

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO UM DOS MEIOS DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

THE ADVERSARIAL PRINCIPLE AS ONE OF THE MEANS TO ACCOMPLISH DE ACESS TO JUSTICE

Ariadi Sandrini Rezende¹
Brunela Vieira de Vincenzi²

RESUMO

Com este artigo pretendemos estudar o contraditório na perspectiva do Estado Democrático de Direito. Teorias contemporâneas afirmam a ampla participação das partes no processo deve ser garantida, efetivando o exercício da coexistência da autonomia pública e privada do cidadão e assim garantir que o destinatário do ato estatal se veja como co-autor na construção deste ato emanado do Poder Judiciário, efetivando de maneira plena o acesso à justiça através de decisões judiciais mais legítimas e justas. A forma encontrada, para que se consigam decisões mais justas e legítimas, é a efetivação do instituto do contraditório através de um diálogo substancial entre as partes e o Estado–Juiz. Para isso, entendemos que o contraditório não deve ser pautado apenas na formação do fluxo e refluxo processual, mas, outrossim, na aplicação de primados constitucionais, em especial o diálogo das partes, buscando um processo justo, sem surpresas e que exige uma atuação hígida e concreta de seus participantes, viabilizando um desfecho legítimo para o processo e a efetivação plena do princípio do acesso à justiça

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. DIÁLOGO. PARTICIPAÇÃO

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo(2014) e possui Ensino médio pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Espírito Santo(2007).

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1997), mestra em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2002) e Doutora em Direito Civil, Constitucional e Filosofia do Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität - Frankfurt am Main (2007) com Bolsa de Doutorado Integral durante o mesmo período concedida pela CAPES em cooperação com o DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst). Estágio de Pós-Doutorado no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e no Institut für Sozialforschung em Frankfurt am Main, na Alemanha (2009-2010). Atuou entre 1998 e 2009 como advogada no Brasil, em São Paulo; e de 2010 a dezembro de 2012 como Advogada Europeia na Alemanha. Parecerista da Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Pós-Douramento em andamento no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, com bolsa integral PNPd/CAPES (2013-2014). Atualmente é Professora Adjunta I no Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES.

ABSTRACT

With this article we intend to study the adversarial principle from the perspective of a democratic State. Contemporary theories claim that the broad participation of the parties must be guaranteed, effecting the exercise of the coexistence of public and private autonomy of citizens. This ensures that the recipient of the state decision see his/herself as a co-author in the construction of this same act emanating from the Judiciary, thus guaranteeing access to justice in its highest potential through more legitimate and fair judgments. The formate encountered to achieve more legitimated decisions, is the conscious use of the adversarial principle by means of a substantive dialogue among the parties and the Judge. For this, we understand that the adversarial principle should not occur only in the formation of flux and reflux of the procedure, but, instead, the application of the constitutional adversarial principal, particularly the dialogue amongst the parties, seeking a fair trial without surprises, requires a healthy and concrete attitude of its participants, enabling a legitimate outcome for the process and the full actualization of the principle of access to justice.

KEYWORDS: ACCESS TO JUSTICE. ADVERSARIAL PRINCIPLE. DIALOGUE. PARTICIPATION.

1. Introdução

A fim de discorrer sobre o tema objeto do presente artigo, tem-se por relevante uma análise prévia do entendimento jurisprudencial sobre a aplicação casuística do princípio do contraditório em processos judiciais nos quais o legislador optou por rito célere. Dentre os procedimentos de rito diferenciado em razão da opção pela celeridade, chamam atenção reiteradas decisões em mandado de segurança negando o direito ao contraditório à parte autora quando a autoridade coatora apresenta documentos em suas informações ao juízo.

Um exemplo de decisões nesse sentido foi proferida no Mandado de Segurança n. 2002.39.003746-0,³ que tramitou perante a Seção Judiciária do Pará, impetrado por Orlando Shiqueo contra ato do Presidente da Comissão de Concurso Público da Faculdade de Ciências Agrárias do Pará. Em sentença, decidiu-se que a aplicação do princípio do contraditório deve ser de pouca amplitude nos casos em que o autor opta por um rito procedimental mais célere, levando a crer que teria implicitamente renunciado ao seu direito constitucional ao contraditório; o que em verdade, não ocorre.

