

A PARTICIPAÇÃO DAS PARTES COMO CONDIÇÃO DE LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

PARTICIPATION AS A CONDITION OF THE PARTIES ENTITLED THE JUDICIAL DECISION

Iaci Pelaes dos Reis¹

RESUMO

O presente artigo tem por fim proceder uma releitura do processo e do princípio do contraditório. Nessa perspectiva, pretende-se analisar a relevância da participação das partes no processo civil brasileiro como resultante de um novo paradigma jurídico, decorrente do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, busca-se demonstrar que a legitimidade da decisão judicial requer uma nova postura do Estado-Juiz no que tange ao tratamento das partes, que passam a ter o direito não apenas de serem ouvidas, mas fundamentalmente de que seus argumentos serão considerados na formação do convencimento do magistrado e, bem assim, na construção da sentença. A análise que se propõe encontra ressonância no princípio da soberania popular, na dignidade da pessoa humana e na cidadania como valores do Estado Democrático de Direito, como também no art. 5º do Projeto de Código de Processo Civil (PL nº 8046/10). Assim, demonstrar-se-á que o processo civil como procedimento, em contraditório, deve ser visualizado enquanto espaço institucional participativo, no âmbito do qual cabe ao Estado-Juiz assegurar às partes o direito de influenciar nos fundamentos da decisão como condição de legitimidade do ato judicial.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO. PARTICIPAÇÃO DAS PARTES. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.

ABSTRACT

This article aims to make a retelling of the process and the contradictory principle. In this perspective, we intend to analyze the relevance of the participation of the parties in the Brazilian civil process as a result of a new legal paradigm, due to the democratic rule of law. Accordingly, we seek to demonstrate that the legitimacy of judicial decision requires a new attitude of the State Judge regarding the treatment of the parties, who shall have the right not only to be heard, but fundamentally that their arguments will be considered in formation of the conviction of the magistrate and, as well, the sentence construction. The analysis proposes that resonates with the principle of popular sovereignty, human dignity and citizenship and values of the democratic rule of law, as well as in art. 5 of the Project Code of Civil Procedure (PL nº 8046/10). So, will prove that the civil procedure as a procedure in contradictory, should be viewed as participatory institutional space within which it is for the judge to ensure state parties the right to influence the grounds for the decision as a condition of legitimacy of judicial act.

¹ Doutorando em Direito pelo Programa de Doutorado Interinstitucional em Direito firmado entre a Universidade Federal de Minas Gerais e a Universidade Federal do Amapá - UFMG/UNIFAP. Especialista em Direito Processual Penal. Professor da Universidade Federal do Amapá. Promotor de Justiça do Estado do Amapá. Contato: iacipelaes1@gmail.com.

KEYWORDS: PROCESS. PARTICIPATION OF THE PARTIES. DEMOCRATIC STATE LAW. FORMATION OF JUDICIAL DECISION.

INTRODUÇÃO

As modernas teorias processualísticas introduziram profundas mudanças na forma de enxergar o processo, entre elas merece destaque a do professor italiano Fazzalari (2006), que em sua obra *Instituzioni di Diritto Processuali*², definiu o processo como procedimento que se desenvolve em contraditório.

O pensamento de Fazzalari (2006) trouxe revisitação a vários institutos e categorias do campo processual. É de se ressaltar, inicialmente, que sua contribuição científica proporcionou realçar o aspecto democrático do processo, na medida em que fincou o contraditório como da essência do processo, fator que confere às partes o direito substancial de poderem influir no conteúdo da decisão judicial, o que reveste o ato judicial de legitimidade, exigência do Estado Democrático de Direito.

A ideia desenvolvida neste trabalho ganha mais reforço com o fato de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, conforme preconiza o art. 1º, *caput* da CRFB/1988. Nesse novo modelo de Estado, adotou-se, entre outros, a dignidade da pessoa humana e a cidadania participativa como seus fundamentos.

Em assim sendo, a função jurisdicional, enquanto atividade essencial desenvolvida pelo Estado, também há de ser alcançada pelo aspecto democrático, a materializar-se nas decisões dos magistrados, mediante a garantia da efetiva participação das partes envolvidas, na formação do ato judicial.

Nessa perspectiva, as partes não podem ser vistas como mero espectadores do provimento judicial, senão como colaboradores ativos do processo, no sentido de que seus argumentos não de influenciar na composição do o ato decisório.

Nesse sentido, a legitimidade das decisões do Estado-Juiz fica condicionada à efetiva garantia de participação dos cidadãos/partes na formação da decisão judicial, pelo que não mais podem ser vistos como mero alvos ou objetos da ação estatal, mas sim como sujeitos de direitos fundamentais, dotados da prerrogativa de que seus argumentos serão considerados para fins da tomada da decisão.

