

DEVIDO PROCESSO LEGAL X INDEVIDO PROCESSO SENTIMENTAL: O CONTROLE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL PELO CONTRADITÓRIO E O MODELO COMPARTICIPATIVO DE PROCESSO

DUE PROCESS OF LAW X UNDUE PROCESS OF SENTIMENTAL: THE CONTROL OF THE JUDICIAL FUNCTION BY ADVERSARY AND THE MODEL OF PARTICIPATORY PROCESS

*Marcelo Veiga Franco**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo estudar de que forma o contraditório e a motivação das decisões judiciais atuam como barreiras ao exercício arbitrário da função jurisdicional, dentro da perspectiva do modelo participativo de processo. Para tanto, primeiramente, são colacionadas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias tendentes à adoção do subjetivismo judicial. Posteriormente, criticando essa posição, é estudado o conceito atual de contraditório, em suas dimensões formal e material. Com isso, passa-se à análise do modo como o contraditório e a motivação decisória consistem em instrumentos democráticos de controle do exercício da jurisdição. Por fim, é concluído que o modelo participativo de processo é aquele que melhor se adéqua à democracia.

Palavras-chave: Subjetivismo judicial; Contraditório; Motivação decisória; Controle da função jurisdicional; Modelo participativo de processo.

ABSTRACT

This article aims to study how the adversary and the motivation of judgments act as barriers to the arbitrary exercise of the judicial function, within the perspective of the model of participatory process. To do so, first, are mentioned jurisprudential and doctrinal demonstrations aimed

* Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procurador do Município de Belo Horizonte/MG. Advogado. Rua Palmira n. 469, apto. 1001, bairro Serra, Belo Horizonte, MG, CEP 30220-110. E-mail: veigafranco@hotmail.com.

at the adoption of subjectivism judicial. Later, criticizing this position, is studied the current concept of adversary in their formal and material dimensions. With that, move on to the analysis of how the adversary and the motivation of judgments are democratic mechanisms for control of the exercise of jurisdiction. Finally, it is concluded that the model of participatory process is one that best fits to democracy.

Keywords: Subjectivism judicial; Adversary; Motivation of judgments; Control of the judicial function; Model of participatory process.

INTRODUÇÃO

Atualmente, é comum encontrarmos, na jurisprudência e na doutrina, manifestações tendentes a privilegiar o *subjetivismo* na prolação de decisões judiciais. Parte dos operadores jurídicos defende que os julgamentos proferidos pelo Judiciário são decorrências de avaliações íntimas e de juízos de valor, com fulcro nas convicções particulares e no sentimento de justiça dos magistrados.

Contudo, a função jurisdicional, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser refém da exclusiva discricionariedade do órgão julgador. A perspectiva democrática da jurisdição requer que as decisões judiciais sejam prolatadas com base na participação dialética das partes. O pronunciamento jurisdicional, portanto, não é a consequência de um ato monológico e solitário do juiz; pelo contrário, o *decisum* é o resultado das provas e das alegações aventadas pelos respectivos interessados, a partir de uma atividade *comparticipativa* entre as partes, e entre estas e o magistrado.

De tal sorte, o contraditório e, por conseguinte, a motivação decisória consistem em instrumentos democráticos de controle da função jurisdicional. A necessidade de uma gestão *cooperativa* do processo (*poli-centrismo processual*) valoriza o aspecto dialógico da jurisdição, de forma a evitar que as decisões judiciais sejam fruto da arbitrariedade do órgão julgador. Com isso, torna-se possível refutar um *indevido processo sentimental*, exatamente por meio da concretização de um *devido processo legal* que prime pelo respeito à democracia e às garantias processuais constitucionais.

MANIFESTAÇÕES DO SUBJETIVISMO JUDICIAL

Infelizmente, não é raro nos depararmos com situações que refletem a tendência a um exercício *subjetivista* da função jurisdicional. Seja por parte da própria jurisprudência, seja por doutrinadores jurídicos, é possível colacionar diversos entendimentos que adotam a tese de que as decisões judiciais consubstanciam manifestações do *sentimento* íntimo de justiça do magistrado.

Na jurisprudência, boa parte dos membros do Judiciário entende que a fundamentação das decisões judiciais decorre, *per se*, do simples fato de pertenc-

cerem aos quadros da magistratura. Ao julgador seria conferido o poder de decidir *conforme a sua própria consciência* ou de acordo com o seu *pensamento*. Assim, o juiz, *por ser juiz*, poderia valorar as variáveis fáticas e jurídicas envolvidas no caso concreto e resolvê-lo com base na sua exclusiva vontade.¹

Como exemplo, vale citar o entendimento exarado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 279.889/AL:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.²

Para essa corrente jurisprudencial, o juiz é um “ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material”, o que faz com que ele se atenha apenas a sua própria “consciência interior” para a prolação de julgamentos.³ O magistrado, “soberano dos elementos probatórios apresentados”,⁴ não se submete a qualquer critério racional de apreciação das provas, pois, a pretexto de seu livre-convencimento motivado, está “restituído à sua própria consciência”.⁵

¹ Criticando essa postura dos juízes, ver: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

² Superior Tribunal de Justiça (STJ), AgRg no REsp n. 279.889/AL, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 03.04.2001, DJ de 11.06.2001, p. 121.

³ Tribunal Regional do Trabalho (TRT), 13ª Região, Processo n. 0171800-86.2007.5.13.0027, Paraíba, 2007, trechos da fundamentação de sentença exarada pela Sra. Juíza de Direito, Adriana Sette da Rocha Raposo.

