

O direito ao contraditório forte como mecanismo de ampliação da esfera pública na democracia brasileira¹

The right to strong contradictory as expanding mechanism of public sphere in brazilian democracy

  João Porto Silvério Júnior²

  Fabiana Cintra Sielskis Porto³

Resumo: Este artigo faz uma análise sobre os mecanismos de deliberação pública na construção de políticas democráticas, mais especificamente acerca do déficit de legitimidade causado pela forma de articulação da esfera pública brasileira após 1988. Trata-se de uma sociedade altamente excludente em todos os sentidos, com elevados índices de analfabetismo e alienação da maioria da população dos espaços de discussão pública e de deliberação. Essa particularidade brasileira tem dificultado a implementação da democracia representativa, e a descoberta de mecanismos ampliadores do espaço dialogal discursivo pode contribuir e legitimar a edificação do Estado Democrático de Direito. Partindo-se desse contexto, a proposta do presente artigo é apresentar uma resposta aos seguintes questionamentos: como viabilizar a participação dos indivíduos afetados por um provimento estatal (lei, decisão judicial) para além da esfera pública tradicional? Qual seria a contribuição da noção de contraditório forte trazida pelo Código de Processo Civil brasileiro

¹ Trabalho fruto de projeto de pesquisa intitulado "O direito ao contraditório forte no novo Código de Processo Civil", com bolsa pesquisador fornecida pela Universidade de Rio Verde.

² Doutor em Direito Processual pela PUC-MG e UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE (2013). Mestre em Direito (Ciências Penais) pela UFG (2003). Promotor de Justiça no Estado de Goiás (desde 13/02/1995). Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da UniRV (Graduação e Pós-graduação), Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da UniRV (PPGDAD), Professor no Curso de Pós-graduação em Direito do Agronegócio, Meio Ambiente e Desenvolvimento da UniRV (desde 2018), Coordenador Local do Doutorado em Direito - Turma Especial Convênio UniRV/UNISINOS e Professor de Pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público de Goiás. E-mail: portosilverio@uol.com.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0633-9318> ID Lattes: 8323553235935271

³ Mestra em Direito (Constituição e Processo) pela UNAERP - Universidade de Ribeirão Preto (2007). Advogada inscrita na OAB/GO. Professora Adjunta II de Teoria Geral do Estado e Ciência Política, Direito Internacional e Direitos Humanos na Faculdade de Direito da UniRV (2015 - atual), Pesquisadora membro do Grupo de Pesquisa "Processo Fraternal e Direito do Agronegócio" junto ao CNPq. E-mail: fabianasielskis@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9962-2114> ID Lattes: 6022842417363958

para a ampliação dessa esfera pública? Trabalhando a partir de uma visão crítica da teoria de Jürgen Habermas sobre esfera pública, a presente pesquisa é do tipo exploratória e descritiva. Utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo centrado na pesquisa bibliográfica. Como hipótese, se propõe a ampliação da esfera pública convencional, mediante uma concepção de contraditório forte, extraindo-se o sentido dos dispositivos previstos no Código de Processo Civil em harmonia com a Constituição brasileira.

Palavras-chave: Contraditório forte; Esfera pública; Democracia.

Abstract: This article does an analysis about the public deliberation mechanisms in the democratic politics construction, more specifically about the deficit of legitimacy caused by the way of articulation from the Brazilian public sphere after 1988. It is a society highly excluding in every way, with high levels of illiteracy and alienation from most of population in the public discussion and deliberation places. This Brazilian particularity has turn difficult the implementation of representative democracy and the discovery of mechanisms that expand the discursive dialog space can contribute and legitimize the edification of the Democratic State of Law. Starting from this context, the proposal of this article is to present an answer to these following questions: how to enable the participation of affected individuals by a state provision (law, judicial decision) apart from the traditional public sphere? What would be the contribution of the notion of the strong contradictory brought by the Brazilian Civil Code for the expansion of this public sphere? Working from a critical view of Jürgen Habermas' theory about the public sphere, this research is exploratory and descriptive. The hypothetical-deductive approach method, based on bibliographic research, was used. As a hypothesis, it is proposed the extension of the conventional public sphere, through the conception of the strong contradictory, extracting the meaning of the measures provided by the Code of Civil Procedure in harmony with the Brazilian Constitution.

Keywords: Strong contradictory; Public sphere; Democracy.

Data de submissão do artigo: Agosto de 2019

Data de aceite do artigo: Novembro de 2020

Introdução

O ano de 1988 tem um valor especial para todos os brasileiros. A promulgação da Constituição da República do Brasil deu início ao projeto de se instituir um Estado Democrático de Direito. Trata-se de um marco, uma mudança paradigmática na forma com que o Estado e a sociedade civil se relacionam, sobretudo no que diz respeito a um grande passo rumo à institucionalização de procedimentos democráticos. Um novo olhar foi lançado para o futuro desde então. Essa mudança de paradigma fez surgir várias reflexões em torno das relações entre Estado e sociedade civil, bem como sobre os vários institutos que estão diretamente ligados à estrutura democrática.