² Obra traduzida para a língua portuguesa, no Brasil, sob o título Instituições de Direito Processual.

Visto desse modo, a jurisdição como atividade do Estado deve estar orientada no sentido de dar concretude à democracia participativa³. No caso específico do processo, é necessário que o magistrado estabeleça uma relação dialogada com as partes. Para além desse ponto, na linha do que se vem sustentado, requer-se, acima de tudo, que o Estado-Juiz leve em consideração, na tomada de suas decisões, toda contribuição argumentativa suscitada pelas partes, de modo que seu ato seja resultante desse fecho colaborativo.

A contribuição deste estudo, portanto, acha-se em consonância com a Constituição Federal e com as balizas do Projeto do Novo Código de Processo Civil que, entre outras inovações, enfatiza o aspecto do contraditório, anunciando, em seu art. 5º, que “as partes tem direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”.

Percebe, desde logo, que o projeto, em sintonia com o modelo de Estado brasileiro, eleva a participação no processo como um direito a ser exercitado ativamente, o que permitirá dar equilíbrio às relações entre as partes. Por sua vez, cabe ao juiz, despindo-se da postura de protagonista do processo, estimular o debate, prestigiando as partes como colaboradoras da decisão, tudo em consonância com a ideia de soberania popular, cidadania material e o princípio da democracia participativa.

A efetivação desse direito permitirá, dessa forma, que as pessoas destinatárias da decisão judicial possam de fato influenciar no resultado da atividade estatal, a cargo do juiz, rompendo o pensamento tradicional de que a feitura da sentença é um ato solitário, construído em monólogo judicial.

Trata-se de avanço na processualística, na medida em que se garante a comunidade de trabalho e em contraditório, com vistas a que a decisão estatal revista-se de melhor aceitação pelas partes, o que lhe garante legitimidade.

Esse modelo da democratização processual, permeada pela cooperação das partes e pela interdependência entre os sujeitos processuais é denominado por Dierle José Coelho Nunes de comparticipativo⁴.

1. O ESTADO LIBERAL CLÁSSICO E SEUS REFLEXOS NO PAPEL DOS SUJEITOS DO PROCESSO

³ Expressão utilizada na obra de Paulo Bonavides, *Democracia Participativa*, Ed. Malheiros.

⁴ A nomenclatura consta da obra do referido autor, intitulada “Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais”, Curitiba: Juruá, 2012, p. 224.

Historicamente, as ideologias subjacentes ao Estado e as opções políticas de seus governantes exercem decisiva influência no papel dos indivíduos em sociedade e no sistema jurídico processual do país, refletindo-se, por via de consequência, na concepção da atividade jurisdicional e, em particular, na forma de exercício da atuação do magistrado.

Assim é que, com o advento do Estado de matriz liberal burguês do século XVIII, a atividade jurisdicional acabou por pensada como uma função que, pressupondo a autonomia de vontade dos envolvidos, cumpria do dever buscar a resolução de conflitos de interesses de ordem individual, sendo que ao magistrado competia ser o boca da lei.

Esse pensamento decorreu da difusão da ideologia de separação entre a política e a economia. Nesse perspectiva, o papel do Estado-Juiz seria a de ser mero observador das disputas entre os diversos agentes econômicos.

Nesse cenário, o Estado de dimensão minimalista, posto que lhe cumpria satisfazer algumas poucas atribuições, como defesa contra ataques externos, prestação jurisdicional segundo os paradigmas de poder vigente, manutenção da máquina estatal, deveria abster-se de interferir nas relações privadas, uma vez que a vida econômica da sociedade estaria subordinada tão somente às leis de mercado da oferta e da procura.

Pronunciando-se acerca do perfil do Estado liberal, Saddy (2011, p. 20-22) pontua que:

A ideia de Estado, concebido pela Revolução Francesa, mais que implantar a Teoria da Separação de Poderes, marcou o advento do Estado liberal ou mínimo, definindo o fim do Estado mercantilista. Trata-se do Estado liberal de direito, que garantia precipuamente a livre iniciativa, em proveito do empreendedor, da propriedade privada e da autonomia da vontade.

No campo legislativo, o Estado Liberal clássico, apoiado na ideia de rígida separação de poderes, incumbiu-se de reger a vida pública dos cidadãos por meio de leis de caráter geral, aprovadas pelo Parlamento. Em decorrência dessa perspectiva, o Estado estava impedido de proceder intervenção na esfera jurídica privada.