⁴ Superior Tribunal de Justiça (STJ), Habeas Corpus (HC) n. 94.826/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 17.04.2008, DJE de 05.05.2008.

⁵ Superior Tribunal de Justiça (STJ), Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) n. 16.706/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 02.12.2004, DJ de 09.02.2005, p. 204.

No Direito comparado, há manifestações semelhantes. O *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Antonin Scalia, por exemplo, já disse que “Os juízes não têm ideia de qual é a vontade do povo. Nós trabalhamos em palácios de mármore”. Para ele, o magistrado “expressa vontade de juiz, e não (vontade) do povo”,⁶ e, nessa abordagem, o que importa é o atendimento às preferências pessoais do julgador, com total desprezo à atividade dos destinatários da prestação jurisdicional. Por meio de uma prática *invertida* da função jurisdicional – a qual implica transgressão ao caráter democrático da jurisdição –, o juiz primeiramente decide, com base na sua consciência, qual é o teor do *decisum*, para, só a partir de então, buscar no ordenamento jurídico a suposta fundamentação jurídica para o seu pronunciamento.⁷

Também na doutrina jurídica é difundida a ideia da possibilidade de o julgador decidir conforme a sua própria consciência. Dentro de uma perspectiva valorativa do Direito, prevalece o subjetivismo do juiz.

Piero Calamandrei, citado por Mauro Cappelletti, dizia que a sentença, derivada da palavra *sentire*, guarda íntima relação com o *sentimento* do juiz. Com isso, em muitas ocasiões, “a motivação verdadeira, real, efetiva de uma sentença não é completamente revelada na ‘fundamentação’ da decisão do juiz”, mas, ao revés, “encontra-se nas ocultas inclinações (...) do ânimo do julgador” (tais como na simpatia ou antipatia por uma parte, ou no interesse ou desinteresse por uma tese jurídica).⁸

42

Já para Cândido Rangel Dinamarco, o magistrado, por ocasião do julgamento, alcança a vontade concreta da lei e revela o seu sentimento de justiça, imbuído de sua sensibilidade, de seus valores pessoais e de suas convicções sociopolíticas. Como a prolação da decisão judicial é “sempre um momento valorativo”, o juiz é o “canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos”:

Este (juiz) pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se

⁶ Apud LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 109.

⁷ Resumidamente, essa postura do Judiciário é fortemente influenciada pelo movimento denominado *realismo legal* (ou *realismo jurídico norte-americano*), cujos principais adeptos (Jerome Frank Llewelyn, Wesley Sturges e Morris e Felix Cohen) defendiam que “os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 6-7).

⁸ Apud CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2, p. 29-30.

pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça. (...) Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências.⁹

O juiz, para essa parcela doutrinária, é uma manifestação estatal soberana que se coloca “acima de tudo e de todos (*super omnia*)”, cujo poder, inevitável, impõe-se contra qualquer proibição. Uma vez que “ocupa na relação processual uma posição de realce e de mando”, o juiz faz “justiça pelas suas próprias mãos”.¹⁰

O julgamento se confunde com um “ato de vontade” do magistrado, revestido de “subjetivismo e feição ideológica”. O juiz possui “poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei” e a participação dialógica das partes no processo consiste em barreira ao exercício da função jurisdicional. O julgador usa de seu “intelecto” para mitigar as injustiças e a Constituição se transforma em “um ato jurisprudencial”,¹¹ de maneira que “o direito é o que os tribunais dizem que é”.¹²

Contudo, em nossa visão, é inaceitável que ao magistrado seja conferido o poder de decidir de acordo com as suas opiniões e/ou predileções pessoais, isto é, em critérios marcados “pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos *complexo de Magnaud*”.¹³

O Estado Democrático de Direito se projeta para impedir o exercício decisionista, abusivo e arbitrário da atividade jurisdicional. A jurisdição, em sua própria essência, é uma função estatal sujeita a limites e controles materiais e processuais, os quais visam a assegurar a *democracia* no processo.¹⁴

Como bem salienta Mauro Cappelletti, é evidente a ameaça hodierna de que o Judiciário se torne um “dinâmico terceiro gigante”, guardião dos poderes políticos e controlador de um “legislador mastodonte” e de um “leviatanesco

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233-235 e 347-348, acréscimo nosso.

¹⁰ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 141.

¹¹ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006. p. 248-294.

¹² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 155.

¹³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 120, destaque no original. O autor explica que Jean-Marie Bernard Magnaud foi o juiz que presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry, na França, no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres por formularem regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nas suas opiniões pessoais.

¹⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 18.

administrador”.¹⁵ Sobretudo a partir de um (intencional?) desvirtuamento dos limites da discricionariedade judicial, pode-se dizer que, atualmente, há uma gradativa carência de legitimidade democrática da jurisdição, produzida pela difusão de uma atividade judicante arbitrária e decisória, exercida “à luz das preferências dos magistrados”.¹⁶

Destarte, os perigos advindos de um exercício *personalizado* da função jurisdicional são capazes de resultar em desgaste institucional e violação aos direitos e às garantias fundamentais. Por essa razão, é imprescindível que seja efetivamente respeitado o *contraditório* no processo, inclusive como forma de fiscalização do exercício democrático da jurisdição.