Um dos maiores desafios para a consolidação de uma democracia está na implementação de mecanismos eficazes de deliberação pública na construção das políticas democráticas. Trata-se de uma velha discussão acerca do que seja a esfera pública, tendo como principal articulista Jürgen Habermas, desde “Mudança Estrutural da Esfera Pública” (1962), e a “Teoria da Ação Comunicativa”, de 1981. Neste artigo, não se pretende discutir os contornos do que seja a compreensão de esfera pública. Busca-se encontrar mecanismos de ampliação dessa esfera pública como forma de aumentar o espaço de participação popular nas decisões estatais. No Brasil, a maneira como a esfera pública se materializou desde 1988, tem gerado um déficit de legitimidade e, portanto, tem impossibilitado a edificação de um Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma sociedade altamente excludente em todos os sentidos, com altos índices de analfabetismo e alienação da maioria da população dos “espaços de discussão pública e de deliberação” (PERLATTO: 2012; 85), fazendo com que seja necessário pensar-se numa forma de ampliar o espaço público de participação dos indivíduos.

Analisando a arquitetura democrática para além de uma razão instrumental, é o processo (qualificado pelo contraditório) um dos principais institutos capazes de potencializar o meio discursivo

a legitimar publicamente o Estado à crítica racional. Em outras palavras, o processo sob o contraditório surge como uma fonte legitimadora na democracia.

Partindo-se exatamente desse contexto, a proposta do presente artigo é responder aos seguintes questionamentos: como viabilizar a participação dos indivíduos afetados por um provimento estatal (lei, decisão judicial) para além da esfera pública tradicional? Qual seria a contribuição da noção de contraditório forte trazida pelo Código de Processo Civil brasileiro para a ampliação dessa esfera pública? Como hipótese, se propõe que seja construída alternativa ampliativa do espaço público convencional mediante uma concepção adequada de contraditório, extraído-se o sentido dos dispositivos previstos no Código de Processo Civil de 2015, partindo-se do paradigma de Estado Democrático de Direito. Trabalhando a partir de uma visão crítica da teoria habermasiana de esfera pública, esta pesquisa é do tipo exploratória e descritiva. Utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo centrado na pesquisa bibliográfica. Para se construir essa alternativa será preciso, não somente identificar sob qual paradigma o referido diploma legal foi elaborado, mas, antes de tudo, verificar a origem remota do contraditório e o que ele representa como pedra angular na estrutura do modelo constitucional de processo eleito em 1988. Por fim, serão analisados os artigos 7, 9 e 10, do Código de Processo Civil, os quais tratam da concretização do princípio do contraditório, extraído-se o alcance do que seja o direito ao contraditório forte, sobretudo como uma hipótese possível de ampliação da esfera pública legitimadora da participação dos indivíduos na construção de decisões democráticas.

1. As noções remotas do contraditório

À primeira vista, quando se pensa em contraditório, na acepção corrente e em termos lógico-filosóficos, projeta-se a ideia de um contraste dialético entre posições diversas, sobretudo quando se

busca o significado etimológico da palavra contraditório, uma ação contrária, um contradizer sobre algo. Juridicamente, é possível encontrar a previsão do contraditório no procedimento das *legis actiones* nos períodos régio e republicano da Roma Antiga. Havia, segundo as Instituições de Gaio, cinco procedimentos das *legis actiones* denominados *sacramentum*, *iudicis*, *postulatio*, *condictio* e *manus iniectio*. Esses procedimentos eram sujeitos à forma fixa, com excessivo formalismo e se diferenciavam dos demais tipos de procedimentos não legais exatamente porque “*si svolgevano in contraddittorio ed alla presenza dell'autorità giudicante*” (GIRARD: 1909; 985-986).

Assim, na Roma Antiga, as *legis actiones* não poderiam ser utilizadas senão em contraditório com o adversário. Mas não era somente exigida a presença do adversário na fase *in iure* do processo das *legis actiones*. Era necessário que as partes comparecessem na presença do magistrado. O contraditório tratava-se de uma formalidade sacramental prevista no processo romano antigo que, uma vez não cumprida, ensejaria a impossibilidade de utilização das *legis actiones* pelo autor.

Uma característica interessante do processo civil romano, durante os períodos régio e republicano, mais notadamente durante a república, é exatamente a divisão fundamental do processo em duas fases: *in iure* e *in iudicio*. Tal divisão procurou estabelecer uma garantia introduzida com fins “democráticos” pelos fundadores da República romana, ou seja, a lide ordenada *in iure* em contraditório e perante o magistrado seria decidida *in iudicio* por outra autoridade diversa - um colégio permanente ou um árbitro indicado pelas partes para julgar a lide - (GIRARD: 1909; 986).

Pelo que se pode verificar, o contraditório exigido pela estrutura do processo romano das *legis actiones* apenas visava garantir que o processo se desenvolvesse na presença do contraditor, sem se preocupar com a sua manifestação, limitando-se o magistrado a verificar a regularidade dos atos e dos termos sacramentais que deveriam ser ditos pelas partes. Caso houvesse a contestação pelo adversário, o magistrado apenas se incumbia de providenciar a

regularidade da *litiscontestatio* e pronunciar as palavras que a lei lhe ordenava pronunciar (GIRARD: 1909).

Muito embora se possa afirmar que esse contraditório do processo civil romano representava um avanço significativo, não havia preocupação com o conteúdo da contestação porventura articulada. Quando a parte contrária materializava sua discordância com o autor, a lide estaria caracterizada e, portanto, haveria a necessidade de encaminhamento das partes para a fase *in iudicio*, ou seja, para a fase de julgamento. Assim, é correto afirmar-se que o contraditório visto como uma audiência bilateral (*audiatur et altera pars*) era não somente um requisito solene, mas uma verdadeira garantia (SILVÉRIO JÚNIOR: 2014; 110) de que as *legis actiones* não se desenvolveriam à revelia da parte contrária.