Nessa trilha de pensar, sustentado pelo discurso de que o Estado daria tratamento isonômico aos seus cidadãos, admitiu-se, teoricamente, que a lei, como produto da atividade do Parlamento, seria, ao mesmo tempo, “clarividente e cega”. Esse tratamento igualitário é que garantiria a liberdade dos indivíduos em sociedade (MARINONI, 2004 p. 36).

É de se ressaltar que, embalados pela desconfiança em relação à prática dos magistrados do antigo regime, os pensadores do Estado Liberal clássico enalteceram o papel

do legislador, sendo que tal procedimento teve repercussão nítida no processo civil e no modo de atuação do Estado-Juiz, conforme acentua Marinoni (2004, p. 36):

É claro que essa intervenção teve repercussão sobre o Estado-Juiz, uma vez que nada adiantaria “formatar” a atividade do legislador e permitir ao juiz interpretar a lei em face da realidade social. Dizia Montesquieu, então, que o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”.

Esse pensamento, resultante das ideias de Montesquieu, fundava-se no pressuposto da certeza do direito, pois se acreditava não haver diferença entre a sentença e o texto da lei. Assim é que, diante da disputa das partes, ao juiz reservava-se a tarefa tão só de declarar o texto da lei, supostamente claro, como se isso fosse uma realidade.

Nesse diapasão, o julgamento do magistrado era visto como um retrato fiel da lei. Daí que, Montesquieu definiu o juiz como *bouche de la loi* (a boca da lei), pois sua missão, como já dito, limitava-se a afirmar a vontade da lei, sem qualquer espaço para a construção criativa e dialogal da decisão.

Na trilha dessa ideologia, conforme se vem discorrendo, predominava a ideia de que o processo era espaço privilegiado de manifestação da vontade das partes, no qual os contendores travavam uma disputa individual, cabendo ao juiz a posição de mero árbitro, em posição de relativa passividade. Com efeito, a função do magistrado, segundo essa maneira ideologicamente posta, era somente assegurar o respeito às regras do embate, sem qualquer poder de influencia no desfecho do processo, conforme denuncia Michele Taruffo⁵.

Para Montesquieu⁶, o poder dos juízes deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, no sentido de apenas afirmar o que já havia sido dito pelo legislador. Por isso, esse pensador chegou ao ponto de deduzir que o poder de julgar era, de qualquer modo, um poder nulo.

Em análise crítica acerca do tema Espíndola (p. 155) observa que:

A ideologia predominante na época era no sentido de que o processo fosse o lugar no qual se manifestava a autonomia e a liberdade das partes privadas. Estas deveriam ter à disposição todos os instrumentos processuais necessários para desenvolver, por iniciativa própria, uma competição individual que se dava frente ao juiz, o qual fazia o papel de um verdadeiro árbitro, cuja função era somente assegurar o respeito às regras do embate.

⁵ Cultura e Processo. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, p. 72

⁶ Autor da obra *De l'esprit des lois* (Do espírito das leis)

Não se ode descurar que a difusão dos postulados do Estado liberal tinha, entre outros propósitos, impor limites ao Estado, como forma de suplantar o modelo antigo (*ancien régime*), só que isso teve repercussão negativa na atividade do Juiz, tendo em vista que se instalou a hegemonia do legislativo frente ao executivo e o judiciário, ficando este, francamente, em em posição subalterna.

2. AS MUDANÇAS NO PERFIL DO ESTADO E A REPERCUSSÃO NO PROCESSO CIVIL

No século XIX, no campo do direito processual civil, rompe-se com a ideologia do Estado Liberal clássico (século XVIII) de que o juiz é a “boca da lei”. As crises sociais decorrentes do avanço do capitalismo industrial (economia de escala), passaram a cobrar um papel mais ativo do Estado, principalmente no campo social.

Nesse ambiente, passa a prevalecer a ideia de que o Estado deveria assumir uma posição intervencionista⁷, deixando de ser mero expectador dos livre jogo de mercado e dos interesses individualistas.

Essa mudança no panorama econômico e social, acaba tendo repercussão no processo civil e no papel do juiz, notadamente em função da reação de juristas que, percebendo a incompatibilidade entre o paradigma do processo civil do Estado liberal clássico com o novo cenário, irão defender a tese da necessidade de que o processo ganhe contornos publicistas.

É nesse contexto que o processo civil deixa ser visto como fenômeno privatista, isto é, como arena de disputas de interesses puramente das partes, para ser visualizado como numa dimensão de direito público, enquanto espaço de expressão da autoridade do Estado, cujo escopo é o de realizar a solução de conflitos, mediante a jurisdição.