O CONTRADITÓRIO

O Estado Democrático de Direito consagra o *contraditório*, a teor do art. 5º, LV, da Constituição (CRFB), como *garantia fundamental* do jurisdicionado à participação dialética no processo em igualdade de oportunidades, com efetivo poder de influência nos resultados advindos do exercício da atividade jurisdicional.

Conceitualmente, a definição de *contraditório* leva em consideração duas dimensões que lhe são essenciais. A dimensão *formal* (ou *estática*) retrata a clássica concepção de *contraditório* como ciência, informação, comunicação e/ou participação das partes no processo, originária do instituto processual austríaco *Parteiengehör* – o qual é entendido como princípio da *audição* (ou *audiência*) do cidadão interessado.¹⁷ Já na perspectiva *material* (ou *substancial* ou *dinâmica*), o *contraditório* revela o poder de influência e de controle dos destinatários na construção do conteúdo da decisão judicial.

O *contraditório*, na dimensão formal, expressa o direito das partes ao *conhecimento* da demanda, mediante citação, intimação e/ou notificação, com garantia de *participação* no curso do processo. Com base nos brocardos *audiatur et altera pars*, *audita altera parte* e *audi alteram partem*,¹⁸ o aspecto estático do *contraditório* resguarda ao interessado, tão somente, o direito de ouvir e de ser ouvido (*hearings*).¹⁹

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 47-49.

¹⁶ Apud prefácio de Menelick de Carvalho Netto ao FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. xii-xiii.

¹⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006. p. 111-113.

¹⁸ Não obstante um dos objetivos do *contraditório* ser o impedimento de prolação de decisões judiciais *inaudita altera parte*, ressalte-se que, nos casos de provimentos liminares, é possível a edição da ordem jurisdicional antes da audiência da outra parte, desde que haja a devida e circunscrita demonstração do *periculum in mora*, sendo que, nesses casos, o *contraditório* fica diferido para momento posterior.

¹⁹ CAPPELLETTI, 1993, p. 77.

A garantia de participação na construção da decisão judicial visa a assegurar às partes, colocadas em posições de interessado (autor) e contrainteresado (réu), o “direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo”.²⁰

De tal sorte, o contraditório estático possibilita que os destinatários do provimento²¹ tenham a oportunidade de dizer nos autos e de deduzir as alegações e as provas que julgarem pertinentes, com a respectiva oportunidade de reação.²² Com isso, as partes têm a possibilidade de expor e aclarar ao juiz os fatos e os fundamentos jurídicos da demanda, de modo que tenham aumentadas as suas chances de êxito, ao mesmo tempo em que colaboram para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.²³

Todavia, com a evolução do conhecimento jurídico, entende-se hoje que o aspecto formal do contraditório ultrapassa a sua definição como mero direito das partes ao conhecimento da demanda e à participação no processo. Diante do princípio da isonomia, a participação das partes no processo deve ser qualificada com a nota da igualdade de oportunidades.

Como expressão do princípio constitucional da igualdade, a participação das partes no processo há de ser concretizada em paridade de posições.²⁴ O contraditório faz com que os litigantes, “em posição de igualdade, disponham das mesmas oportunidades de alegar e provar o quanto estimarem conveniente com vistas ao reconhecimento judicial de suas teses”.²⁵

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti in tema di contraddittorio. *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1982. v. 1, p. 221 apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 320.

²¹ Ronaldo Brêtas Dias ensina que, por influência da doutrina italiana, a processualística brasileira “passou a utilizar o vocábulo *provimento* com o sentido de decisão jurisdicional. Os italianos se valem com frequência da palavra *provvedimento* (provimento), derivada de *provvedere* (prover), a fim de expressar o que a doutrina brasileira chama de decisão jurisdicional, providência jurisdicional, medida jurisdicional ou pronunciamento jurisdicional”. Nesses termos, o termo provimento aqui utilizado tem o sentido de decisão judicial (DIAS, 2010, p. 34-35).

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 336; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002. p. 20.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 94.

²⁴ Como anota Piero Calamandrei, a posição de paridade das partes no processo não se resume a uma igualdade meramente jurídica, mas também se refere a uma isonomia técnica e econômica (CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954. p. 145-146 apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 27-28).

²⁵ LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995. p. 266, tradução livre.

Trata-se, assim, da função do contraditório como garantia de uma “simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura”.²⁶ A essência do contraditório estático, pois, é a igualdade simétrica de oportunidades entre os destinatários dos efeitos do provimento final; não é o simples argumento e contra-argumento, mas, sim, o dizer e o contradizer deduzidos em paritária posição de chances entre os sujeitos processuais. Aroldo Plínio Gonçalves aduz:

A conotação citada como uma aproximação do conceito atual de contraditório explica-se, pois ele exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. (...). O contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo’. (...). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. (...). O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.²⁷

46

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira se posiciona de maneira semelhante:

Nos tempos atuais, a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual. Mostra-se imperiosa, como facilmente se intui, a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica. E essa participação deverá ocorrer, à evidência, da forma mais paritária possível, de modo a permitir a intervenção dos interessados mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas.²⁸

Além da isonomia, também a liberdade está assegurada em face da concepção de contraditório como participação das partes em igualdade de oportunidades.

²⁶ FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958. p. 869 apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

²⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 119-128.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 113-114.