É possível também encontrar traços claros da noção de contraditório no instituto denominado *Parteienghört* (ouvir a parte contrária), previsto no procedimento administrativo austríaco (SILVÉRIO JÚNIOR: 2014; 110).

A noção de contraditório possui raízes também nos escritos de Marco Tullio Cicerone que, por volta de 52 a.C., evidenciou ser possível através da *confutatio* (ou *refutatio*) e da *confirmatio* demonstrar a veracidade ou a falsidade de um enunciado, ou seja, um elemento que confere a possibilidade da busca do verdadeiro no âmbito judiciário, como uma verdadeira *disputatio*.

No medievo, no contexto inicial da *ordo iudicarius*, estruturada sob o que se denominou de ordem isonômica, o encontro entre *positiones* e *oppositiones*, num ambiente fundado na divisão do conhecimento, constituiu uma reproposição de um critério metodológico utilizado muitos séculos antes (RIVELLO: 2010; 81-82), ou seja, fundado nas regras da retórica, da dialética e da sofística.

Neste trabalho, não se tem o propósito de investigar a contribuição da retórica e da dialética para o desenvolvimento do contraditório, mas simplesmente estabelecer algumas das principais matrizes desse instituto. Inobstante, é preciso registrar a pas-

sagem da concepção inicial da *ordo iudicarius* ao *processus*⁴ que representou o divórcio entre a retórica e aquela ordem inicial, ou seja, abandonou-se a ideia de prova como argumento persuasivo passando-se a considerá-la um instrumento demonstrativo, que prescindia de qualquer argumentação, de qualquer dialeticidade. Disso, se extrai o abandono na Idade Média de uma concepção do procedimento dialético caracterizado pela figura do contraditório, argumentativo, para adotar-se uma ideia isonômica, demonstrativa, exatamente porque a “lógica” canônica prescindia do diálogo para legitimar e justificar suas decisões.

Essa oscilação do contraditório pode ser atribuída à evolução histórica do próprio direito processual que, segundo o marco de Alcalá-Zamorra (1992), pode ser considerada em cinco fases: a) período primitivo (> século X); b) escola judicialista (séculos XI ao XV); c) tendência dos práticos (séculos XVI ao XIX); d) procedimentalismo (séculos XVIII ao XIX); e) processualista (séculos XIX <).

Muito embora historicamente seja razoável classificar em fases a evolução do direito processual, é preciso deixar claro que as concepções sobre o processo e sobre o contraditório avançavam e retrocediam nos vários momentos de evolução da humanidade. O certo é que, a partir do Renascimento e do Iluminismo, passou-se a reclamar uma lógica racional a legitimar toda e qualquer intervenção imperativa. Não se pode esquecer de alguns fenômenos que condicionaram a evolução desses institutos, como foram o direito comum e a Recepção, a Revolução Francesa e a codificação napoleônica, bem como as ideias de Oskar Bülow na doutrina e de Franz Klein na legislação.

Dentro dessas fases, vários eventos ocorreram e deram origem às várias instituições processuais, à evolução da doutrina processual e à ciência processual. O processo como realidade prática é muito anterior ao processo como literatura, ou seja, a técnica surgiu antes do desenvolvimento da teoria.

4 Uma ordem assimétrica que reflete um modelo de racionalidade subjetiva, formal, calculante, uma ordem baseada no sistema de provas legais que desvaloriza o contraditório e que confia ao juiz um papel privilegiado em vista ao atingimento de um fim, em suma, uma ordem mais jurídica (CERRONE, Francesco. *Ragione dialettica e retorica nell'opera di Alessandro Giuliani*. In *Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociale*. Anno XLIII, n. 2, a cura di Andrea Bixio. Roma: Gangemi Editore, 2009; 58-59).

De acordo com Alcalá-Zamora (1992), o desenvolvimento da “administração da justiça” ocorreu em três épocas, sendo uma época em que não havia sequer processo; outra época na qual havia a técnica do processo sem acompanhamento doutrinal algum; e a época moderna, na qual entra em cena a literatura processo como o método dialético de solução de controvérsias.

Exatamente em virtude dessa característica dialética, o contraditório passaria a constituir-se no núcleo estruturante do processo, como técnica de conhecimento e de engano da violência estatal (SILVÉRIO JÚNIOR: 2014). Para compreender a importância dessa mudança de concepção acerca da ideia de processo, é útil uma pequena incursão acerca da principal teoria processual que considera o contraditório como seu eixo estruturante.

2. O contraditório como eixo estruturante do processo

A questão envolvendo a verdade sempre foi e sempre será o “buraco negro” de qualquer sistema jurídico, sobretudo diante do racionalismo científico, a partir do qual as ideias de verdade e de certeza se tornaram a obsessão da modernidade. Autores como Francis Bacon, René Descartes e, mais recentemente, Karl Raimund Popper, contribuíram significativamente para a ideia de que é necessário ampliar as fontes do conhecimento, sobretudo diante das inúmeras hipóteses possíveis para a descoberta de um determinado evento. Obviamente que o processo, visto como um método de raciocínio (CALAMANDREI: 2017; 23), acabaria sendo influenciado pelos avanços da ciência, notadamente porque o que se busca com o processo é o conhecimento acerca de enunciados fáticos, ou seja, a reconstrução histórica de enunciados fáticos.