Assim, desenvolvem-se as teorias que passam a conceber o processo como instituto onde predomina o interesse público e não o interesse das partes, situação que ensejará a proeminência do juiz como sujeito da relação processual.

Entre as teorias desse período, destaca-se a da relação jurídico-processual, desenvolvida por Oscar Von Bülow, 1868⁸, responsável pela sistematização técnica do que se passava quando as partes compareciam perante o juiz na busca da solução de seus conflitos.

⁷ Fernando Facury Scaff. Reponsabilidade Civil do Estado Intervencionista. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁸ Data da publicação de sua obra, na Alemanha, intitulada Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais.

Oportuno destacar que essa teoria não se ocupou da análise de fundo do direito das partes (dimensão de direito material), muito menos de questões relativas à legitimidade das decisões judiciais. O processo como relação jurídica ficou preso à feição puramente técnica, desvinculado dos reais problemas vivenciados pelos diversos cidadão, enquanto integrantes de uma sociedade profundamente conflituosa, marcada por graves injustiças sociais e econômicas.

Baseando-se em critério teleológico, Bülow defendeu a tese do processo como relação jurídica triangular, nela presentes três atores: juiz, autor e réu, sendo que nessa relação, o juiz passou a figurar como sujeito processual acima e entre as partes, pelo que as partes passaram a ocupar a condição de sujeição à autoridade judicial.

Essa forma de ver o processo persistiu por longo tempo, até que surgiu um novo olhar para o fenômeno processual, desenvolvido, sobretudo, por Elio Fazzalari (2006)⁹, o qual conceituou o processo como procedimento, que se desenvolve em contraditório.

A teoria elaborada por Fazzalari (2006) deu nova compreensão ao processo, colocando-o no devido lugar e, em certa medida, afastou a ideia de que o juiz é a figura central da atividade judicial e protagonista da decisão.

A teoria desenvolvida por esse professor italiano deu ênfase para o contraditório como marca do processo. Nessa linha de pensar, as partes passam a ser vistas como portadores do direito de discutir amplamente, em simétrica paridade, as questões de direito material suscitadas no processo, o que abre caminho para poderem influenciar na construção da decisão judicial.

3. A PARTICIPAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO COMO CONDIÇÃO DE LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

3.1 Estado Democrático de Direito e o direito de influenciar nas decisões

Com o advento da Constituição da República de 1988, inaugura-se o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB/1988) como resposta à insatisfação da sociedade ao regime militar. Essa Constituição foi fruto da pressão exercida pela sociedade, por meio dos movimentos sociais, intelectuais e políticos, ao Congresso constituinte de 1987/88, que, refletindo os legítimos clamores do povo, deu ensejo a um novo paradigma na relação entre o

⁹ Nascido na Itália, publicou a clássica obra *Instituzioni di diritto processuale*.

Estado e a sociedade, estabelecendo o caráter democrático do Estado e a cidadania como um de seus fundamentos.

A pretensão do constituinte de 1987/1988 não foi meramente formal, mas sim de propiciar a cidadania substancial (participativa) quanto à tomada das decisões do Estado, rompendo, desse modo, com o paradigma autoritário, em que o cidadão é encarado como mero objeto da ação estatal ou de mero expectador das decisões do poder público.

Essa participação não deve ser admitida apenas do ponto de vista eleitoral, quando o cidadão vota, escolhendo determinados candidatos a cargos eletivos. Muito além desse estreito ângulo, a participação no Estado Democrático de Direito tem como ponto essencial a abertura de oportunidade para influir nas decisões do Estado, ou seja, a possibilidade efetiva contribuir no conteúdo dos atos decisórios.

É por essa razão que Dinamarco¹⁰ (2004, p. 208), posicionando-se sobre o tema da democracia, pontifica:

Democracia é a participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros de poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia.

Nesse aspecto, a tônica no Estado Democrático de Direito deve ser a de busca incessante da legitimidade das decisões estatais como forma de alçar o cidadão à condição de sujeito do direito fundamental à participação nas coisas públicas. Essa visão também tem implicações no campo do processo e, em particular, na formação da decisão judicial, pois esta deve ser resultado da cooperação e do diálogo entre o juiz e as partes.

O escopo do Estado democrático nos remete para a questão do exercício do poder e da legitimidade da decisão estatal, figurando-se, nesse contexto, a decisão judicial. Visto isto, há que se perguntar: em medida a decisão judicial poderá ser legitimada pelas partes, de modo a não ser mero ato solitário e soberano do juiz, mas sim ato resultado da construção dialogal entre juiz e as partes envolvidas.