Observa-se, nos autos do referido mandado de segurança, que o juízo de primeiro grau proferiu sentença com base em fatos indicados na peça de informações da autoridade coatora sem ter oportunizado ao impetrante a manifestação sobre os fatos e documentos juntados aos autos naquela oportunidade. As informações trouxeram fatos impeditivos ao 3 TRF da 1ª região. Voto do desembargador relator Souza Prudente na apelação em mandado de segurança nº 2002.39.00.003746-0.

direito do autor, pois a autoridade impetrada noticiou que o impetrante havia presidido a banca examinadora do certame, inclusive com elaboração de questões da prova, apesar de estar a ele concorrendo.

Justamente por os fatos narrados na peça de informações noticiarem absurda relação entre o impetrante-candidato e a banca do concurso, é que se fazia necessário ouvir o impetrante - mesmo que em exíguo prazo - para que explicasse o fato. Todavia, o juízo de primeira instância optou por negar-lhe direito ao contraditório, sentenciando diretamente, sob o argumento de que em mandado de segurança não é cabível a dilação probatória.

Em situações semelhantes, observa-se a mesma limitação ao exercício do princípio do contraditório em mandado de segurança⁴. Indaga-se, porém, se o rito mais célere do mandado de segurança suprimiria - sempre e em todos os casos - o direito constitucional ao contraditório. Não parece que a resposta é afirmativa, sendo necessário, uma análise mais profunda do instituto do contraditório a fim de demonstrar, como se fará nos itens seguintes, que a sua versão mais contemporânea não abarca restrições

2. Acesso à Justiça

A Declaração Universal dos Direitos Humanos do Homem incluiu em seus artigos VIII e X as principais garantias do processo, podendo dizer, portanto, que houve consenso mundial sobre as garantias do processo, inerentes ao postulado maior do acesso à justiça, não olvidando a publicidade do processo e a independência e imparcialidade dos juízes e tribunais.⁵

Com efeito, o artigo VII da Declaração Universal dispõe:

“Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

O artigo X complementa, determinando:

4

TRF da 2ª região. Voto do desembargador relator Luiz Antônio Soares na apelação em mandado de segurança nº 2002.51.01.003877-8 e TRF da 3ª região. Voto do desembargador relator Carlos Muta na apelação em mandado de segurança nº 2005.61.00.901729-9.

5

CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Milão: Giuffrè, 1973. p. 685.

“Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

A Convenção Europeia de 1950, por sua vez, traz disposição semelhante em seu artigo 6º § 1º, fazendo referência expressa ao processo. A nova Carta dos Direitos Humanos Europeia, do ano 2000, estabelece em seu artigo 47. Vejamos.

“Toda pessoa cujos direitos e liberdades garantidas pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal. Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.”

Disposições mais detalhadas sobre o processo, outrossim, são localizadas na “Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica.”

“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter cível, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

As primeiras análises desses documentos, do ponto de vista do processo, pretenderam identificar soluções para o efetivo exercício da garantia do acesso à justiça, buscando assegurar a toda pessoa o direito de ser ouvida por um juiz ou tribunal imparcial, com as devidas garantias processuais e num prazo razoável.

Com efeito, pretendeu-se inicialmente, por meio da expressão acesso à justiça,

“determinar duas finalidades básicas do sistema judiciário- o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos: segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.”⁶

O movimento de constitucionalização e internacionalização dos direitos humanos trouxe para o campo do processo a discussão sobre a efetividade da garantia do acesso à justiça. Tal tendência fica evidenciada nos debates e relatórios⁷ apresentados na conferência

6

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. Acesso à justiça Edição brasileira da introdução geral dos volumes da série Acesso à Justiça do Projeto Florença. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.p.8.

7

realizada em 1971, em Florença, sob os auspícios da Internacional Association of Legal Science e idealizada pela Associação Italiana de Direito Comparado, cujo tema foi: As Garantias Fundamentais das Partes no Processo Civil.

Nas palavras do presidente da Associação Italiana, Mauro Cappelletti, general repórter da conferência,

“o que emerge, finalmente (da conferência), é a definição de um a renovada concepção de justiça – de uma crescente dimensão constitucional, internacional e social da justiça; de juízes e tribunais mais acessíveis a todos; de juízes preocupados com a igualdade real, e não simplesmente formal, entre as partes; de uma processo criado para funcionar de maneira mais justa e mais efetiva: em uma palavra, como um sistema jurídico mais responsável pelos desafios do seu tempo.”⁸

Imantado por essas conclusões, o debate deu força ao movimento de acesso à justiça que se verificava em diversos países. Desta forma, capitaneados por Cappelletti, processualistas do mundo inteiro buscaram implementar o movimento de acesso à justiça em seus países, amparados em documentos internacionais que a proclamaram como garantia fundamental do homem.