Assim, para se ter a dimensão desse método de descobrimento da “verdade” ou método de conhecimento acerca de enunciados fáticos, é preciso investigar como está estruturado o processo. Por questões de corte metodológico, aqui será analisada a estrutura do

processo a partir do paradigma de Estado Democrático de Direito, exatamente porque é o processo uma metáfora da democracia (RESTA: 2008; 152). O processo é "*procedimento ('rito', appunto) che ha a che fare con l'essenza stessa della democrazia, e che infine con esso si scommette sulla capacità di sostituire la violenza e la vendetta con le parole della legge*" (RESTA: 2008; 153).

O papel do processo numa democracia é fundamental. Nitidamente pela natureza de uma técnica de engano da violência do Estado, da substituição de um estilo monologante por um dialogante, que o processo necessita estar estruturado a partir do contraditório (SILVERIO JÚNIOR: 2014; 74-75). Por isso, partindo-se de uma concepção de Estado Democrático de Direito, é imprescindível compreender-se o processo a partir de uma teoria que esteja em harmonia com tal paradigma.

A contribuição mais adequada acerca de processo e de procedimento foi dada por Elio Fazzalari, notadamente por ter sido o idealizador da teoria do processo como um procedimento em contraditório. O autor inicia a análise da estrutura do procedimento conceituando-o como uma série ou sequência de normas, atos e posições subjetivas, que se conectam e se relacionam entre si em um complexo normativo, constituindo a fase preparatória de um provimento, entendido este como ato final de caráter imperativo (FAZZALARI: 1994; 60).

Para referido autor, o processo é uma espécie de procedimento que se caracteriza pelo tratamento outorgado às partes que sofrerão os efeitos do ato final, devendo participarem do procedimento em posição simétrica de paridade, ou seja, em contraditório (FAZZALARI: 1994; 82).

É importante frisar que, segundo a teoria processual defendida por Oskar Bülow desde 1868 e, posteriormente, por seus seguidores, fundava-se sob critério teleológico a relação existente entre processo e procedimento, concebendo-se este como simples sequência de atos e aquele como instrumento da jurisdição. Sob esta visão, estes institutos se diferenciavam pelo seu fim, pois o proces-

so é o meio pelo qual a jurisdição é exercida e o procedimento se torna apenas a sucessão de atos sem qualquer finalidade.

A partir da compreensão de Fazzalari, houve inovação considerável ao afastar-se o juízo teleológico, adotando-se um critério lógico de inclusão. Por este novo critério, ambos institutos devem ser estudados em conjunto, pois há entre eles uma relação de inclusão, já que o processo é uma espécie do gênero procedimento, tornando-se distinto deste somente por uma propriedade característica e específica: o contraditório (FAZZALARI: 1994; 82-85).

Portanto, sob esse ponto de vista, o processo passa a ser compreendido como um procedimento. No qual os interessados no provimento final participam de maneira especial, ou seja, em contraditório entre eles, tendo em vista que os seus interesses sobre o ato final são diretamente opostos.

Em outra vertente, vale ainda destacar brevemente alguns aspectos do contraditório, que é, como já explicitado, o elemento específico do processo.

Desde 1868, quando Orkar Bülow concebeu o processo como uma relação jurídica de natureza pública, o contraditório vinha sendo compreendido como mera participação dos interessados no processo, numa compreensão considerada estática (COMOGLIO: 1993; 6). Contudo, a partir das construções teóricas de James Goldschmidt em 1925, com a sua obra *Der prozess als Rechtslage: enie Kritik des prozessualen Denkens* (SILVÉRIO JÚNIOR: 2014; 91-95), Fazzalari desenvolveu sua teoria tendo o contraditório como o núcleo duro estruturante do processo, partindo de uma compreensão dinâmica. Para Fazzalari, a participação no processo pelos interessados não deve apenas limitar-se às figuras do autor e do réu, mas sim deve ser estendida a todos aqueles que serão afetados pelo ato imperativo final. Segundo afirma Fazzalari, "*l'essenza stessa del contraddittorio esige che vi partecipino almeno due soggetti, un 'interessato' e un 'controinteressato': sull'uno dei quali 'atto finale è destinato a svolgere effetti favorevoli e sull'altro effetti pregiudizievoli'*" (FAZZALARI: 1994; 85). Mas não é só isso. Para que

o ato final de natureza imperativa (decisão estatal) tenha eficácia e validade, é necessário que todos os interessados (aqueles que potencialmente sofrerão os efeitos do ato) participem da sua construção em contraditório paritético (fundado sob condições de paridade), de modo que o autor do ato (órgão decisor) não possa desconsiderar (*obliterare*) a manifestação de cada um dos interessados (FAZZALARI: 1994; 82- 84). Deste modo, partindo-se do provimento estatal final (decisão estatal), sempre que houver contraditores, ou seja, quando houver interessado e contrainteressado, o procedimento de preparação daquele ato final deverá se desenvolver em contraditório e, portanto, sob a estrutura de um processo, já que o processo é um procedimento que se realiza necessariamente em contraditório.

Fazzalari desenvolveu sua teoria num momento histórico de redemocratização e, por tal motivo, suas ideias sobre o processo fundado nuclearmente na figura do contraditório estão em conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, notadamente pela carga de legitimidade que é dada à decisão estatal, proferida com base na participação dos afetados pelo ato final.