Nessa linha de pensamento leciona Cattoni (2002, p. 93):

Ao tomar suas decisões, também, é preciso lembrar que o juiz não está sozinho no exercício de suas funções. Afinal, do procedimento que prepara a decisão jurisdicional, devem em princípio, diretamente participar, em contraditório, em simétrica paridade, os destinatários desse provimento.

¹⁰ Colhida de sua obra A Instrumentalidade do Processo.

Não há como ser diferente, pois a democracia pressupõe, entre outros caracteres fundamentais, o fato de que o Estado deve estabelecer amplos canais de interlocução com os cidadãos, como forma de legitimar suas decisões. Os atos do poder público necessitam, para sua formação, da contribuição dos interessados. E qual a razão disso? É porque são os destinatários dos efeitos desses atos estatais.

Dessa forma, a sentença como ato do Estado-Juiz, longe de ser ato isolado do magistrado, há de ser resultado de um trabalho compartilhado, em que entra em cena a efetiva participação das partes que, contribuindo com seus argumentos e provas, em contraditório, cooperam para construção do ato final, de modo que todos se reconheçam como coautores do provimento jurisdicional.

Nesse compasso, Soares (2002, p. 209) corrobora com esse pensamento quando afirma:

Decisão, ou o veredito justo é o que resulta de uma valoração comparativa das argumentações, reconstruções e interpretações trazidas ao processo pelas partes (interessados) por meio do contraditório.

O provimento judicial, no estado Democrático de Direito, não pode ser concebido senão como resultado de uma cooperação dos sujeitos processuais ou como querem outros como uma parceria de singularidades e não como um trabalho produzido solitariamente, em monólogos, pelo magistrado.

3.2 O processo como procedimento em contraditório: a importância das partes envolvidas na demanda judicial

Importante, neste ponto, lembrar o contemporâneo entendimento de processo, segundo as bases teóricas lançadas por Elio Fazzalari (2006)¹¹, para quem “o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) a aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.

Até então, a doutrina tradicional, como a exposta por Carnelutti, não distinguia entre procedimento e processo, sendo este último visto como mera sucessão de procedimentos,

¹¹ *Instituzioni di diritto processuale*, traduzida para língua portuguesa, no Brasil, por Elaine Nassif, sob o título *Instituições de Direito Processual*, 1ª edição. Campinas-SP: Bookseller, 2006, p. 118/119.

imputando-se ao termo processo às operações destinadas à composição do conflito de interesses.

Na seara do processo, a contribuição científica de Fazzalari é a que melhor prestigia os valores do Estado Democrático de Direito, tal como preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que elenca como seus fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III), estando, com efeito, perfeitamente adequada às aspirações da sociedade brasileira.

De acordo com as pesquisas de Fazzalari, a marca distintiva do processo é o contraditório realizado entre as partes. Segundo sua exposição, o processo é espécie do qual o procedimento é gênero.

A teoria de Fazzalari ganhou realce no Brasil por intermédio dos estudos de Aroldo Plínio Gonçalves¹², que, adotando o critério lógico para distinguir processo de procedimento, concebe, igualmente, o processo como espécie do gênero procedimento, assinalado pela característica específica do contraditório, conforme ensina (p. 56-57):

A diferença específica entre o procedimento geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.

Como se vê, a nova forma de enxergar o fenômeno processual revolucionou o campo da processualística, pois a inovação do conceito de processo trouxe repercussões na postura do juiz e fortaleceu a participação das partes. Com os novos olhares, o processo passa a ser categoria qualificada pela dialética. Mais do que simples mudança de conceito, a nova percepção introduziu uma nova maneira de ver o contraditório, não mais como mero meio, mas como fim do processo, o que permite admitir que a ausência de contraditório fere de morte o verdadeiro escopo do processo e estiola os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Jayne (p. 6), em artigo intitulado “O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil, com sustentáculo em Picardi¹³, enfatiza que:

¹² Conforme sua obra *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Belo Horizonte: Del Rey.

¹³ PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio. Rivista di Diritto Processuale*. Ano 53, Segunda série nº 3, jul-set. de 1988, p. 673-681

A importância do novo conceito de processo, qualificado pelo contraditório é explicada por Picardi, ao mencionar que até meados do século passado, o princípio do contraditório era um meio e não um fim do processo, o que possibilitava afirmar que a ausência de um contraditório efetivo não contrariava o fim do processo, porquanto a atuação da lei através de uma decisão justa poderia ser obtida sem a cooperação das partes. Em consequência, as partes estavam sob a autoridade do magistrado que autoritativamente impunha sua decisão, sem observar o direito de as partes participarem da construção do provimento jurisdicional.