Sendo o contraditório o direito à ciência, ao conhecimento e à informação da demanda, aparece como correlato necessário o direito à *liberdade de reação*, formando o que se denomina de *bilateralidade da audiência*. Desta feita, cumpre à parte, de acordo com o seu livre-alvedrio e dentro dos parâmetros legais, optar em manifestar-se ou não na contenda jurídica, agindo ou omitindo-se em conformidade com a conveniência e a oportunidade de sua ampla defesa.

Arelada ao aspecto formal, a dimensão material do contraditório expressa o *poder de influência* (ou *prerrogativa de influência* ou *direito de influir*)²⁹ e a *prerrogativa de controle* na construção do conteúdo da decisão judicial. Trata-se da conjugação dos direitos das partes ao conhecimento e à participação no processo em simétrica paridade, com a possibilidade de interferência e de fiscalização dos resultados advindos do exercício da função jurisdicional.

Nessa ordem de ideias, às partes é conferida a prerrogativa de interferência material na decisão judicial por meio da apresentação de provas e argumentos no bojo da instrução probatória. Aos magistrados, por seu turno, cabe o dever de garantia do contraditório, de modo a assegurar que as alegações e as provas produzidas pelas partes serão efetivamente consideradas pelo órgão jurisdicional por ocasião do julgamento.

Na mesma linha é o ensinamento de Luigi Paolo Comoglio, ao dizer que o contraditório garante uma “tríplice ordem de situações subjetivas processuais”, quais sejam: a) “o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso de processo”; b) “o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia”; c) “o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão”.³⁰

Portanto, ao julgador não é conferido o poder de simplesmente desconsiderar a atividade dos destinatários do provimento. A decisão judicial, pelo contrário,

²⁹ A doutrina costuma utilizar a expressão “*poder de influência*” para designar a dimensão material do contraditório. Contudo, para não deixar dúvidas de que esse *poder* não significa arbitrariedade ou posição de superioridade das partes em relação ao juiz, preferimos as terminologias *prerrogativa de influência* (ou *possibilidade de influência – Einwirkungsmöglichkeit*) ou *direito de influir (Mitwirkungsbefugnis)*. (MARINONI, 2000, p. 336; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 226).

³⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: *contraddittorio* (principio del). In: *Enciclopedia giuridica*. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, v. 8, p. 6 apud THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 283.

consiste no resultado do convencimento racional fundamentadamente construído por um juízo natural com base nos argumentos e nos elementos probatórios aventados pelos interessados em simétrico contraditório.

Daí resulta que a motivação decisória é elemento do contraditório (art. 93, IX, da CRFB). Ao magistrado compete o dever de apreciar todas as alegações e provas deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento. Já aos destinatários da prestação jurisdicional contrapõe-se o direito fundamental de que terão seriamente considerados os seus argumentos e elementos probatórios, os quais devem ter sido licitamente produzidos como forma de tentativa de convencimento do órgão jurisdicional.³¹ No ponto, cabe a transcrição do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 25.787-3/DF pelo Supremo Tribunal Federal:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, 1969. T. V, p. 234*). (...) Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – *BverfGE 70, 288-293*; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). 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 (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

³¹ Por esse motivo, é impossível concordarmos com o entendimento jurisprudencial consolidado segundo o qual “não está o juiz obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem; o importante é que indique o fundamento de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir” (Superior Tribunal de Justiça (STJ), AgRg no AREsp n. 59.339/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 06.03.2012, *DJe* de 09.03.2012). Ora, se o contraditório outorga às partes a prerrogativa de influenciar o conteúdo dos provimentos, inexistem razões que possam permitir que a decisão jurisdicional seja (supostamente) fundamentada com explícito desprezo da colaboração dos seus próprios destinatários.

2. direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao de-fendente 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 (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; 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 (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), 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 Constitucional – *BverfGE* 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 97).³²

Portanto, o contraditório material reflete a prerrogativa de simétrica influência dos interessados na elaboração do conteúdo da decisão judicial, em sintonia com o dever imposto ao juiz, como terceiro imparcial, de assegurar às partes iguais oportunidades de interferência no resultado da atividade jurisdicional, inclusive quanto às questões apreciáveis de ofício.³³

Assim sendo, o conceito de contraditório, atualmente, transcende a sua função apenas como ciência ou conhecimento da demanda (informação), para alcançar a sua definição também como prerrogativa de influência no conteúdo do provimento jurisdicional. O contraditório conjuga os direitos à informação

³² Supremo Tribunal Federal (STF), Mandado de Segurança (MS) n. 25.787, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 08.11.2006, publicação em 14.09.2007, trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes.

³³ Também as questões apreciáveis *ex officio* pelo magistrado devem ser levadas ao conhecimento das partes, para que elas tenham a oportunidade de se manifestar a respeito. Nesse sentido, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado por Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009, presidida pelo Ministro Luiz Fux, adota expressamente essa ideia em seu art. 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012).

e à participação das partes, as quais, em igualdade de oportunidades, possuem a prerrogativa de interferência e de controle na construção do conteúdo da decisão judicial.

O CONTROLE DA JURISDIÇÃO PELO CONTRADITÓRIO E PELA MOTIVAÇÃO DECISÓRIA: A REFUTAÇÃO DO INDEVIDO PROCESSO SENTIMENTAL

O contraditório e a fundamentação racional dos pronunciamentos decisórios consistem em ferramentas democráticas imprescindíveis de *controle* do exercício da função jurisdicional. A necessidade de garantia do simétrico debate entre os interessados, bem como a construção da *ratio decidendi* das decisões judiciais com base em todas as alegações e provas deduzidas pelos interessados, resulta em obstáculos indeclináveis ao decisionismo judicial.