Essa compreensão de participação confere um status de legitimidade estatal que se aproxima do que Habermas considerou como tensão existente entre facticidade e validade (*Faktizität und Geltung*), que pode ser resolvida pela teoria do discurso do direito (HABERMAS: 1998; 349-350), a qual permitiu-lhe defender a ideia de "autolegislação de cidadãos" pela via da institucionalização jurídica. O princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A origem desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, ou seja, o princípio da democracia, constituem-se de modo cooriginário (HABERMAS: 1998; 154-155). O resultado disso é uma teoria do Estado constitucional democrático (SILVÉRIO JÚNIOR: 2014; 104).

Muito embora Habermas não tenha concentrado sua teoria explicitamente na ideia de contraditório, condicionou a legítimi-

dade e a validade do direito à participação dos sujeitos que serão afetados pelo conteúdo da regra jurídica, sob uma estrutura procedimentalista, ou seja, conferiu singular importância aos direitos processuais, ao afirmar que *"so Können die Betroffenen damit rechnen, daß im Verfahren nicht beliebige, sondern nur relevante Gründe für die richterliche Entscheidung den Ausschlag geben"*⁵ (HABERMAS: 1998; 270). Assim, numa estrutura democrática, o espaço dialogal discursivo é condição de existência não somente de uma forma de organização estatal não autoritária, mas sobretudo de legitimação das decisões que produzirão efeitos em relação a determinadas pessoas.

Por isso, é primordial que se compreenda não somente a ideia de contraditório no Estado democrático de direito, mas a própria noção de espaço dialogal discursivo, ou seja, o que Habermas considera como esfera pública, sobretudo porque sua concepção teria a pretensão de romper com perspectivas fundadas e presas ao paradigma da filosofia do sujeito, deslocando a razão prática da natureza de um sujeito para a intersubjetividade disciplinada pela razão comunicativa (PERLATTO: 2012; 79).

Nas próximas linhas, serão apresentadas algumas considerações sobre espaço dialogal e esfera pública, primordiais para se compreender a importância do contraditório para a concretização do Estado Democrático de Direito brasileiro.

3. Espaço dialogal discursivo e a necessária ampliação de esfera pública como mecanismo de democratização

Pelo que já foi exposto, numa democracia o exercício do poder deve ser disciplinado por meio do que se convencionou chamar-se processo. O processo é um tipo de procedimento que se desenvolve em contraditório paritário, no qual os destinatários dos efeitos do ato final dele participam, apresentando suas argumentações. O

⁵ "deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários" (Tradução livre).

processo então é um procedimento discursivo e participativo que assegura a construção de um provimento final, quer seja jurisdicional, legislativo ou administrativo. As regras acerca da construção de um provimento estão estampadas na Constituição e podem ser extraídas de uma base principiológica uníssona (ANDOLINA; VIGNERA: 1997; 07) ou de um sistema de direitos (HABERMAS: 1998). Sob essa concepção, será difícil vislumbrar um processo que não seja constitucional, já que todo processo está estruturado segundo comandos principiológicos uníssonos⁶. Daí porque todo processo, concebido como um canal discursivo-lógico-argumentativo, é processo constitucional.

É por isso que, muito embora se tenha, no âmbito da Constituição brasileira, um modelo constitucional de processo, é preciso que o ativismo judicial, que já se tornou dogma diante da instrumentalidade e dos escopos metajurídicos do processo (atualmente há um movimento de reforço de tal situação pelo protagonismo do Ministério Público), seja substituído pela re-colocação dos interessados no seu devido lugar, ou seja, como colaboradores ativos (diálogo discursivo-argumentativo), juntamente com o juiz, na construção do provimento que os afetará (SILVÉRIO JÚNIOR: 2012; 29-45).

Falar-se em espaço de diálogo discursivo numa estrutura democrática requer a compreensão sobre o que tem sido objeto de intensa discussão por estudiosos, tanto filósofos, sociólogos, antropólogos, como cientistas políticos e juristas. Trata-se do conceito de esfera pública e o papel da deliberação pública, elementos nucleares para a compreensão do que seja a noção de democracia na hipermodernidade (MARRAMAIO: 2009). Aqui, por motivos metodológicos óbvios, não se pretende discutir acerca dos fundamentos críticos de autores identificados com bases nas teorias da sociedade civil ou nas teorias institucionalistas. Apenas se pretende demonstrar, com fundamento na concepção habermasiana de esfera pública que, diante de um paradigma

⁶ Segundo Flaviane de Magalhães Barros, num modelo constitucional de processo há um esquema geral estruturador formado pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da imparcialidade e da fundamentação das decisões (BARROS, 2009, p. 15).

democrático, o Estado precisa se legitimar publicamente e, por isso, é necessário que haja uma instância destinada ao debate e à discussão livre. A esfera pública em Habermas compreende uma verdadeira arena discursiva, por meio da qual as ações podem ser orientadas para o entendimento, uma racionalidade comunicativa na qual “os valores democráticos se formam e se reproduzem a partir de redes de comunicação de conteúdos e tomadas de posição” (PERLATTO: 2012; 81).

O problema de fundo da ideia de esfera pública em Habermas se concentra nas estruturas de comunicação dessa racionalidade comunicativa no “mundo da vida”, que seriam sustentadas por associações, organizações livres, não estatais e desvinculadas da economia, as quais constituiriam a sociedade civil. Essas estruturas de comunicação impediriam o que Habermas denominou de “colonização do mundo da vida”. Ocorre que essa estrutura foi idealizada de acordo com uma visão de mundo da vida europeu, mais especificamente da visão da sociedade alemã, que possui um nível sofisticado de organização e representação popular no parlamento, através de sindicatos, associações de classe e organizações não governamentais. A compreensão de esfera pública cujas ações comunicativas poderiam ser desenvolvidas de acordo com a representatividade dessas organizações pode funcionar razoavelmente na democracia europeia. Na estrutura da sociedade civil brasileira marcada por uma sociabilidade tardia, na qual o nível de representatividade e de legitimidade dos atores comunicativos potencializa o totalitarismo de uma minoria, seguir a receita habermasiana sem uma tropicalização da sua teoria é praticamente defender-se um regime autocrático.