Visto o contraditório como exposto, qualquer restrição imposta às partes quanto ao exercício desse direito, importa em grave ofensa à democracia e, em particular, ao direito fundamental do cidadão de ser tratado não como objeto do processo, mas como um sujeito de verdade, um dos construtores do provimento judicial.

Sobreleva registrar que o contraditório, nas sendas de Gonçalves, não é simplesmente o “dizer” e o “contradizer” sobre a matéria submetida à apreciação do juiz. Não se há de conceber o contraditório como disputa de opiniões ou de interesses divergentes que se travam no processo, com vistas ao provimento jurisdicional.

Para além desse pensamento, afirma Gonçalves (p. 109) que “o contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei”. Portanto, a essência do contraditório reside na igualdade de oportunidade, enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.

Conquanto se verifique que existem processos mais extensos e outros de dimensão sumária, o contraditório será sempre o mesmo, de maneira que em qualquer situação a garantia às partes, em igualdade de oportunidades ou garantia de participação, em simétrica paridade, não pode ser afastada ou mitigada.

3.3 O direito de influenciar na decisão judicial como redimensionamento do contraditório

Seguindo a trilha da nova visão adotada para o processo, o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que versa sobre o novo Código de Processo Civil, já aprovado pela Comissão Especial, inova ao trazer em seu art. 5º o seguinte texto: “As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”.

Trata-se de uma novidade, na medida em que dispõe acerca da participação das partes no processo civil como um direito, que deve ser estimulado pelo juiz. Tal direito, em consonância com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, visa, seguramente, entre

outros aspectos, propiciar um ambiente favorável de modo que se assegure às pessoas interessadas no desfecho do processo o direito de influenciar na formação da decisão judicial.

Nessa quadra argumentativa, sustenta Mitidiero (2011, p. :

A necessidade de participação das partes no processo assinalada pelo direito fundamental ao contraditório, entendido como direito a influenciar a formação da decisão jurisdicional, outorga sustentação teórica a essa ideia¹⁴.

Como suporte nas ideais de Gonçalves¹⁵, ao encetar análise mais detida sobre o conteúdo do contraditório como estrutura dialética do procedimento, Jayme consegue visualizar cinco elementos: a) participação dos destinatários dos efeitos do ato final, em simétrica paridade de posições, na fase procedimental preparatória do provimento; b) mútua implicação das atividades dos destinatários – partes – destinadas a obter um provimento conforme seus interesses; c) efetiva capacidade de as atividades realizadas pelas partes influenciarem o autor do provimento final (juiz ou árbitro); d) possibilidade de exercício, por cada interessado ou destinatário dos efeitos do ato final (denominados de contraditores), de um conjunto de escolhas, de reações e de controles; e) existência de controle não só das atividades de cada um dos contraditores, mas também na possibilidade de fiscalização dos resultados da função exercida pelo autor do provimento final¹⁶.

Para os fins deste trabalho, dar-se-á ênfase ao ponto relacionado à garantia de participação das partes na elaboração do provimento judicial, de maneira a admitir o direito de elas – as partes - poderem influenciar decisivamente no provimento judicial.

Corroborando com o tema, Dinamarco (2004, p.215) enfatiza que:

A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da ideia, plantada na ordem política, de que **o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados.** (grifos do autor).

Não poderia como ser diferente, tendo em vista que as pessoas que estão atuando no processo são as que melhor conhecem os fatos a alegar e possuem os meios de provas disponíveis em cada caso.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil, 2ª ed. São Paulo: RT,2011.

¹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio, *op. cit.* p. 109

¹⁶ JAYME, Fernando Gonzaga. Artigo “O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil”, p. 7-8.

A oportunidade de participação das partes com vistas a influenciar na decisão relaciona-se com os seguintes aspectos: a) participar pedindo; b) participar dando sua interpretação aos fatos; c) participar alegando; d) participar provando.

A forma de encarar as partes como sujeitos, detentoras do direito de repercutir seus argumentos na decisão judicial, aponta também para o direito de terem respondidos todos os argumentos fornecidos durante o processo.

Em outro giro, a adoção deste pensamento evita que a decisão do juiz, resultado de monólogo e solilóquio, manifeste-se eivada de subjetivismo e preconceitos, traduzida na sua particular forma de ver o mundo e as pessoas.

Nesse ponto, interessante a contribuição da hermenêutica de Hans-Georg Gadamer¹⁷, como indicador na procura da verdade, no campo das ciências do espírito, a partir do fenômeno da compreensão e da experiência humana, com vistas à adequada interpretação dos fatos. Nesse caminhar, pode-se falar em fusão de horizontes, no sentido de que o fundamento da decisão é resultado dos argumentos debatidos pelas partes, em diálogo com o magistrado, que, igualmente, apresenta sua ação interpretativa.