A participação democrática dos interessados na elaboração do provimento implica uma concepção de processo que consagra o contraditório paritariamente exercido como meio de *fiscalização* da atividade jurisdicional. A vinculação do magistrado à multiplicidade de argumentos das partes impede que o processo seja utilizado como mero instrumento para a realização das opiniões subjetivas do julgador.

50

Paralelamente, a garantia constitucional da motivação racional das decisões judiciais assegura a elaboração de fundamentos decisórios em conformidade com a atividade dialética das partes, de modo a demonstrar “que o resultado do processo não é fruto da sorte ou do acaso”.³⁴ A fundamentação decisória, ao demandar um nexo de coerência entre os fatos, os fundamentos e as consequências jurídicas advindas do pronunciamento judicial, baliza a atuação do órgão jurisdicional, conformando o livre-convencimento racional do julgador.

Nesse diapasão, a motivação decisória impõe limites ao exercício da atividade jurisdicional, o que pode acarretar, no caso de carência ou de inexistência da devida fundamentação, a declaração de nulidade do provimento:

EMENTA: (...). A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. (...).³⁵

³⁴ TUCCL, Rogério Lauria; TUCCL, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regimentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 74.

³⁵ Supremo Tribunal Federal (STF), Habeas Corpus (HC) n. 74.073, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 20.05.1997, publicação em 27.06.1997.

De fato, a garantia da prerrogativa de influência dos interessados na elaboração do conteúdo do provimento fixa o dever de o juiz considerar todas as alegações e provas deduzidas pelas partes por ocasião do julgamento. O contraditório e a motivação decisória refletem a garantia constitucional de fiscalização da atividade jurisdicional por meio do impedimento da prolação de *decisões-surpresa* – entendidas como aquelas decisões proferidas com base em alegações e provas que não foram dialeticamente discutidas no processo.³⁶

Trata-se, a bem da verdade, da ideia de um “contraditório efetivo e equilibrado”, o qual, a partir da necessidade de debate de todas as questões suscitadas no processo, impede que o juiz, “em ‘solitária onipotência’, aplique normas ou embasa a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes”.³⁷ Nesses termos, o contraditório e a motivação decisória adéquam o exercício da função jurisdicional às exigências democráticas, a fim de impedir provimentos jurisdicionais *parciais, personalistas e subjetivamente valorados*:

Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida 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. (...). Vislumbram-se, aqui, os limites da fundamentação jurisdicional para impedir o subjetivismo do juiz e sua parcialidade, eis que, embora seja ele uma pessoa humana com suas convicções e história de vida, a limitação se dá justamente no impedimento de uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos e na obrigatoriedade de se construir a decisão com argumentação participada das partes, que, como partes contraditórias, possam discutir a questão do caso concreto, de modo que a decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado ao caso concreto. Assim, se pode garantir que um juiz, mesmo com suas convicções, não apresente um juízo axiológico, no sentido de

³⁶ É por isso que se diz que o contraditório atribui, aos interessados, “possibilidades de participação preventiva” em relação aos aspectos fáticos e jurídicos discutidos no processo, o que leva à seguinte equação: “defesa = contraditório = participação = audiência preventiva” (ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990. p. 157 apud THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petronio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 290).

³⁷ O contraditório *efetivo e equilibrado*, idealizado por Antônio Celso Camargo Ferraz e citado por Cândido Rangel Dinamarco, busca conjugar a necessidade da garantia formal do contraditório com uma garantia efetiva, substancial, de participação. Nessa perspectiva, o *equilíbrio* traduz a ideia da “igualdade das partes na participação”, enquanto a *efetividade* significa a “real participação das pessoas no processo” (DINAMARCO, 1987, p. 95-99).

que todos os cidadãos comunguem da mesma concepção de vida, ou que os valores ali expostos na sentença vinculem normativamente todos os demais sujeitos do processo.³⁸

Conforme ensina Francesco Carnelutti, as *razões de justificação* (argumentos e contra-argumentos), deduzidas pelas partes em dialético contraditório, em torno de *razões de discussão* (questões de fato e de direito), formam a base das *razões da decisão* (motivação), “e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático”.³⁹ A formulação das razões de decidir, com base nas alegações e nas provas aventadas pelos interessados, evita pronunciamentos jurisdicionais embasados em argumentos alheios ao conhecimento das partes ou inseridos unicamente no íntimo sentimento de justiça do magistrado.

Nessa abordagem, o contraditório consubstancia expressão da *democracia*, realizada por meio do *controle* da motivação das decisões judiciais por parte dos destinatários do provimento, e que “impõe uma efetiva comparticipação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões” e atua como elemento “incentivador ao aspecto dialógico do procedimento”.⁴⁰ A motivação decisória, igualmente, constitui “inestimável fator de coesão social e da solidez das instituições”.⁴¹

E assim é que o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais estruturam um *devido processo legal* consentâneo ao Estado Democrático de Direito (art. 5º, LIV, da CRFB) e igualmente contraposto a um *indevido processo sentimental* de cunho subjetivista, em que as decisões judiciais são (supostamente) motivadas com base no *sentimento pessoal* ou na *livre-consciência moral* ou *psicológica* do juiz.⁴²

³⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 135-145.

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1973. v. 1, p. 33-34 apud DIAS, 2010. p. 131-132.

⁴⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

⁴¹ OLIVEIRA, 2003, p. 88-89.