O Brasil não ficou de fora desse movimento; a sociedade, com auxílio da comunidade jurídica, fez implementar, neste país de tantas desigualdades sociais, institutos processuais e modelos procedimentais que visam assegurar a todos os cidadãos brasileiros o acesso à justiça. Neste sentido, nas palavras de Kazuo Watanabe,

“o direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa”, sendo “dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direito; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características”.⁹

Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Milão: Giuffrè, 1973.

Tradução livre do seguinte trecho: “What finally emerges is the design of a renewed conception of justice- of a growing constitutional, international, and social dimension of justice, of courts more accessible to all; of judges concerned with real, not only formal, equality of the parties; of procedure intended to work both more fairly and more efficiently: in a word, of a judicial system more responsive to the challenging demands of our times” (CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit.p.vii)

Não demorou e a garantia do acesso à justiça foi erigida em garantia constitucional, expressa no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira de 1988. Antes disso, porém, o legislador brasileiro já se mostrava sensível a essa tendência, o que se pode verificar na Lei nº 4.717/65, na Lei dos Juizados de Pequenas Causas e, posteriormente, na Lei 7.347/85.

De modo geral, observa-se no desenvolvimento da garantia do acesso à justiça grande preocupação com o direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal previamente constituído e imparcial. A garantia do acesso à justiça concretizou-se primordialmente na busca de instrumentos para a melhoria do funcionamento dos sistemas judiciários e, em relação às partes, a garantia dá enfoque ao direito de ação e ao direito de defesa, objetivando garantir o efetivo acesso à justiça.

O primeiro momento do movimento para o novo enfoque da garantia do acesso à justiça foi permitir o acesso efetivo à justiça, ou seja, melhorando o aparato judicial e criando procedimentos e institutos diferenciados para o exercício e a defesa dos direitos em juízo.

No que diz respeito às garantias individuais das partes no processo, em especial os direitos de ação e defesa, o Projeto Florença procurou dotar as partes de meios processuais adequados para a efetivação do acesso à justiça, entre eles a definição de um melhor sistema de assistência gratuita, redução de custas processuais, criação de procedimentos mais simples e mais céleres para atender ao direito individual das partes e criação de mecanismos para a educação dos menos esclarecidos a respeito de seus próprios direitos.

No processo contemporâneo, todavia, a garantia do acesso à justiça é entendida como garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional, não se liga somente ao direito de ação e de defesa, pois tornou foros de universalização da garantia da tutela jurisdicional, sem a preocupação exacerbada com os direitos individuais;¹⁰ o enfoque está voltado para a sociedade e para efetividade da prestação jurisdicional.

Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: Participação e processo. Obra coletiva coordenada por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. P.135.

“As grandes questões envolvendo as várias teorias sobre a natureza da ação constituem preocupação já superada. A moderna ciência processual não se ocupa delas, pois se entende que tais construções doutrinárias já cumpriram seu papel, contribuindo para evolução dos institutos processuais. Necessário seja o tema tratado em conformidade com a visão atual da ciência processual, com ênfase para a preocupação fundamental do processualista de hoje, qual seja, a efetividade do processo”(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: - tentativa de sistematização . São Paulo: Malheiros, 2001.p.65.)

Superado esse primeiro momento em que grande era a preocupação com o acesso à justiça, o princípio do contraditório, informador do processo, deve ser observado de modo a imprimir qualidade e efetividade nos procedimentos criados e nas facilidades consagradas em prol do acesso à justiça. Isso porque a sociedade contemporânea observa um fenômeno generalizado de rejeição dos mecanismos criados pelos legisladores para a resolução de controvérsias por meio do exercício da jurisdição estatal. Essa negação de eficácia revela, ademais, a desconfiança e a frustração da população em face do instrumento para a resolução de controvérsias atualmente existente.¹¹ É preciso enfatizar que, na atual conjuntura, a população não se sente efetiva participante das decisões oriundas do Poder Judiciário.

3. Contextualização histórica do instituto do contraditório

O instituto do Contraditório, durante um amplo período de tempo, passou por diversas mudanças em sua compreensão e aceção.

