dos “fundamentos determinantes” do precedente e da súmula se justifica para evitar o exercício arbitrário do poder por parte do magistrado, pois é cediço que ambos não são decorrentes de atividades legislativas e não foram editados por representantes legitimamente eleitos pelo povo. As súmulas e precedente (este, uma novidade do novo Código de Processo Civil) são decorrentes do exercício da atividade jurisdicional, e, naturalmente, não podem ser considerados normas, mas apenas diretrizes a serem seguidas, de maneira que é dever do magistrado indicar os “fundamentos determinantes” das súmulas e precedentes utilizados em determinado julgamento, pois estes constituem seu substrato legal. Outrossim, o julgador deve demonstrar se as particularidades que levaram à edição de determinado precedente ou súmula se amoldam à situação do processo.

Situação um pouco semelhante a ser observada pelo juiz é trazida pelo inciso VI do §1º do art. 499, que prescreve que o magistrado deve também demonstrar as razões de não ser aplicável em determinado caso concreto, a súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte³². Na verdade, o preceito contido nesse inciso encontra estreita relação com o do inciso IV, que trata do dever do magistrado de afastar todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar suas conclusões. Se súmulas, jurisprudências ou precedentes invocados são parte da argumentação, ou reforçam as teses apresentadas pelos sujeitos

³²Mister se faz lembrar neste ponto, importante lição que de Bahia e Vecchiatti, que explicam que “para que a decisão seja considerada fundamentada, da mesma forma que não basta apenas citação de lei, não basta mera invocação de precedentes ou súmula. O magistrado tem de mostrar de que forma estes se moldam ao caso, o que significa aquele exercício hermenêutico de que tratamos, a saber, seja no caso de precedentes, seja no de Súmula, há de haver o confronto entre questões de fato e de direito entre o paradigma e o caso *sub judice* (2014, 42).

processuais, fatalmente o julgador deve apontar a razão pela qual eles não merecem prosperar em determinado caso.

O §2º do art. 489 preceitua que no caso de colisões entre normas, o órgão jurisdicional deve explicar a ponderação que realizou entre elas e as razões pela qual adotou uma em detrimento da outra³³.

E, por fim, cumpre destacar que o §3º preceitua que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. Ou seja, o dispositivo menciona que é necessário se proceder com uma interpretação sistemática da decisão e em conformidade com o princípio da boa-fé. Isso implicar dizer que a decisão não estaria obrigada a afastar expressamente determinado argumento se, em decorrência de sua fundamentação, o mesmo implicitamente não merece prosperar em razão da estrutura lógica da decisão.

Após essas breves considerações acerca do art. 489, percebe-se que o legislador demonstrou uma nítida preocupação com a qualidade da decisão a ser proferida pelo órgão jurisdicional. Este dispositivo consolida definitivamente o caráter dialógico do processo bem como o contraditório substancial ao impor ao magistrado um amplo dever de fundamentação da *decisum* proferida.

Este e outros dispositivos do novo Código de Processo Civil demonstram, assim, que houve uma grande preocupação na implementação de um devido processo constitucional e com a legitimidade das decisões jurisdicionais.

3.2.3. O PROCESSO DIALÉTICO.

Chegamos assim ao ponto mais importante de nossa

³³ Importante recordar neste ponto, a súmula vinculante nº 10 do STF: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

pesquisa. Inicialmente vimos que a atividade jurisdicional, diferentemente da executiva e legislativa, não retira sua legitimidade da eleição de seus membros, mas do respeito à lei, e, em especial dos valores democrático, uma vez que o Brasil se propõe a ser um Estado Democrático de Direito. Verificamos também que o princípio democrático na função jurisdicional se dá com a efetiva participação das partes no processo.

As principais teorias jurídicas confirmam a importância do discurso na formação do direito. Para Viehweg, a partir de um problema as partes apresentam possibilidades argumentativas, dentro de uma estrutura dialógica de argumentação, para que se chegue à conclusão mais razoável, que possa solucionar satisfatoriamente o tema em debate. Dworkin lembra que o direito é um empreendimento coletivo, de modo que o juiz deve dialogar com a história comunidade, respeitando seus princípios institucionais, para construir sua decisão, que deverá estar aberta também ao diálogo com as partes na busca da melhor interpretação jurídica. Habermas também eleva a um pedestal a importância do discurso em sua teoria, pois, nela, de forma dialética, os sujeitos processuais enunciam pretensões de validade que são submetidas à possibilidade de refutação pela parte contrária, possibilitando assim a construção de uma decisão racional pautada no diálogo e no consenso.

Aufere-se assim que o diálogo se tornou um elemento relevantíssimo quando se fala em Estado Democrático de Direito, senão o mais importante, pois conforme demonstrado, não se pode falar em uma atuação legítima dos órgãos jurisdicionais, sem participação da partes dentro de uma estrutura dialógica de processo.

E o processo, enquanto meio pelo qual se desenvolve a atividade jurisdicional, é lugar onde a participação, o discurso, a atividade argumentativa e o diálogo se materializam, tornando instrumento de implementação de valores democráticos e direitos e garantias fundamentais, não sendo coincidência que

princípio processual mais importante é o devido processo constitucional, ou seja, para que o processo seja considerado justo, deve estar em consonância com todos os preceitos constitucionais.