⁴² Chaïm Perelman explica que, historicamente, a noção de motivação das decisões judiciais “pode ser compreendida ora como a indicação das razões que motivam o julgamento, como ocorre na terminologia jurídica francesa, ora como a indicação dos móveis psicológicos de uma decisão”. Contudo, ressalta o autor que, em termos democráticos, vários motivos se opõem “à identificação da motivação com a indicação ‘de todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo adotado por ele’”. E arremata: “Bastará descrever fielmente as operações da mente do juiz para motivar bem uma decisão jurídica? (...). Uma simples descrição das operações da mente do juiz não fornece, necessariamente, uma boa motivação, ou seja, uma legitimação ou uma justificação que persuadiria as partes, as instâncias superiores e a opinião pública da legitimidade da decisão” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 559-560).

O controle da jurisdição pela sociedade

Como foi dito, as partes, especialmente com a consagração da dimensão material do contraditório, possuem a prerrogativa de influência material no conteúdo da decisão judicial e, com isso, adquirem a possibilidade de controle da atividade jurisdicional. Contudo, em um regime democrático, também a sociedade detém a faculdade de fiscalizar o exercício e os resultados da atividade jurisdicional.⁴³

Inserida em uma perspectiva de amplos espaços públicos de debate e de abertura dos intérpretes constitucionais,⁴⁴ a sociedade, no Estado Democrático de Direito, revela-se simultaneamente destinatária e coautora das decisões judiciais.⁴⁵ A sentença escapa à esfera da intimidade pessoal do julgador para alcançar a *intersubjetividade* própria de uma democracia.⁴⁶

De tal sorte, cidadãos e entidades civis, alheios ao direito material em litígio – porém, juridicamente interessados –, adquirem aptidão para conhecer e participar de demandas judiciais. A sociedade exerce efetivamente a garantia constitucional do contraditório, o que ocorre, por exemplo, mediante a participação em audiências públicas⁴⁷ ou pela intervenção processual na qualidade de *amicus curiae*.⁴⁸

⁴³ COSTA, Fabrício Veiga. Modelo constitucional de processo coletivo: um estudo crítico a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, p. 224, 2011.

⁴⁴ HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 11-18.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 292-293.

⁴⁶ STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *(Mais) um passo atrás no direito brasileiro*: quem vai cuidar do guarda da esquina? Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7987/mais-um-passo-atras-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

⁴⁷ A possibilidade de realização de audiências públicas está prevista no art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/99 e tem como objetivo a elucidação de matéria ou circunstâncias de fato. O Supremo Tribunal Federal já realizou audiências públicas para o debate de diversas questões constitucionais, destacando-se os casos das células-tronco (ADI n. 3.510), da viabilidade jurídica da interrupção de gravidez na hipótese de feto anencéfalo (ADPF n. 54) e da importação de pneus usados (ADPF n. 101).

⁴⁸ O *amicus curiae* (em tradução literal, *amigo da Corte*) tem o objetivo de pluralizar o debate sobre matérias constitucionais e significa a intervenção processual de terceiros como “fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte”. Sendo manifestação da democracia, o *amicus curiae* possibilita “a participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”. Com isso, busca-se valorizar o “sentido essencialmente democrático” da participação processual, “enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional” (Supremo Tribunal Federal (STF), ADI n. 2.130 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 03/10/2001, publicação em 14/12/2001). O *amicus curiae* está previsto, por exemplo, no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, sendo aceita a sua intervenção para apresentar memoriais e realizar sustentação oral (art. 131, § 3º, do Regimento Interno do STF).

Nesse cenário, aparece a garantia fundamental da *publicidade* das decisões judiciais (art. 5º, LX, e art. 93, IX e X, da CRFB) como mecanismo essencial para o controle do exercício da jurisdição pela sociedade.⁴⁹ Como expressão da democracia, a publicidade das decisões judiciais – sobretudo dos elementos de sua fundamentação –, retrata empecilho ao subjetivismo judicial, pois assegura a necessidade de transparência dos resultados da atividade jurisdicional:⁵⁰

O princípio da publicidade é uma garantia imprescindível, para possibilitar a participação da cidadania, pelo que todos têm direito a um processo público. (...). É o mais precioso instrumento de fiscalização popular sobre as obras dos magistrados e defensores. (...). Com a publicidade, o ato jurisdicional pode ser julgado socialmente, expondo-se às críticas das partes e de seus representantes, evitando o juízo arbitrário.⁵¹

Portanto, o contraditório e a motivação decisória permitem que a fiscalização da atividade jurisdicional não se limite às partes. Também a sociedade, respaldada pela abertura dos intérpretes constitucionais e pela garantia fundamental da publicidade das decisões judiciais, possui a prerrogativa de exercer a democracia por meio da fiscalização dos resultados da função jurisdicional.

Juridicidade e argumentos de princípio

54

Para que a motivação decisória atue como ferramenta democrática de controle da função jurisdicional, é preciso que haja o estrito respeito à legalidade. A fundamentação dos provimentos está relacionada com a garantia fundamental da reserva legal (art. 5º, II, da CRFB), entendida esta como a sujeição da jurisdição não apenas à lei *stricto sensu* (legalidade), mas, sim, a todos os princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que compõem o ordenamento jurídico (juridicidade).⁵²

De fato, o pronunciamento jurisdicional deve ser motivado (isto é, “conter os elementos e razões de juízo que permitam conhecer quais foram os critérios jurídicos que fundamentaram a decisão”), bem como fundado no Direito (ou seja, “deve ser consequência de uma exegese racional do ordenamento, e não

⁴⁹ LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008. p. 80.