É exatamente em virtude dessa diversidade cultural que modela a noção de sociedade civil e esfera pública, que é preciso buscar a legitimação de “outros lugares de fala”, ampliando o conceito de esfera pública mediante a institucionalização de procedimentos democráticos que possibilitem a participação de qualquer indivíduo na gestão do mundo da vida. O processo como metáfora da democracia (RESTA: 2006) foi concebido como um procedimen-

to em contraditório (FAZZALARI: 1994) e, por tal razão, pode ser proposto como um complemento da rede ampliativa da esfera pública a partir de uma compreensão adequada de contraditório conforme previsto pela Constituição da República brasileira desde 1988.

Os contornos claros da noção de um contraditório fundado no paradigma democrático brasileiro foram dados somente a partir do Código de Processo Civil de 2015. Na sequência, far-se-á a exposição dos dispositivos estruturantes do contraditório no novo código, partindo-se de uma interpretação conforme a Constituição brasileira para, ao final, demonstrar como esse instituto pode contribuir como mecanismo de ampliação da esfera pública e, conseqüentemente, de construção democrática.

4. O direito ao contraditório forte no Código de Processo Civil como mecanismo de ampliação da esfera pública na democracia brasileira

Desde o advento da Constituição de 1988, houve uma mudança paradigmática relativamente ao modelo processual adotado no Brasil, sobretudo, inaugurou-se um novo “modelo constitucional de processo” (ANDOLINA; VIGNERA: 1997). Segundo previsão constitucional, o modelo de devido processo legal brasileiro compreende uma estrutura democrática fundada em quatro princípios nucleares: contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões estatais e imparcialidade do órgão decisor (SILVÉRIO JÚNIOR: 2014). Inobstante a importância dos quatro princípios mencionados, faz-se um recorte metodológico para concentrar o trabalho hermenêutico exclusivamente no princípio do contraditório descrito pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, com os contornos dados pelos artigos 7º, 9º e 10º do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

A compreensão do que seja o contraditório a partir de um paradigma de Estado Democrático de Direito já havia sido firmada por parte de alguns autores, como Aroldo Plínio Gonçalves, José Manuel Lebre de Freitas e Ada Pellegrini Grinover, dentre outros, mesmo antes e a partir da Constituição brasileira de 1988. Contudo, somente após a entrada em vigor do “novo” Código de Processo Civil, os aplicadores do direito passaram a compreender o verdadeiro alcance do referido princípio. Isso decorre de uma cultura brasileira de resistência em dar cumprimento à Constituição, mesmo em relação aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, normas constitucionais de eficácia plena. Prefere-se o descumprimento da Constituição sob o argumento da necessidade de regulamentação através de lei ordinária. Seja como for, cedo ou tarde o legislador ordinário de 2015 definiu os contornos do princípio do contraditório nos artigos 7º, 9º e 10º do Código de Processo Civil.

Segundo o artigo 7º, “é assegurado às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

O artigo 9º acrescenta que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. O complemento do que seja a noção acerca do contraditório é dado pela redação do artigo 10º do referido diploma legal, cujo conteúdo revela que “o juiz não pode decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Da redação dos três artigos mencionados, é possível constatar que o direito ao contraditório no Estado Democrático de Direito compreende a garantia da não surpresa (direito de ser ouvido previamente à decisão estatal) e a garantia da influência (direito de ter os argumentos considerados e analisados pelo juiz quando da prolação da sentença).

O direito à não surpresa, ou seja, o direito de ser previamente ouvido à decisão é questão pacificada há muito, notadamente desde a primeira noção de contraditório como *audiatur et altera pars* (SILVÉRIO JÚNIOR: 2014). O que representa “novidade” em relação à disciplina do contraditório é a previsão do direito de paridade de tratamento em relação ao exercício dos direitos e faculdades processuais, o dever do juiz de zelar pelo contraditório efetivo e a impossibilidade de proferir decisão surpresa, sem que tenha sido dada oportunidade de manifestação às partes. Em outras palavras, é vedado ao juiz decidir solipsisticamente. Essa mudança é muito importante. A paridade de tratamento garante que as partes tenham iguais oportunidades de participação, tendo o juiz um papel fundamental no contraditório. E é aqui o principal papel do juiz na garantia do direito ao contraditório numa democracia. É ele quem garante esse direito fundamental, exatamente conferindo que todos os interessados no provimento estatal (decisão que está sendo construída) tenham as mesmas chances ou, conforme estabelece Fazzalari, tenham direito de participar em contraditório paritético (FAZZALARI: 1994).

Segundo a disciplina contida no artigo 7º, do Código de Processo Civil, compete ao juiz que preside o processo garantir um contraditório efetivo. Por efetivo entende-se um contraditório que tenha contemplado a participação dos interessados/afetados pela decisão e que o conteúdo das manifestações das partes tenha sido analisado pelo julgador. Não basta que se tenha dado oportunidade de ser ouvido previamente para que o direito ao contraditório tenha sido garantido. É preciso mais. Exige-se que o juiz considere o conteúdo das argumentações trazidas pelas partes, acatando ou rejeitando os argumentos apresentados. Não se admite mais decisões surpresa, nem decisões tomadas ao arrepio das argumentações das partes ou sem que as partes tenham tido oportunidade prévia à decisão de se manifestarem.