Não é por menos que os princípios constitucionais mais relevantes possuem o elemento dialético como conformador de sua estrutura. No contraditório, o caráter dialético que processo tem, se revelar com maior nitidez, pois, notoriamente este elemento está presente em toda sua extensão. O diálogo esta presente no dever de informação, no direito de manifestação, no poder de influência – direito de ver seus argumentos considerados, e na cooperação. Não existe contraditório sem participação das partes e efetivo diálogo entre os sujeitos processuais. É a estrutura dialógica do processo, que se apresenta no contraditório, que faz com que os sujeitos do processo possam ser considerados sujeitos de transformação, na medida em que são destinatários e co-autores do provimento jurisdicional.

O dever de fundamentação da decisão judicial nada mais é do que o dever de diálogo do juiz com as partes como forma de tornar a atuação do Estado-juiz legítima. É através deste princípio que o órgão jurisdicional explica a razão pela qual os fundamentos que a parte vencida aduziu não merecem prosperar, justificando assim o por quê de estar proferindo uma decisão que irá atingir sua esfera de direitos.

Salienta-se ainda que o caráter dialético se faz presente até mesmo no princípio do acesso à justiça, pois não se pode falar em acesso a uma ordem jurídica justa, se ela não for pausada pelo diálogo. O acesso a uma justiça em que não haja diálogo ou participação, é na verdade o acesso a uma ordem autoritária e arbitrária, o que vai contra os princípios estruturantes do Estado brasileiro.

E, mesmo quando se fala em razoável duração do processo, o componente dialógico há de estar presente, pois a celeridade não pode ser buscada suprimindo-se o diálogo e a parti-

cipação das partes.

O novo Código Civil demonstra de forma cabal a importância do caráter dialético na construção de um novo direito processual civil. Os dispositivos transcritos ao longo desse estudo mostram a preocupação do legislador com o elemento dialógico no processo.

Nesse contexto, mister pontuar que sequer era necessário que novo Código de Processo Civil tivesse trazido essas normas para que haja um processo dialético, pois a estrutura dialógica decorre diretamente da Constituição, em especial, do princípio democrático. O que as regras do novo Código de Processo Civil fazem é tão somente minar qualquer dúvida de que o processo deve estar alicerçado na participação e no diálogo, devendo ser dirigido em completa observância dos princípios constitucionais.

Assim, no novo Código, quando o artigo 7º informa que deverá ser respeitado o “efetivo contraditório”, o artigo 9º prevê o direito da parte de ser ouvido, o artigo 10º traz a garantia da não surpresa, o artigo 357, §1º prescreve o direito das partes de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes e o artigo 489 impõe uma série de requisitos que a decisão judicial deve observar, o que está ocorrendo é tão somente a explicitação de um modelo de processo dialógico. Estes e outros dispositivos normatizam um processo estruturado pelo intenso diálogo, modelo este já defendido por uma intensa gama de doutrinadores, conquanto os órgãos judiciais tenham demonstrado grande resistência em admiti-lo.

Concluimos esse estudo informando assim, que o novo Código de Processo Civil, no que tange a implementação de valores democráticos, no processo, trará, sem sombra de dúvidas um grande avanço, senão uma imensa transformação na sistemática processual, sobretudo no diz respeito à fundamentação da sentença (art. 489). Pode-se inclusive falar que emerge do novo Código um novo princípio processual, o *princípio da*

dialética.

O princípio da dialética é corolário do princípio democrático previsto no art. 1º, bem como pode ser depreendido dos artigos 7º, 9º, 10º, 457, §1º e 489 do novo Código de Processo Civil. Todos os demais princípios processuais devem observar o princípio da dialética, pois conforme já arrematado, não se pode falar de contraditório, ampla defesa, acesso à justiça, dever de fundamentação das decisões, duração razoável do processo, etc, sem se falar em participação e diálogo.

Logo, o princípio da dialética impõe ao processo o respeito a uma estrutura dialógica, em que as partes tenham o direito de participar ativamente da construção do provimento jurisdicional sendo, assim, verdadeiros sujeitos de transformação. O princípio da dialética torna assim o processo um ambiente democrático, possibilitando que do judiciário emane uma decisão legítima, em conformidade com os valores existentes no Estado democrático de Direito brasileiro.

CONCLUSÃO

Arrematamos nas notas introdutórias desse estudo, que o que o motivou foi o atual contexto no qual o judiciário se encontra. É nítida a sua falta de capacidade para proferir decisões em tempo razoável, desenvolver um processo em que sejam respeitadas as garantias constitucionais atribuídas a seus sujeitos e oferecer uma tutela jurisdicional de qualidade apreciando todos os argumentos da parte vencida.