⁵⁰ ZUFELATO, Camila. Fundamentação lógica das decisões judiciais: notas sobre a racionalização da função jurisdicional de decidir. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petronio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 479.

⁵¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 19-20.

⁵² BARACHO, 2008, p. 11-18.

fruto da arbitrariedade”).⁵³ Dessa forma, pode-se dizer que aos magistrados é atribuída a função de prolação de decisões adequadas às normas que integram o ordenamento jurídico, pois a função jurisdicional encontra fronteiras nos limites da juridicidade.

É por essa razão que a fundamentação das decisões judiciais deve ser o resultado de uma argumentação de natureza *jurídica*. O provimento não pode se pautar em elementos unicamente morais, éticos, religiosos, políticos, econômicos, sociais, culturais, axiológicos ou relativos à experiência e à convicção pessoal do julgador.

Nesse sentido, com base na distinção idealizada por Ronald Dworkin, entendemos que ao juiz, por ocasião do julgamento, cabe preponderantemente se valer de *argumentos de princípio* (*principle*) para justificar decisões com fundamento no respeito ou na garantia do direito de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Por outro lado, *argumentos de política* (*policy*), utilizados para fomentar ou proteger objetivos coletivos da comunidade, devem possuir aplicabilidade secundária.⁵⁴

Nessa perspectiva, os argumentos de princípio são os adequados para a fundamentação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito, uma vez que protegem direitos subjetivos e garantias fundamentais em consonância com o sistema constitucional vigente. Os *principles* representam a concretização das liberdades constitucionais de acordo com o progresso da hermenêutica constitucional, de modo inexorável às alternâncias de poder político da maioria governamental.

Por seu turno, os *policies* são os argumentos apropriados para a justificação de decisões legislativas, direcionados a subsidiar a atividade do legislador na formulação de programas públicos e de pautas políticas. Quando utilizados sem critérios na seara jurisdicional, os argumentos de política retratam uma perigosa inclinação ao decisionismo judicial, sobretudo quando possibilitam o manejo de métodos interpretativos indeterminados direcionados a *balancear*, *sopesar* ou *valorar* normas constitucionais (jurídicas) ardilosamente equivalidas a bens, a valores e/ou a interesses essencialmente negociáveis (políticos).⁵⁵

A construção da fundamentação das decisões judiciais determina a absoluta observância de princípios jurídicos, os quais, como *trunfos*, impedem que diretrizes metajurídicas se sobreponham aos direitos subjetivos e às garantias fundamentais. Argumentos de política (*v.g.*, promoção do bem comum, resguardo

⁵³ LLOBREGAT, 2008, p. 79-80, tradução livre.

⁵⁴ DWORKIN, 2010, p. 35-46 e 128-132.

⁵⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 26.

do interesse público, garantia da defesa nacional), utilizados indiscriminadamente e em detrimento de argumentos objetivamente jurídicos, acabam por identificar o Direito como “algo negociável”, cuja lógica “não é a de se um direito é devido ou não, mas sim a de se é ou não conveniente a sua aplicação no caso concreto em face da repercussão que tal decisão pode gerar no corpo social”.⁵⁶

Os direitos e as garantias fundamentais são devidos como normas constitucionais imperativas, cuja proteção é insuscetível de negociação. Por sua vez, bens e interesses são aplicáveis a partir de um juízo utilitarista de preferência, de acordo com critérios de conveniência, de oportunidade e de valorações subjetivas.

Portanto, não se admite, como exigência democrática, a possibilidade de que o julgador possa motivar as suas decisões judiciais conforme a sua própria convicção pessoal ou de acordo com valorações de viés nitidamente metajurídico.⁵⁷ O ato de julgar, pela sua própria relevância, não pode ser encarado como uma atividade de mera liberalidade do julgador, a permitir que o magistrado utilize preferências particulares para resolver demandas.

O julgamento é uma atividade séria e assim deve ser considerado. O decisionismo judicial, o qual culmina em uma inaceitável “jurisprudência sem legislação”,⁵⁸ deve ser rechaçado. A decisão judicial não é um elemento da vontade do juiz, isto é, um suposto produto do *ato de inteligência* do julgador. O controle da jurisdição requer a compreensão do processo como o *locus* do exercício da democracia, em que a participação influente das partes no processo concretiza os princípios constitucionais da cidadania e da soberania popular.⁵⁹

56

O MODELO COMPARTICIPATIVO DE PROCESSO

Analisado de que forma o contraditório e a motivação decisória constituem mecanismos de controle do exercício da função jurisdicional, é preciso, neste momento, entender como a valorização do *diálogo* entre as partes e o juiz também é essencial para a concretização de uma prestação jurisdicional democrática. Nesse contexto, o modelo *comp participativo* sintetiza a democracia *no* processo e, por via de consequência, impede o exercício arbitrário e solitário da jurisdição, alheio à atividade dialética das partes.

⁵⁶ MACHADO, Felipe. *Principle versus policy*: uma crítica à relação entre política criminal e direitos fundamentais a partir de Ronald Dworkin. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e processo*: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 55-58.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: ‘decidir conforme a consciência’? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e processo*: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 222.

⁵⁸ PICARDI, 2008, p. 97.

⁵⁹ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia*: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2001. v. 3, p. 469.