Por diversas vezes, seu exercício foi suprimido e esvaziado. Na Grécia antiga, tem-se notícia que o juiz só poderia proferir decisão de deferimento ou indeferimento, referente ao pedido do autor, se fosse dada ciência ao réu e oportunidade de manifestação, com base em um posicionamento jus naturalista.¹²

No Direito Romano, a ausência do réu no rito processual inviabilizava a análise do conflito de interesse levado ao conhecimento da autoridade competente¹³. Nesse diapasão, “quem se recusasse a comparecer perante o juízo não podia ser julgado”¹⁴.

11

VIGORITI, Vincenzo. Il rifiuto Del processo civile. Revista de Processo, nº 99/41, p.41.

12

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual 24. São Paulo, Março/2005. p. 71.

13

MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos Del procedimiento civil**. Traducción Del inglés y notas por La Dra. Catalina Gossmann. Ediar S.A. Editores: Buenos Aires, 1945. p. 47-48.

14

OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

Durante a chamada Idade das Trevas, houve um ferrenho embate entre os místicos - defensores dos ordálios ¹⁵, em que o julgamento emanaria de fatores estranhos ao controle humano e, portanto, da vontade de Deus - e os dialéticos, defensores do contraditório exercido pela demonstração lógica. ¹⁶ Nessa conjuntura, “o raciocínio retórico-dialético erigiu o contraditório como base da apuração da verdade, pois, através dele, o juiz adquire um saber que nenhuma mente individual poderia procurar autonomamente, o saber das partes que revela a verdade prática”¹⁷.

O doutrinador Carlos Alberto de Oliveira garante que esta conjuntura persistiu até meado do “antigo direito germânico, que não dispunha de outro meio contra o demandado rebelde senão o de lhe obrigar, aplicando medidas de proscrição, a fazer as pazes com o Estado ofendido, ou embargando seus bens como garantia de seu comparecimento.” ¹⁸ Contudo, a situação começou a se alterar quando o Pretor introduziu medidas de coerção como a *missio in bona*, a instar o comparecimento do renitente. ” ¹⁹

Posteriormente, foram criados mecanismos para que o réu fosse compelido a comparecer em juízo e, paulatinamente, foi incorporando-se a ideia de atos processuais e

15

Ordálio ou **ordália** é um tipo de prova judiciária usado para determinar a culpa ou a inocência do acusado por meio da participação de elementos da natureza e cujo resultado é interpretado como um juízo divino. (Dicionário Houaiss, verbete "ordálio".)

16

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual na Idade Média*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006 .p. 127.

17

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual* 24. São Paulo, 2005. p. 71.

18

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 228.

19

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 228.

julgamentos sem a presença física do demandado, condicionada à prévia notificação processual do réu.

Nesta época, articulava-se a ideia de uma “adequada audiência bilateral que impunha igualdade de tratamento entre as partes”²⁰. Entretanto, esta regra de igualdade foi mitigada pelas monarquias absolutas do século XVI, onde o controle do processo foi absorvido pelo príncipe²¹, ensejando a restrição do contraditório e da audiência bilateral.²²

No decorrer da história, o positivismo do século XIX exauriu o contraditório, que não era considerado um princípio inerente ao direito processual, restringindo-se a alguns poucos procedimentos.²³ Carnelutti, por sua vez, asseverava, no começo do século XX, contra a existência de um contraditório generalizado,²⁴ e a Alemanha nazista chegou a vivenciar uma proposta de supressão do princípio.

Contudo, apenas com o remodelamento do Estado de Direito, no período do pós-Segunda Guerra Mundial, o princípio do Contraditório conseguiu uma (re) construção teórica, fulcrado no pano de fundo da dignidade humana, no acesso à justiça e nos direitos fundamentais.²⁵

20

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual** 24. São Paulo, Março/2005. p. 72.

21

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 229.

22

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 229.

23

GRECO, Leonardo. O princípio do Contraditório. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n.24, p.72, mar.2005.

24

" Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CE-DAM, ristampa, 1930. v. II, p.161-171.

25

Em nossa legislação pátria, o instituto do contraditório apresentou-se de maneira suavemente a partir da Constituição de 1937, em seu artigo 122, § 11, *in verbis*:

“À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, **asseguradas antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias da defesa.**” (Grifei)

Aludido dispositivo constitucional foi suprimido por força da ditadura decorrente do Estado Novo, a Constituição de 1937 não foi capaz de assegurar a observância dos direitos e garantias nela assinalados, manifestando-se desprovida de eficácia no plano material.