Conforme expressamente previsto pelo artigo 9º, do Código de Processo Civil, o juiz não poderá proferir decisão sem ouvir as partes interessadas, mesmo em matéria que deva conhecer de

ofício. Essa garantia nada mais é que um desdobramento de uma estrutura democrática que não combina com autoritarismo, já que num Estado Democrático de Direito toda decisão estatal somente pode ser proferida mediante o exercício, pelos afetados, do direito de participar da construção do provimento final (FAZZALARI: 1994).

Numa democracia que segue um “modelo constitucional de processo” (ANDOLINA; VIGNERA: 1997) as decisões devem ser tomadas em comparticipação (COMOGLIO: 1993; 3), ou seja, participam da construção da decisão, em contraditório paritético e efetivo (direito à não surpresa e direito à influência), as partes legitimadas/interessadas (afetadas pela decisão), bem como o juiz como órgão estatal prolator da decisão. Essa comparticipação advém de uma leitura dinâmica do contraditório, o que implica numa “democratização do sistema de aplicação da tutela” (THEODORO JÚNIOR: 2010; 71). Assim, o *“sviluppo dinamico del procedimento, come serie di atti collegati e concorrenti al raggiungimento di un fine comune – ne discende l’indefettibile configurazione di più rapporti intersubiettive”* (COMOGLIO: 1993; 5). O princípio do contraditório “deixou assim de ser a *defesa*, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser *influência*, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (LEBRE DE FREITAS: 1996). Cada um dos sujeitos processuais (partes e juiz) deve atuar em contraditório para que a decisão tenha a legitimidade e autoridade como ato imperativo estatal. Às partes cabe o direito ao contraditório (paritético e efetivo) porque a disputa se desenvolve entre elas, ou seja, as partes são as “detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento” (GONÇALVES: 2012; 104). Ao juiz compete o dever de garantir a não surpresa, a paridade de tratamento e a efetividade da participação.

O contraditório não pode se constituir num vazio coreográfico (RIVELLO: 2010; 88), num ritual aparente e inútil. A efetiva participação significa a possibilidade de confrontar teses divergentes, de possibilitar o falsificacionismo popperiano. A parcialidade de um demandante vem equilibrada pela especular parcialidade do outro

demandado, que conduzirá a um teste de subsistência da tese que apresentar maior coerência. Essa estrutura metodológica permite fornecer as condições necessárias, não somente para suportar as teses das partes no processo, mas sobretudo para garantir uma verdadeira colaboração egoística na construção do provimento estatal pelo julgador. Se diz egoística essa colaboração pelo fato de que cada um dos contraditores tem interesse pessoal na tese apresentada, empregando empenho e todas as energias possíveis para fazer prevalecer seu posicionamento. Cada qual, com seu agir estratégico especular, com seu posicionamento egoísta, possibilita que o julgador seja o destinatário de inúmeros elementos de prova, o que garante a emissão de um provimento racional e fundamentado nas argumentações produzidas em contraditório.

É por isso que se deve investir na concretização desse direito fundamental previsto na Constituição da República brasileira, exatamente porque o contraditório nada mais é senão uma verdadeira arena pública. Essa dimensão revela que o juiz também participa da dialética processual, sobretudo porque o contraditório é “o método essencial no qual o processo segue para alcançar uma formulação correta da decisão” (TARUFFO: 2017; 102).

A conjunção do conteúdo dos artigos 7º, 9º e 10º do Código de Processo Civil em matéria de contraditório possibilita uma ampliação do espaço dialogal discursivo de uma democracia, notadamente porque dá concretude ao que se espera de um modelo constitucional de processo num Estado Democrático de Direito. Ao se garantir às partes, potencialmente afetadas pela decisão estatal, o direito de participarem da construção da decisão (direito à não surpresa, paridade de tratamento, efetividade da participação, vedação de solipsismo) promove-se uma clara ampliação da “arena pública” no caso concreto em contraste à ficção de espaço público garantido de forma presumida numa estrutura de democracia representativa. Com essa disciplina, o déficit de lastro de legitimação da participação popular, na gênese do direito, conforme ficticiamente se pressupõe nas democracias representativas, é compensado pela garantia de comparticipação dos afetados na

construção do provimento estatal no caso concreto (direito ao contraditório forte).

Muito embora se insista em afirmar que o lugar privilegiado para a atividade de produção do direito seja o processo legislativo através da ficção democrática, propõe-se o processo qualificado pelo contraditório forte como uma abertura às demandas sociais “na condição de uma arena pública ofertada ao debate, ao conflito, às lutas pela criação, pelo cumprimento ou pela alteração de direitos” (GRINOVER; BURGO: 2009; 532).

Do direito, passa-se a exigir não somente um espaço para a conservação, mas um locus para a sua contestação (GARAPON: 1996; 50). A consideração de que o contraditório forte eleva o processo ao nível não somente de um lugar diferente de fala, mas o destaca como o principal canal dialogal discursivo da democracia brasileira, conduz a uma dimensão nova diante do espaço público negado e seletivo. Com o contraditório forte, se possibilita que o conflito seja dialogado pelas partes e, longe de se destruir a imagem da democracia, “a homenageia ao afastá-la da pretensão consensual de que é portadora a ditadura” (GRINOVER e BURGO: 2009; 539). A garantia do contraditório forte permite às partes usufruir de um idôneo “*spatium deliberandi*” (COMOGLIO: 1993; 24), aumentando o grau de legitimidade e efetividade do provimento estatal.