O processo, em um Estado Democrático de Direito, deve ser gerido por todos os sujeitos processuais, sendo a decisão judicial o resultado da *participação isonômica, dialética e influente* das partes na construção do provimento. A direção do processo deve ser compartilhada igualmente entre as partes e o juiz, os quais cooperam com a gestão da atividade processual (*poli-centrismo processual*). Dentro de um enfoque de *cooperação processual* destinado “a transformar o processo em uma ‘comunidade de trabalho’”,⁶⁰ é necessário que o magistrado assuma a sua posição de interlocutor que dialoga com as partes.⁶¹

Destarte, o processo, em um Estado Democrático de Direito, possui caráter *comparticipativo*.⁶² A prolação da decisão judicial requer a observância da participação direta dos destinatários do ato final, mediante uma comunicação permanente entre o juiz e as partes.⁶³

Com isso, o modelo participativo de processo privilegia a democracia, pois requer que o magistrado envolva as partes “num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas”.⁶⁴ A solução da causa é obtida conjuntamente pelo juiz e pelas partes, já que o contraditório visa a assegurar que todos os destinatários do provimento tenham a garantia de efetivamente contribuir para a sua formação (*fair hearing*).

Na medida em que a função jurisdicional é exercida por meio de um diálogo com as partes, o provimento deixa de retratar um ato solitário do juiz. A consagração da atividade participativa das partes possibilita “a realização de um provimento jurisdicional legitimamente democratizado”.⁶⁵

⁶⁰ NUNES, 2011, p. 212-215.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

⁶² TROCKER, Nicola. I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, XLIII, p. 35-95, 74-85 apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

⁶³ No ponto, cite-se que a *contratualização do processo* é instituto processual que ilustra o modelo participativo de processo, ao significar a permissão de celebração de ajustes, entre as partes e o juiz, a respeito da forma de condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais. Com isso, abandona-se um esquema vertical e impositivo no relacionamento entre partes e juiz e adota-se uma postura horizontal de caráter consensual e dialógico (ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 158-162).

⁶⁴ GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 544-546.

⁶⁵ FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010. p. 177.

Nesse contexto, o magistrado não está sozinho na construção do provimento jurisdicional. A prolação da decisão judicial requer a observância da participação direta dos destinatários do ato final e a garantia de fiscalização da atividade jurisdicional por parte da sociedade aberta de intérpretes constitucionais. O diálogo do juiz com as partes, em contraditório dinâmico, atua como obstáculo ao arbítrio judicial:

(...) o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques. Tudo isso implica, no essencial, a ideia de recíproco condicionamento e controle da atividade das partes e da atividade do órgão judicial, a apontar à dupla função assumida pelo contraditório: por um lado, garantir a igualdade entre as partes; por outro, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça. Assim concebido, não se pode deixar de reconhecer também no contraditório um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz.⁶⁶

Em suma, o modelo *comp participativo* de processo, baseado na *cooperação processual* e no *policentrismo processual*, é aquele que melhor possibilita uma gestão do processo democraticamente compartilhada entre as partes e o juiz. Ao privilegiar o contraditório, a *comp participação* retira a decisão judicial da esfera íntima do sentimento pessoal do julgador, para afirmar o caráter dialético do processo. O provimento é a consequência do diálogo construtivo e dinâmico entre as partes e o juiz, e não o resultado da convicção monológica do magistrado.

58

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela e a concretização da garantia fundamental do *devido processo legal* são finalidades imperativas do Estado Democrático de Direito. Nesse viés, o contraditório e a motivação decisória consistem em garantias constitucionais que expressam a *democracia* no processo, pois permitem que os destinatários da prestação jurisdicional sejam também coautores do provimento, mediante a interferência direta nos resultados da jurisdição.

Mais do que isso, o contraditório impede que a função jurisdicional seja exercida de forma arbitrária e subjetivista, como se a decisão judicial fosse o produto da abstração íntima do juiz. O processo é diálogo, e não monólogo; a gestão processual é compartilhada, e não uma atividade solitária do Estado-juiz; a decisão judicial é o resultado da atividade dialética dos interessados, e não uma simples consequência da convicção particular daquele que julga.

⁶⁶ OLIVEIRA, 2003, p. 113-115.

Com isso, o modelo participativo do processo impede a difusão do que denominamos de *indevido processo sentimental*. A garantia da participação influente das partes e da sociedade na construção dos provimentos, bem como a necessidade de prolação de decisões judiciais com base em todas as alegações e provas deduzidas no processo, expressam o *devido processo legal*. O controle da jurisdição requer a compreensão do processo como o *locus* da democracia que equilibra uma relação de cooperação entre as partes, o juiz e a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2001. v. 3.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

COSTA, Fabrício Veiga. Modelo constitucional de processo coletivo: um estudo crítico a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

60 HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou alívio? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995.

MACHADO, Felipe. *Principle versus Policy: uma crítica à relação entre política criminal e direitos fundamentais a partir de Ronald Dworkin*. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1.

- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: 'decidir conforme a consciência'? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *(Mais) um passo atrás no direito brasileiro: quem vai cuidar do guarda da esquina?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7987/mais-um-passo-atras-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 27 nov. 2012.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ZUFELATO, Camila. Fundamentação lógica das decisões judiciais: notas sobre a racionalização da função jurisdicional de decidir. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

Data de recebimento: 20/3/2013

Data de aprovação: 11/10/2013