Em 1946, ressurgiu a ideia do Estado Democrático de Direito, consolidada na Constituição de 1946, e concomitante com aquela, outrossim, o princípio do contraditório. Contudo, com o Golpe Militar de 31.03.1964 e a instauração do período ditatorial que se seguiu, permanecemos por cerca de duas décadas sujeitos a um verdadeiro estado de arbítrio, cujas ofensas aos direitos e garantias fundamentais deixaram marcas inapagáveis na história do nosso País.

Muitos estudiosos afirmavam que a Constituição de 1937, a Constituição de 1946, primeira Constituição pós-guerra, como a Constituição Federal de 1967 previram o princípio do contraditório como garantia direcionada apenas ao processo penal. O professor e doutrinador Nelson Nery Júnior assevera que o artigo 153, § 16, da CF de 1969 previa o contraditório somente para o processo penal, mas existia a “correta manifestação da doutrina de que aquele princípio se aplicava, também, ao processo civil e ao administrativo.”²⁶

Em 1988, nossa atual Constituição trouxe expressamente a garantia do ao contraditório, *in verbis*:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e **aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes.” (Grifei)

TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 98 ss.

A redação conferida a esse dispositivo constitucional revela a adoção de uma postura mais aberta, por parte do legislador constituinte de 1988, no que diz respeito à aplicação das garantias do contraditório. Destarte, o contraditório ficou consagrado como um direito fundamental, previsto no Título, II da Carta Magna “catalogado no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos (título II e capítulo I, CF), e tem aplicação imediata (art. 5º, inc. LXXVII, §1º, CF).”²⁷

4. Para um novo entendimento do contraditório

Como visto, classicamente o contraditório foi descrito como o direito da parte de informação-reação²⁸ no processo. Deste modo, a *ratio* primeira do contraditório, continuamente, foi permitir oportunidades de reagir ou de evitar posições processuais desfavoráveis.

A primeira parte dessa conceituação está relacionada ao direito de informação. Os sujeitos processuais devem ter a necessária ciência dos efeitos prejudiciais que as decisões vinculativas, atuais ou futuras, poderão ter sobre suas situações jurídicas subjetivas, conferindo-lhes posições de vantagem e/ou de desvantagem²⁹. O segundo preceito oriundo dessa conceituação é o direito de reação ou expressão, a garantia de manifestação processual,

27

CASTRO, Cláudio Henrique de. Breves anotações sobre o direito ao contraditório. **Revista de Processo REPRO 85**. São Paulo, Janeiro/Março de 1997. p. 311.

28

Segundo Dierle José Coelho Nunes (2008, apud MAZZEI, 2012, p. 368) “Em uma acepção tradicional, o princípio do contraditório é entendido tão somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação . É a aplicação do denominado direito de ser ouvido pelo juiz . Assim, bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão somente uma participação fictícia e aparente. Ocorre que, esta visão de contraditório estático, somente pode atender a uma estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz”. Dierle José Coelho Nunes O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa . In Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Fredie Didier Jr e Eduardo Ferreira Jordão (coords) . Salvador: Juspodivm, 2008, p. 159.

29

FONTES, André. A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p . 101 e ss.

que abarca as faculdades de contra-argumentar, examinar os autos processuais, dirigir requerimentos ao Juízo, dentre outras.

Nesta conjuntura, o contraditório era concebido na ideia da bilateralidade da audiência apenas, na qual uma das partes argumentava e a parte adversa deveria rebater o argumento, formando, assim, uma discussão superficial que não tinha o condão de vincular o juiz às suas razões, sendo a sentença consequência apenas da interpretação e convicção pessoal do magistrado.

Outrossim, o contraditório era reservado aos que de alguma forma poderiam ser prejudicados, o que limitava a aplicação do princípio, basicamente, às partes.³⁰ Desse modo, a teoria da ciência-reação só proporcionava aos possíveis prejudicados a garantia ao contraditório, restringindo o espectro ampliativo e democrático do instituto.

Contudo, o princípio do contraditório ganhou muito mais autoridade e elevou seu grau de importância dentro do processo, devendo ser encarado sob uma perspectiva mais “elástica”³¹, notadamente, na sua configuração, é um espelho do processo cooperativo.³²

4.1 O contraditório como construção das partes e como legitimador das decisões judiciais

O processo cooperativo tem como premissa basilar que o Estado possui o dever de propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana. O contraditório, nesse contexto, acaba assumindo papel de viabilizador do diálogo e da cooperação no processo, inaugurando deveres de conduta, tanto para as partes como para o órgão jurisdicional. Estes deveres são basicamente: de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio.³³

30

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. Istituzioni del nuovo processo civile italiano, vol. III. **Roma, Foro Italiano**, 1941.