Malgrado o juiz figure como sujeito do processo, não é, todavia, parte interessada, nem tampouco um terceiro alheio ao processo. Nessa condição, tem a incumbência de estimular o diálogo processual e a colaboração das partes, não podendo, entretanto, demonstrar interesse na demanda, o que requer atuação independente e desinteressada.

Nessa nova perspectiva, em que o órgão jurisdicional inclui-se como sujeito do processo, e não mais como mero expectador do *duelo* das partes¹⁸, nos moldes do Estado Liberal clássico, o contraditório volta a ser valorizado como instrumento destacado à construção da decisão judicial, e não apenas como norma formal que deveria ser observada a fim de conferir validade à decisão.

O papel do juiz não se limita à relativa passividade como no modelo liberal, nem tampouco ocupa a posição de protagonista do processo, soberano e acima das partes. A ideia é a de que as partes, em posição de paridade e em contraditório, tem o poder de influenciar nos argumentos da sentença, colaborando com o magistrado.

A condução do processo deixa de ser tarefa preponderante das partes, marca do processo liberal dispositivo, para assumir a forma de condução colaborativa, dirigida pela boa-fé e a confiança de todos os envolvidos no processo.

¹⁷ Conforme *Verdade e Método* – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

¹⁸ Expressão colhida de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “*Garantia do Contraditório*.” *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo; RT, 1999, p. 139-140.

A participação das partes em contraditório, com a garantia de influir na solução do caso, prestigia a lógica dialética, em substituição à lógica apodítica.

Nessa quadra, impende registrar que a garantia da participação das partes nos termos colocados aqui propicia um ambiente de acesso às informações oriundas do juiz e das partes, de modo a impedir que se instale um clima de desconfiança quanto ao futuro do processo, especialmente quanto a eventuais inovações nos fundamentos do ato jurisdicional.

Quando as informações não são compartilhadas na relação juiz-partes ou, ainda, quando a interpretação dos fatos fica a cargo exclusivamente do órgão decisório, gera nas partes desconfiança em relação aos atos do no órgão julgador. Instala-se a incerteza, o que pode acirrar o conflito processual, fator absolutamente contrário ao escopo social do processo e da jurisdição.

Na medida em que o juiz propicia o diálogo e estimula a participação das partes, abre-se a possibilidade de controle do resultado da atividade jurisdicional, superando-se as incertezas quanto ao rumo futuro da decisão. Além do mais, evita-se que a construção da sentença apresente-se com argumentos- surpresa, não debatidos pelas partes.

Para Derzi (2009, p. 328) “a confiança se revela necessária para que o homem possa lidar com a extrema complexidade do mundo, despertando a segurança do estado (no presente), que reduz a complexidade e se projeta para o futuro [...]”.

Declara, ainda, Derzi (2009, p. 329) que:

[...] a confiança não significa, assim, mera esperança. Ela implica a expectativa confiável, que interfere diretamente na decisão tomada pela pessoa que confia¹⁹.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, o Estado-Juiz não pode se furtar ao dever de construir uma relação de confiança com as pessoas envolvidas no processo, pois sobre elas recairão os efeitos da sentença, daí que fica impedido de surpreendê-las, mormente com decisões absurdas, divorciadas dos pontos colocados em debate, pena de se quebrar o princípio da confiança, depositado pelos governados nos agentes políticos do Estado.

Essa nova maneira de encarar o processo e a jurisdição tem implicações com a perspectiva instrumentalista do processo, que concebe o processo com escopos políticos, sociais e jurídicos, rompendo a ideia puramente dogmática do processo, que se limita à análise de seus aspectos internos.

¹⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

No campo político, o processo funciona como espaço para afirmação dos valores consagrados na Constituição, para afirmação da liberdade dos cidadãos e para participação dos atores sociais²⁰.

Na seara social, o processo é instrumento para persecução da paz social, sendo que esse desiderato não pode ser alcançado se não pela via do diálogo judicial e da garantia de que os argumentos trazidos pelas partes serão considerados para fins de influenciar o provimento jurisdicional, enquanto emanção do poder estatal exercido pelos juízes para consecução dos fins do próprio Estado Democrático de Direito.

Partindo do princípio do devido processo legal, advindo da Constituição Federal de 1988, Jayme²¹ amplia o conteúdo do contraditório, avançando de sua concepção estática (ou formal) para a dimensão dinâmica, dando-lhe conteúdo ampliado e, com isso, a máxima efetividade ao princípio.