O desempenho aquém do desejado da atividade jurisdicional motivou a elaboração de um novo Código de Processo Civil, notadamente marcado por uma estrutura que visa garantir um processo alinhado aos valores constitucionais e ao princípio democrático, edificando assim um processo voltado para a participação e para intenso diálogo entre as partes, o que possibilita a construção de uma decisão judicial legítima e em con-

sonância com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, os operadores do direito deverão estar atentos, para que haja a implementação desses valores e garantias no processo, pois, sequer era necessário que fossem expressamente codificados no novo Código de Processo Civil, pois decorrem diretamente da Constituição Federal e seus princípios. Todavia, tendo em vista a resistência dos órgãos judiciais em implementar essas garantias, a intenção do legislador foi normatizá-las no novo Código, fazendo surgir assim, um verdadeiro princípio da dialética, em que os jurisdicionados deixam se der apenas destinatários do provimento jurisdicional, convertendo-se em verdadeiros sujeitos de transformação, participando também da construção da decisão judicial.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AURELLI, Arlete Inês. A Defesa do Réu no Código de Processo Civil Projetado. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. VECCHIATTI. Paulo Roberto Iotti. O dever de fundamentação, contraditório substantivo e superação de precedentes vinculantes (*overruling*) no novo CPC – ou repúdio a uma nova escola da exegese. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório*

apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.

- BARROS, Flaviane de Magalhães. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catonni de. A síndrome da pressa e o direito ao processo em tempo devido no projeto de Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.*
- BARROSO, Darlan. *Manual de Direito Processual Civil – teoria geral e processo de conhecimento.* 2 ed. Barueri: Manole, 2007. V. 1.
- BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: DF. Senado Federal. 2010. <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>> Acessado em 20/11/2014.
- BRASIL. Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A, de 2010, do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”. *PROJETO DE LEI Nº 8.406 DE 2010*. Brasília: DF. Câmara dos deputados. 2013. Acessado em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140327000390000.PDF#page=91>> acessado em 20/10/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.536-4 (Distrito Federal). Segunda Turma. Julgado em 02/12/2003. DJ 05/03/2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116098>>. Acesso em 25/10/2014.

- CABRAL, Antônio de Passo. A duração razoável do processo e a estão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.
- CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. V. I.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição*. Direito Constitucional Positivo. 16 ed. Belo Horizonte. 2010.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
-
- _____. *Teoria Geral do Processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- COLA, Felipe de Souza; ESTEVES, Carolina Bonadimam. *O juízo de terceira via sob a luz do contraditório substancial: proposta de aplicação do princípio da cooperação como forma de se assegurar um acesso à justiça qualitativo*. Depoimentos: Revista da Faculdade de Direito de Vitória. N. 14. 2008.
- COSTA, Reginaldo da. Discurso. Direito e democracia em Habermas. In MERLE, Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy. 2003.
- COUTINHO, Carlos Marden Cabral. CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)Legitimidade das Decisões Ju-

- diciais: Análise dos Precedentes à Brasileira e do Acesso à justiça no Novo CPC. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.
- DENZ, Guilherme Frederico Hernades. *A legitimidade democrática do Poder Judiciário e a politização partidária do juiz*. Revista eletrônica da Associação dos Magistrados Paranaenses. Paraná. Disponível em: <http://www.fagundesjunha.org.br/amapar/artigo.html>. Acessado em 01/10/2014.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2010. V.I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4 ed. São Paulo:Malheiros, 2004. V. I.
- DONIZETTI NUNES, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 13 ed. Rio De Janeiro: Lumem Juris. 2010.
- DURO, Cristiano. A fundamentação na técnica de superação do padrão decisório no anteprojeto de um novo CPC. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 3.
- FERNANDES, Bernado Gonçalves. MEIRA, Renan Sales de.

- Os poderes dos magistrados devem continuar a ser ampliados? Críticas ao projeto do novo Código de Processo Civil à luz de um modelo constitucionalmente (discursivo-democrático) adequado de processo. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.
- GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 1997.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1 ed. Rio de Janeiro. Aide, 1992.
- LIMA, Vladimir Andrei Ferreira Lima. Ocupações Urbanas: O controle judicial exercido frente a ineficiência de políticas públicas de acesso à terra no Brasil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Lisboa (PORTUGAL), nº 13, p. 15083-15149, 2013.
- LOBO, Arthur Mendes. NETTO, Antônio Evangelista de Souza. Análise principiológica do juiz no novo CPC. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.
- LOPES, João Batista. Princípios do Contraditório e Ampla Defesa na Reforma da Execução. In SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coordenadores). *Execução*. São Paulo: RT, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Pro-*

- cessual Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011.
- NUNES, Dierle. LACERDA, Rafaela. Contraditório e Precedentes: Primeiras Linhas. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.
- OMMATI, José Emílio Medauar. A Fundamentação das Decisões Jurisdicionais no Novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 3.
- SANTANA, Alexandre Ávalo. Os princípios do novo Código de Processo civil e a tutela eficiente em tempo razoável. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.
- SILVA, Blecaute de Oliveira. ROBERTO, Welton. O Contraditório Substancial no Novo CPC. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.

- SOKAL, Guilherme Jales. O papel do relator no julgamento colegiado e o projeto de Novo CPC: alguns avanços em prol do contraditório. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et al* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 3.
- VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et AL* (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 3.
- WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil – Curso Completo*. 3 ed. Belo Horizonte, 2009.