31

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. Revista dos Tribunais, 2004.

32

MITIDIERO, Daniel Francisco. Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007.

33

Ao juiz, impõem-se os chamados poderes-deveres de cooperação. Neste contexto, o dever de esclarecimento seria aquele que obriga o Judiciário a se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo. Esse pensamento pode ser observado no artigo 16 do Novo Código de Processo Civil Francês, atento ao que há de mais atual na doutrina processual civil, desde 1981 dispõe que o juiz “*ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit que elle próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações*”.³⁴

O dever de esclarecimento se entrelaça com o dever de diálogo na medida em que eventuais dúvidas serão esclarecidas por meio do diálogo entre os sujeitos processuais. Privar as partes do diálogo com o juiz é furta-lhes direitos fundamentais e, portanto, ferir a Constituição Federal, a qual todos estão submetidos, inclusive os juízes.³⁵

O dever de prevenção seria a obrigação do órgão jurisdicional alertar as partes do perigo de fracasso de seus pedidos ou se há alguma deficiência na postulação³⁶. A jurisprudência, nesta questão, não se tem mostrado alheia a este dever do juiz. Recentes julgados reconhecem o dever de o magistrado alertar as partes sobre eventuais máculas no exercício de seus direitos e dos instrumentos processuais.³⁷

MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

34

Art. 16. (...) *Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.*” Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=E8DBE15E459D90339962642FE722DD76.tpdj09v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149639&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130304. Acessado dia 12/07/2014.

35

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago; LUENGO, André Freitas. Poderes e deveres do juiz na condução do processo: Análise à luz do modelo cooperativo. **Pensamento y Poder**, v. 2, n. 1, p. 7-36, 2013.

36

MAZZEI, Rodrigo Reis. Tese de doutorado: **Embargos de Declaração: Recurso de Saneamento com função constitucional**. São Paulo, 2012, p. 370.

37

PETIÇÃO INICIAL Indeferimento Natureza da ação: execução fiscal. Instrumentalidade Ilegitimidade passiva ad causam Possibilidade de correção do vício que macula o **processo Dever de alerta Princípio da cooperação processual, que abarca o magistrado Exegese do artigo 295 do Código de Processo Civil**

Quanto ao dever de consulta, este se cinge no dever de o órgão jurisdicional recorrer às partes antes de qualquer pronunciamento possibilitando a influência delas em suas decisões, mesmo em situações de atuação *ex officio* pelo Estado-juiz.

Segundo a visão da cooperação processual, mesmo nas situações em que ao juiz é autorizado agir de ofício é exigida uma postura participativa do magistrado, até mesmo pela fundamentalidade do direito em jogo e de sua dimensão objetiva, cabendo a ele oportunizar a manifestação das partes, auxiliá-las quando necessário e preveni-las do uso inadequado do processo.³⁸ Ademais, o dever de auxílio repousa na inteligência do condutor processual para superação de obstáculos processuais.³⁹

Dessa forma, o modelo de processo cooperativo não é pautado apenas na formação do fluxo e refluxo processual, mas, outrossim, na aplicação de princípios, em especial o do devido processo legal, buscando um processo justo, sem surpresas e que exige uma atuação hígida e concreta de seus participantes, viabilizando um desfecho legítimo para o processo. Contudo, tal proposta só poderá ser efetivada se adotarmos o modelo do processo cooperativo e que, hoje, sem dúvidas, é, outrossim, o mais adequado para as nações que assumem o regime democrático.⁴⁰

Desse modo, há um rompimento do paradigma tradicional do contraditório, advindo das teorias sobre o controle das instâncias de poder no Estado Democrático de Direito.

Atualmente, a decisão do Estado não pode ser simplesmente tomada e, ao final, ser cientificada aos seus destinatários. Impõe-se, num Estado Democrático, a participação em

Apelação provida. 295Código de Processo Civil.”(133997020118260565 SP 0013399-70.2011.8.26.0565, Relator: Fermino Magnani Filho, Data de Julgamento: 14/05/2012, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/05/2012).

38

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago; LUENGO, André Freitas. Poderes e deveres do juiz na condução do processo: Análise à luz do modelo cooperativo. **Pensamiento y Poder**, v. 2, n. 1, p. 7-36, 2013.