Segundo Jayme, apoiado em Marinoni²², “a ideia do contraditório estático resume-se a possibilitar aos destinatários do provimento a oportunidade de manifestarem-se e de deduzirem as alegações e as provas que julgarem pertinentes, com a respectiva possibilidade de reação”.

Essa ideia de contraditório, vinculado à linhagem formal, não satisfaz a expressão as exigências dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, pautado na participação das pessoas na coisa pública e na prerrogativa de poderem influenciar nas decisões do ente estatal, com seus argumentos.

A visão meramente formal dada ao princípio do contraditório é reducionista e de todo incompatível com o modelo de Estado brasileiro, notadamente porque suas decisões precisam ser legitimadas por seus cidadãos, por ter sido esse o caminho escolhido pela sociedade desde os movimentos das ruas por ocasião da constituinte de 1987/88.

Sem desconsiderar a dimensão estática do contraditório, Jayme sustenta que o contraditório, visualizado sob o prisma dinâmico ou material, revela a prerrogativa de influência das partes, em simétrica paridade (possibilidade ou direito de influir) e a prerrogativa de controle na construção do conteúdo do provimento judicial.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2011, p. 38.

²¹ Jayme, Fernando Gonzaga. In “*O Princípio do Contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil*”, p. 11.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do Novo Direito Processual Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 336.

Discorrendo sobre o tema do contraditório, Theodoro²³, em consonância com o Estado Democrático de Direito, afirma conter nele a garantia da efetiva participação e do direito de influências das partes sobre a formação da decisão judicial:

Entende-se, na moderna concepção do processo assegurado pelo Estado Democrático de Direito, que o contraditório é mais do que audiência bilateral das partes, é a garantia da participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional.

O contraditório no Estado Democrático de Direito não se contenta com sua conotação meramente formal, pois a concretização do caráter democracia do Estado, no âmbito do processo, remete para o direito ao esclarecimento, o direito a não surpresa, o incremento do princípio da confiança, tudo como forma de garantir às pessoas, atores da relação processual, participação em todas as esferas decisórias do Estado, incluindo-se a esfera do poder a jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de se examinar os reflexos das concepções de Estado, desde o Estado liberal clássico, passando pelo Estado Social, até chegarmos ao Estado contemporâneo, o presente artigo cuidou de analisar a participação das partes no processo como condição de legitimidade da decisão judicial, no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, finca-se a ideia de que, no processo, a legitimação da decisão judicial dialogal impõe o dever de se encarar as partes como colaboradores ativos na construção do provimento judicial e não como antagonistas do Estado-Juiz.

Essa nova perspectiva, exige por parte do estado-Juiz uma postura dialogal, participativa e não como protagonista soberano da relação processual.

Conforme exposto, o direito fundamental ao contraditório passa a ser compreendido num prisma dialético substancial, como direito de a parte influir na elaboração e formação do convencimento do juiz, sendo esse direito denominado por alguns autores como poder de influência, entendido este não como mero direito de ser ouvido, mas sim enquanto direito de ser ouvido em condições de poder influenciar a decisão do magistrado²⁴.

A perspectiva adotada guarda perfeita sintonia com as balizas estabelecidas com a Constituição Federal e com a teoria de Elio Fazzalari, difundida e aperfeiçoada no Brasil pelo

²³ Humberto Theodoro Júnior.

²⁴ Conforme expõe Fredie Didier Junior.

professor Aroldo Plínio Gonçalves e prestigia o conteúdo do art. 5º e outros dispositivos do Projeto do novo código de processo civil, coadunando-se também com os argumentos tecidos pelo professor Fernando Gonzaga Jayme em seu artigo “O Princípio do contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil”.

Por fim, a partir desse estudo, supera-se a perspectiva tanto da passividade do juiz (Estado liberal clássico) quanto o protagonismo judicial, realçando-se a importância das partes como verdadeiros sujeitos do direito fundamental de influir no destino do processo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: RT, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Democracia Participativa*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da confiança e Validade prima facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2004.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz. *O Processo Civil no Estado Democrático de Direito e a Reeleitura das Garantias Constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial*. Disponível em: < www.univali.br/periódicos>. Acesso em: 10 maio 2014.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, trad. Elaine Nassif. Campinas, SP: Bookseller, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, Vol. I, 13ª ed., Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, 2ª ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 2012.

JAYME, Fernando Gonçalves. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Dey Rey, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MITIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

NEVES, Antonio Castanheira. *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXIV. Coimbra, 1988.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

SADDY, André. *Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol I, 54ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.