Conclusão

Esta pesquisa teve como ponto de partida o estudo acerca do déficit de legitimidade democrática brasileira decorrente da forma pela qual a esfera pública está estruturada desde 1988. Foram propostos dois questionamentos iniciais. Indagou-se como seria possível viabilizar a participação dos indivíduos afetados por um provimento estatal (lei, decisão judicial) para além da esfera pú-

blica tradicional e, também, qual seria a contribuição da noção de contraditório forte trazida pelo Código de Processo Civil.

Visando apresentar respostas a tais questionamentos, demonstrou-se que o contraditório tem raízes remotas na engenharia do processo romano antigo, mas significava uma mera formalidade sacramental que garantia o desenvolvimento do processo na presença do contraditor. Isso era suficiente para legitimar a intervenção estatal na administração da justiça. Identificou-se que a estrutura estatal acaba por determinar a forma pela qual o contraditório se articula, tanto é verdade que, na Idade Média, houve um retrocesso em relação ao instituto, já que a influência da Igreja Católica condicionou o abandono da dialeticidade. Já na Idade Moderna, com o desenvolvimento da fase do processualismo científico inaugurada por Oskar Bülow, o contraditório voltou ao centro do debate, mas sob inspiração do paradigma social.

Diante do atual paradigma de Estado Democrático de Direito, foi necessário apresentar a abordagem de Elio Fazzalari sobre o contraditório como eixo estruturante do processo, sobretudo em harmonia com a teoria habermasiana de democracia.

Considerando a necessidade de equacionamento do que se identificou como esfera pública, uma arena de legitimação democrática em Habermas, demonstrou-se a imprescindibilidade de abertura de outros lugares de participação para a concretização da democracia brasileira, notadamente por se tratar de uma sociedade altamente excludente em todos os sentidos, com altos índices de analfabetismo e alienação da maioria da população dos espaços convencionais de participação.

A ampliação dessa esfera pública restou possível pelo reconhecimento do direito ao contraditório forte a partir da interpretação dos artigos 7º, 9º e 10º do Código de Processo Civil. A hermenêutica dos citados dispositivos em harmonia com a redação da Constituição de 1988 possibilitou concluir-se que, ao se garantir que as decisões estatais proferidas por juízes sejam estruturadas mediante a participação dos afetados, o contraditório forte é ca-

paz de promover uma ampliação qualitativa da esfera pública na democracia brasileira. A ampliação desse espaço público a partir da aplicação do contraditório forte, com garantia da não surpresa e direito à influência, eleva o grau de legitimidade dos provimentos estatais e contribui para a edificação do Estado Democrático de Direito. Para além da existência de outras mediações políticas, o contraditório forte aplicado na estrutura do processo possibilita mais um espaço de autonomia e cria condições para o funcionamento de uma esfera pública ampla, ativa e com novos canais de democracia direta.

Referências

ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILHO, N. **Estudios de teoria general e historia del proceso - (1945-1972)**. Tomo II, Números 12-30. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

ANDOLINA, Í., e VIGNERA, G. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: Il modello costituzionale del proceso civile italiano**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BARROS, F. M. **[Re]forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis 11.690/08, 11.719/08 e 11.900/09**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CALAMANDREI, P. **Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidad Nacional Autónoma do México**. Trad. Mauro Fonseca de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

COMOGLIO, L. P. Contraddittorio. *In: Digesto - delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*. Torino: UTET, 1993, p. 01-30.

FAZZALARI, E. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1994

GARAPON, A. **O Juiz e a democracia** – o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

GIRARD, P. F. **Manuale elementare di diritto romano**. 4. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1909.

GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRINOVER, A. P., e BURGO, V. O poder judiciário na cena democrática – a legitimidade pela fundamentação de suas decisões. *In* M. CATTONI; F. MACHADO, Coords. **Constituição e processo** – a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 529-541.

HABERMAS, J. **Faktizität und Geltung** – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

LEBRE DE FREITAS, J. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARRAMAIO, G. **Passaggio a occidente**: filosofia e globalizzazione. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.

PERLATTO, F. Habermas, a esfera pública e o Brasil. **Revista Estudos Políticos**, n. 4, 2012, p. 78-94.

RESTA, E. **Diritto viventi**. Roma: Laterza, 2008.

_____. **La certezza e la speranza** – Saggio su diritto e violenza. 2. ed. Roma: Laterza, 2006.

RIVELLO, P. **Il Processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea** – logiche processuali e paradigmi scientifici. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.

SILVÉRIO JÚNIOR, J. P., e BARROS, F. M. A legitimação para agir e a participação da vítima nos processos penais brasileiro e português: uma análise comparativa a partir dos recentes movimentos

de reforma. Pensar – **Revista de Ciências Jurídicas**, v. 17, n. 2, p. 539-576, jul./dez, 2012.

SILVÉRIO JÚNIOR, J. P. **Processo penal fraterno**: o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro. Curitiba: Juruá, 2014.

TARUFFO, M. **Ensaio sobre o processo civil** – escritos sobre processo e justiça civil. Org. e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

THEODORO JÚNIOR, H. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 2(l). Unisinos: janeiro-junho, 2010, p. 64-71.