39

MAZZEI, Rodrigo Reis. Tese de doutorado: **Embargos de Declaração: Recurso de Saneamento com função constitucional**. São Paulo, 2012, p. 371.

40

MAZZEI, Rodrigo Reis. Tese de doutorado: **Embargos de Declaração: Recurso de Saneamento com função constitucional**. São Paulo, 2012, p. 371.

todos os atos intermediários que compõem o procedimento prévio de formação de decisão.⁴¹ Assim, quanto maior a participação das partes, maior legitimidade terá a decisão advinda daquele processo, uma vez que agregará maior número de expectativas legítimas.⁴²

Esse novo paradigma afirma que o indivíduo tem o direito de influenciar na tomada de decisões, não restringindo, tal função, ao poder público estatal, pois o paradigma do Estado Democrático de Direito “requer um direito pluralista e aberto”. A incidência desse novo modelo no campo jurídico processual, a partir de uma análise democrática do processo, observa o contraditório como garantia dinâmica.⁴³ De tal modo, o contraditório ressoa como uma forma de participação dos indivíduos no procedimento de tomada de decisões pelo ente estatal.⁴⁴

Dessa forma, o contraditório deve ser encarado como forma de efetiva participação dos sujeitos processuais e, além disso, possui a característica de vinculatividade, isto quer dizer que o magistrado fica vinculado à manifestação das partes para proferir sua decisão. Ora, tal garantia encontra respaldo no Estado Democrático de Direito, pois os indivíduos não podem sofrer com o arbítrio de um órgão estatal, neste caso a figura do juiz.

Hodiernamente, faz-se necessária a institucionalização de procedimentos deliberativos para a formação da vontade estatal, ampliando a discussão. E o processo é um deles. Observa-se a importância de conceber o processo como um canal de debate público, o que remete frontalmente ao tema do formalismo e do regramento dos atos processuais. É neste paradigma

41

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

42

MAZZEI, Rodrigo Reis. Tese de doutorado: **Embargos de Declaração: Recurso de Saneamento com função constitucional**. São Paulo, 2012, p. 369.

43

NUNES, Dierle José Coelho. Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. **Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 142 e 145, 2006.

44

“O conceito de contraditório evolui. Já não se limita ao direito da parte de ser ouvida, ao direito de se defender, mas erigiu-se como uma garantia dos destinatários da decisão de participar do processo, em simétrica igualdade, na etapa preparatória do ato imperativo do Estado – a sentença-, para influir em sua formação.” GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro. Aires, p. 219, 2001.

de diálogo público, de consenso através dos procedimentos, que deve ser estudado o poder estatal no processo.⁴⁵

O contraditório é uma garantia processual delineada na Constituição Federal, não podendo ser suprimida pelo legislador ordinário, e, tão pouco, ser cerceada pela autoridade condutora da marcha processual, neste caso pelo poder judiciário. A não observância da garantia processual do contraditório vicia o processo, nulificando-o absolutamente. Isso porque a garantia constitucional se sobrepõe a qualquer disposição legislativa ou praxe dos tribunais, vinculando-os a obedecer aos ditames constitucionais.

Como já foi exposto, não podem as partes sere consideradas meros objetivos da decisão ou absorventes mudas do pronunciamento judicial⁴⁶. Na esteira da concepção democrática de jurisdição, o processo representa cenário de discurso público, mais um canal de democracia deliberativa. E o princípio do contraditório é o vetor normativo- processual que realiza esses objetivos.

O processo deve ser apreendido como uma “comunidade comunicativa” e o contraditório, o instituto processual, que permite o intercâmbio constante e mútuo entre os sujeitos processuais participantes, franqueando a garantia cidadã de participar da decisão estatal. Prontamente, observa-se o princípio da cooperação e participação dos sujeitos processuais na tomada de decisão pelo órgão estatal.

Nesta lógica de raciocínio, uma das formas práticas de concretizar o instituto constitucional do contraditório seria outorgar às partes largo espaço de discursividade, por meio, e.g., da abertura de vista processual para que possam obter conhecimento e se insurgir sobre as alegações da parte *ex adversa*. Embora pareça uma regra basilar, na maioria das vezes, não é respeitada. Inúmeros juízes, com o objetivo de reduzir a duração do processo, olvidam de assegurar o direito ao contraditório, descumprindo determinação constitucional, estabelecendo a concessão do contraditório como uma faculdade do juiz.

45

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. Malheiros, 1996.

46

⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 2010.

Não raro, a sentença é proferida sem que as partes tenham tido ampla oportunidade de conhecer e rebater os argumentos e provas trazidos pelo outro litigante, gerando cerceamento de defesa, que pode ser argumento em sede recursal.

Desta maneira para que a decisão seja fruto de uma edificação participativa, de forma coesa com o arquétipo constitucional do processo, o juiz não pode puramente desconsiderar que a construção da decisão seja fruto da participação das partes, pois ao se assegurar o contraditório e a fundamentação correta da decisão, garante-se, igualmente, a ampla argumentação, oportunizando que as partes participem do procedimento de formação da decisão.

Portanto, a garantia de participação dos afetados na constituição do provimento, é base da concepção do contraditório, que somente será inteiramente garantido se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão, posto que no modelo constitucional de processo, percebe-se a co-dependência entre os princípios constitucionais, para a compreensão de uma decisão formada em bases democráticas e justas.

Neste sentido, para Niklas Luhmann, o contraditório é contemporaneamente tido como o elemento legitimador do processo, que, por sua vez, é o instrumento, por excelência, legitimador de direitos na sociedade contemporânea.⁴⁷

A concepção contemporânea do processo indica que a garantia constitucional do contraditório têm função legitimadora do ato final do processo. Dessa maneira, o contraditório, construído pelas partes processuais e pelo juiz, legitima a decisão judicial porque, por meio dele, as partes obtêm uma decisão mais legítima e justa, pois participaram de sua concepção. Destarte, a promoção de decisões mais justas e legítimas faz com que o princípio do acesso à justiça se efetive de forma mais ampla.

5. Conclusão

Deste modo, a preocupação com o acesso irrestrito e incondicional à justiça deve dar lugar à nova tendência – ainda que dialética- de cooperação e colaboração das partes no processo para a realização de um fim comum, qual seja, a legitimação do provimento judicial e a realização dos direitos, tornando as decisões judiciais mais justa e legítimas.

Enfim, pode-se concluir que o Contraditório é instrumento essencial para a realização da democracia no processo. A Constituição de 1988 erigiu o princípio ao grau máximo de garantia constitucional, protegida - por ser cláusula pétrea - de reformas constitucionais. Importa, dizer, portanto, que o direito ao contraditório não pode ser renunciado antecipadamente pelo seu titular, nem o legislador pode impor uma supressão prévia ao seu exercício.

Necessário se faz, como demonstrado, que em cada caso concreto o julgador sopesa as circunstâncias de fato e de direito a fim de oportunizar às partes a efetiva realização do seu direito ao contraditório, tornando a decisão mais justa e legítima, pois contará, assim, com a participação efetiva e equilibrada das partes. Nesse contexto, as três partes da relação jurídica processual - autor, réu e juiz - tornam-se responsáveis pela decisão final do processo, construída em contraditório.

6. Referências Bibliográficas

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Garantia do Contraditório. Do formalismo no processo civil.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: - tentativa de sistematização .** São Paulo: Malheiros, 2001

GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório.** Revista Dialética de Direito Processual 24. São Paulo, Março/2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. **Acesso à justiça Edição brasileira da introdução geral dos volumes da série Acesso à Justiça do Projeto Florença.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of the parties in civil litigation.** Milão: Giuffrè, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: CE-DAM, ristampa, 1930. v. II.

CASTRO, Cláudio Henrique de. *Breves anotações sobre o direito ao contraditório*. **Revista de Processo REPRO 85**. São Paulo, Janeiro/Março de 1997.

FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro. Aires, 2001.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual 24**. São Paulo, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O direito processual na Idade Média**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. Malheiros, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Tese de doutorado: **Embargos de Declaração: Recurso de Saneamento com função constitucional**. São Paulo, 2012.

MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos Del procedimiento civil**. Traducción Del inglés y notas por La Dra. Catalina Gossmann. Ediar S.A. Editores: Buenos Aires, 1945.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**, Tese de doutorado, 2007.

NERY JÚNIOR, Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. Princípios de processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Ed. **Revista dos Tribunais**, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago; LUENGO, André Freitas. Poderes e deveres do juiz na condução do processo: Análise à luz do modelo cooperativo. **Pensamiento y Poder**, v. 2, n. 1, p. 7-36, 2013.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè, 1974.

VIGORITI, Vincenzo. **Il rifiuto Del processo civile**. Revista de Processo, nº 99/41.

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